

Sygn. akt: KIO 1138/21

WYROK
z dnia 18 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2021 r. przez wykonawcę **A.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.G. KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MURKRAK Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Węgrzcach, Z.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany M.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Węgrzcach, Z.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany M. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. 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 – Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Termomodernizacja budynków nr 19 i 21 KWP w Krakowie przy ul. Mogiłskiej 109 w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa ekologicznego oraz zasobów środowiska poprzez modernizację obiektów małopolskiej Policji”*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 grudnia 2020 r. pod numerem 755650-N-2020.

W dniu 14 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A.G. Technika Grzewcza (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MURKRAK, mimo iż ocena złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (Wykonawca nie obalił domniemania, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska);
- 2) z ostrożności - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zawartego w punkcie 1 - naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MURKRAK do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny - co skutkowało wyborem jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum, a tym samym pozbawienie możliwości realizacji zamówienia przez Odwołującego;
- 3) z najdalej posuniętej ostrożności - na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt. 1 i 2 powyżej - Zamawiającemu zarzucam naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych, pomimo iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - ze względu na wprowadzenie wykonawców w błąd co do ilości godzin przewidywanej do realizacji niniejszego zamówienia,

zawartej w przedmiarze robót załączonym do SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, z ostrożności nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w jej toku - wezwanie wykonawcy MURKRAK do wyjaśnienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania), przeprowadzenie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem wyjaśnień, i dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty; ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych

Decyzja Zamawiającego będąca przedmiotem niniejszego odwołania została podjęta w wyniku rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania Konsorcjum od wcześniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej (czynność Zamawiającego z dnia 3 lutego 2021 roku), sygnatura sprawy: KIO 408/21. Odwołanie Konsorcjum zostało co prawda uwzględnione, jednak treść wyroku nie pozwala na uznanie za słuszne aktualnego rozstrzygnięcia Postępowania.

Wyrok KIO w sprawie 408/21 nakazał Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum,
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w niniejszej sprawie nie kwestionuje wykonania przez Zamawiającego dyspozycji wskazanych w pkt. a-b powyżej. Jeśli chodzi natomiast o obowiązek powtórzenia badania i oceny ofert, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zastosował się do wytycznych zawartych przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku, sama czynność ponownej oceny oferty Konsorcjum była zdaniem Odwołującego pozorna, a wnioski wyciągnięte przez Zamawiającego całkowicie rozbieżne z jego pierwotnym (trafnym)

stanowiskiem, zaprezentowanym w toku postępowania toczącego się pod sygnaturą KIO 408/21.

Co więcej te krańcowo rozbieżne i wewnętrznie sprzeczne oceny dokonane zostały na gruncie identycznych okoliczności faktycznych, ponieważ Zamawiający nie podjął żadnych działań, które realnie mogłyby doprowadzić do zweryfikowania treści wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wyroku KIO z 9 marca 2021 roku wyraźnie wskazane zostało, że powodem uwzględnienia odwołania nie jest zasadność wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum, a jedynie - niewystarczające uzasadnienie podjętej przez Zamawiającego decyzji w zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum. Izba wprost stwierdziła, że: „Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne - jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Ponieważ w rozpoznawanej zamawiający nie przedstawił wystarczającej oceny wyjaśnień, utrudnione jest stwierdzenie, czy istnieją podstawy do skierowania do wykonawcy kolejnych pytań. Jeżeli w wyniku ponownej analizy wyjaśnień Zamawiający uzna, że wyjaśnienia co do zasady powinny zostać zaakceptowane, ale istnieją określone wątpliwości wymagającej wyjaśnienia, powinien skierować do wykonawcy stosowne wezwanie. Jeżeli jednak Zamawiający uzna wyjaśnienia za wadliwe, gołosłowne i nierzetelne, to nie może udzielić wykonawcy drugiej szansy na wykazanie rynkowości ceny.” (uzasadnienie wyroku s. 23). Dowód: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2021 roku, KIO 408/21 (załącznik nr 5 do odwołania).

Zatem błąd Zamawiającego polegał na niewystarczającej ocenie wyjaśnień, jednakże same wyjaśnienia już złożone 5 stycznia 2021 roku, Izba traktuje jako wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne. Podobną ocenę wyjaśnień przedstawił zresztą Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Dowód: Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie z 9 marca 2021 roku (w aktach Postępowania).

Również Odwołujący w pełni podziela wniosek, że Konsorcjum składając wyjaśnienia nie wywiązało się z obowiązku udowodnienia Zamawiającemu, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

W ocenie Odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza powzięła uzasadnione wątpliwości, czy okoliczności te zostały wzięte pod uwagę w trakcie oceny. W związku z powyższym w wyniku powtórnej oceny zdaniem Izby Zamawiający winien:

- a) podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum,
- b) wyjątkowo - gdyby uznał, że pozostają kwestie wymagające dodatkowe wyjaśnienia - wezwać ponownie wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający postąpił w przedmiotowym postępowaniu wbrew wytycznym sformułowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą ponieważ podjęta przez niego decyzja jest sprzeczna z oceną wyjaśnień przez KIO (wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne), a jednocześnie Zamawiający nie wezwał wykonawcy Konsorcjum do złożenia kolejnego pisma. Ponadto w Informacji o ponownej ocenie ofert Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób swojej powtórnej oceny. Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 9 kwietnia 2021 roku.

W ocenie Odwołującego, wniosek komisji przetargowej z 9 kwietnia 2021 roku zawiera w punkcie 1 ocenę wyjaśnień ceny oferty z 5 stycznia 2021 roku, jednak całkowicie pomija wytyczne Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z 9 marca 2021 roku. Nie pozwala również na przyjęcie, że Zamawiający dokonał oceny, czy Konsorcjum przełamało domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Dowód: Wniosek co do wyboru oferty z 7 kwietnia 2021 roku (załącznik nr 7).

Zamawiający w rzeczywistości nie dokonuje oceny ani treści wyjaśnień Konsorcjum ani jedynego zaoferowanego dowodu, tj. kosztorysu pod kątem rzetelności, kompletności czy szczegółowości.

Odwołujący wskazał, że odnosząc się do kosztorysu Konsorcjum, Zamawiający we wniosku wskazał, że koszt roboczogodziny na poziomie 27 zł/h odpowiada przepisom prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. I okoliczność ta jest prawdziwa. Jednakże jednocześnie Zamawiający pomija w całej rozciągłości swoje stanowisko prezentowane w sprawie 408/21, znajdujące potwierdzenie w dokumentacji postępowania, a dotyczące liczby roboczogodzin, jakie Konsorcjum uwzględniło w kosztorysie ofertowym. Z Przedmiaru Robót (załącznik nr 13 do SIWZ) i Kosztorysu Inwestorskiego w przedmiotowym Postępowaniu wynika, że Zamawiający szacował nakłady robocizny na poziomie 24 975,17 (oba budynki). Konsorcjum w swoim kosztorysie zaniżyła te nakłady względem Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR) lub też w pozycjach kalkulacji własne w ogóle nie uwzględniła kosztów robocizny, przez co cały kosztorys przewiduje zrealizowanie robót budowlanych przy uwzględnieniu 12 695,83 roboczogodzin (również oba budynki). Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że Konsorcjum dwukrotnie zaniżyło - w stosunku do przedmiaru robót - konieczne do zrealizowania robót budowlanych koszty zatrudnienia. Oczywiście Odwołujący ma świadomość, że Przedmiar stanowiący załącznik do Postępowania miał charakter pomocniczy, a szczegółowy kosztorys wykonawca zobowiązany jest złożyć dopiero przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Jednakże całkowicie niewiarygodne jest przyjęcie przez Konsorcjum (a następnie w procesie ponownej oceny przez Zamawiającego), że standardową robotę budowlaną wykonawca jest w stanie wykonać uwzględniając dwukrotnie niższe nakłady robocizny od konkurentów. W konsekwencji gdyby wykonawca

oszacował liczbę roboczogodzin zgodnie z danymi wynikającymi z przedmiaru (na który się powołuje w wyjaśnieniach) i kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego oraz przyjął stawkę za roboczogodzinę wynikającą z założeń prezentowanych w wyjaśnieniach, to koszty robocizny, wykazane w kosztorysie MURKRAK na poziomie 342 785,50 zł. powinny zostać zwiększone o kwotę netto 332 542, 30 zł. (brakująca liczba roboczogodzin, tj. 12 279,34 x 27 zł./h). A następnie cena oferty Konsorcjum powinna zostać zwiększona o kwotę 513 890,57 zł. netto, na którą składają się: nieuwzględnione koszty robocizny powiększone o:

- wskaźnik narzutu kosztów pośrednich zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy MURKRAK - 55%;
- wskaźnik zysku w wysokości 12% - zgodnie z wyjaśnieniami.

Przyjmując to założenie cena oferty złożonej przez Konsorcjum byłaby najwyższa w Postępowaniu. Alternatywnie, w ocenie Odwołującego, uwzględniając przewidywaną dla zamówienia będącego przedmiotem Postępowania liczbę roboczogodzin oraz łączny koszt robocizny wskazany w kosztorysie przez Konsorcjum, należałoby przyjąć, że realna stawka za roboczogodzinę wynosi 13,72 zł. (342 785,50 zł/24 975,34 rb/h), zatem musi prowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę na tej podstawie, że wykonawca nie uwzględnił kosztów pracy na wymaganym, minimalnym poziomie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający po prostu ignoruje okoliczność rażącego zaniżenia liczby roboczogodzin w kosztorysie, skupiając się tylko na wysokości jednostkowego wynagrodzenia. Chociaż ma świadomość istniejącej rozbieżności, zwłaszcza, skoro stanowiła ona jeden z argumentów podnoszonych w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 408/21. W ocenie Odwołującego, Zamawiający oceniając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zobowiązany jest rozważyć, czy wykonawca przełamał powstałe domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej. W przedmiotowym postępowaniu z całą pewnością nie można twierdzić, że kosztorys, który stanowi jedynie własne oświadczenie wykonawcy i jeszcze pomija połowę potrzebnych nakładów robocizny może być dowodem, który taki skutek obalenia domniemanie niesie ze sobą. Skoro bowiem Konsorcjum złożyło ofertę, w której niemal dwukrotnie zaniża nakład robocizny, to z największą dozą prawdopodobieństwa należy przyjąć, że Konsorcjum zaoferowało cenę, która nie pozwoli w sposób należyty zrealizować zamówienia. Roboty budowlane przewidziane w przedmiotowym postępowaniu mają taki charakter, że konieczny nakład czasu pracy osób je wykonujących jest względnie stały. Oczywiście pomiędzy kosztorysem i przedmiarem sporządzonym przez Zamawiającego w celu przygotowania postępowania, a kosztorysem złożonym wraz z

wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny mogą występować pewne rozbieżności, jednak zmniejszenie tej wartości o 100% to nie rozbieżność, tylko zasadnicza różnica.

Dalej Odwołujący wskazał, że w dalszej części wniosku Zamawiający uznaje za wystarczającą treść wyjaśnień zawartych w piśmie z 5 stycznia 2021 roku. Z całą stanowczością należy tutaj jednak zauważyć, że pismo Konsorcjum stanowi dobitny przykład wyjaśnień gołosłownych, ogólnych, pozbawionych konkretów. W części odnosi się również do okoliczności zwyczajnie nieprawdziwych (spadek cen materiałów budowlanych na początku 2021 roku). W istocie ani „bliska odległość” siedziby Konsorcjum od miejsca realizacji robót budowlanych, ani fakt realizacji innej roboty budowlanej na terenie Komendy Wojewódzkiej Policji nie pozwala przyjąć, że zmniejszenie nakładów robocizny niemal dwukrotnie jest prawdopodobne i racjonalne.

W ocenie Odwołującego, zawarte w piśmie twierdzenia o posiadanym sprzęcie, czy potencjale kadrowym, bezrefleksyjnie powtórzone przez Zamawiającego, są całkowicie pozbawione konkretów i nie zostały wykazane stosownymi dokumentami (jak np. wykaz sprzętu, zaświadczenie o zatrudnieniu). Dalej, Zamawiający broniąc waloru doświadczenia wykonawcy zdobytego w toku realizacji wcześniejszej roboty budowlanej zaprzecza swoim ustaleniom co do przebiegu realizacji robót, byle tylko przyjąć, że można uznać, że to doświadczenie przemawia za rynkowością ceny oferty Konsorcjum. Pomijając już nikłą wartość powoływania się na doświadczenie w kontekście kalkulowania ceny oferty Konsorcjum (co szeroko prezentuje KIO w swoim orzecznictwie), w ocenie Odwołującego, trudno zrozumieć, w jaki sposób za rzetelnością kalkulacji ceny ofertowej może przemawiać realizacja podobnej roboty budowlanej, gdy w trakcie jej wykonywania występuje wielomiesięczna zwłoka wykonawcy. Dowód: Nota obciążeniowa - naliczenie kar umownych (załącznik nr 8).

Zdaniem Zamawiającego (aktualne, zmienione stanowisko) skutek w postaci naliczenia kary umownej nie może być uwzględniony in minus ponieważ „wykonawca nie zgodził się z karą umowną”. A zatem Zamawiający uznaje, że jest to okoliczność potwierdzająca rynkowość zaoferowanej ceny.

W ocenie Odwołującego zgodnie natomiast z zasadami doświadczenia życiowego, czy zwyczajnej logiki, powstanie takiej zwłoki, obciążenie Wykonawcy karą umowną w wysokości 30 523,24 zł. (trzydzieści tysięcy pięćset dwadzieścia trzy złote, 24/100) powinno być wzięte pod uwagę jako okoliczność przemawiająca na niekorzyść wykonawcy, który na takie doświadczenie się powołuje. Innymi słowy Zamawiający, dysponując wyjaśnieniami Konsorcjum, z których wynika jednocześnie, że:

- Konsorcjum przewidziało dla realizacji zamówienia niemal dwa razy mniej

roboczegodzin niż wynika to z założeń Zamawiającego;

- Konsorcjum realizuje analogiczną robotę budowlaną i nie zdołało wykonać jej w terminie, a opóźnienia sięgają wielu miesięcy,

uznał, że doszło do przełamania domniemania rażąco niskiej ceny.

Tego typu argumentacja kłóci się w ocenie Odwołującego z zasadami logicznego rozumowania. Skoro bowiem doszło do naliczenia kar umownych, nie zostały one uchylone, Zamawiający domaga się w dalszym ciągu ich zapłaty, trudno zaakceptować stanowisko zgodnie z którym sam fakt „niezgodzenia się z naliczeniem kar”, zwłaszcza w kontekście niekwestionowanego przedłużenia terminu realizacji robót, może niwelować skutki decyzji Zamawiającego o konieczności ich naliczenia. Zatem również argument zawarty we wniosku o słuszności powołania się na dotychczasowe doświadczenie jest chybiony.

Odwołującego wskazał, że Zamawiający za przekonujące uznał twierdzenia dotyczące związanego z sytuacją epidemiologiczną spadku cen materiałów budowlanych. Jest to okoliczność oczywiście nieprawdziwa. Ceny materiałów budowlanych sukcesywnie rosną a wzrost rok do roku dla poszczególnych kategorii materiałów sięga kilkudziesięciu procent. Wykonawca nie zaoferował w tym zakresie Zamawiającego żadnych dowodów, podał okoliczność oczywiście nieprawdziwą, a Zamawiający to gołosłowne twierdzenie po prostu przyjął do wiadomości. W załączeniu (załącznik nr 3) Odwołujący złożył analizę Zmiany cen materiałów dla budownictwa oraz domu i ogrodu w marcu 2021 roku - analiza PSB, dostępną na stronie internetowej: <https://www.grupapsb.com.pl/centrum-prasowe/trendv-cenowe/trend/zmianv-cen-materialow-dla-budownictwa-oraz-domu-i-ogrodu-w-marcu-2021-r.html>. która potwierdza, że ceny wszystkich materiałów budowlanych sukcesywnie rosną.

Zdaniem Odwołującego, jeśli chodzi o ocenę kosztorysu złożonego wraz z wyjaśnieniami Zamawiający uchylił się od wykonania w tym zakresie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. W treści wniosku Komisja Przetargowa stwierdza, że nie kwestionuje sposobu sporządzenia kosztorysu, ponieważ nie określiła w SIWZ wymogu w tym zakresie. Tymczasem ocena środka dowodowego w postaci kosztorysu nie miała dotyczyć przyjętej metody sporządzenia, a racjonalności, kompletności, szczegółowości i spójności tego dokumentu. Takiej oceny brak we wniosku, również protokół postępowania nie potwierdza, aby została ona dokonana. Z dokumentacji postępowania wynika w istocie, że kosztorys był szczegółowo oceniony poprzednio, czego wyrazem była treść odpowiedzi na odwołanie w sprawie 408/21. W odpowiedzi na odwołanie wskazano m.in. na następujące błędy sporządzonego kosztorysu:

- cena złożonej oferty Konsorcjum opiewa na kwotę 2 440 000,00 zł brutto, zaś kwota w załączonym kosztorysie jest wyższa a zatem różna od ceny złożonej oferty, opiewa bowiem na kwotę 2 444 000,00 zł brutto, co potwierdzone jest także słownie;

- poszczególne pozycje kosztorysowe określone jako kalkulacje indywidualne nie zawierają nakładów robocizny, materiału i sprzętu, jak i kosztów pośrednich i zysku do czego Wykonawca był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział XXI pkt 2 i rozdział XXIV pkt 3);
- w załączonym kosztorysie Konsorcjum pomija lub zaniża nakłady norm przyjętych w katalogach nakładów rzeczowych; stosując obniżenia nakładów na robociznę Konsorcjum tym samym kolejny raz obniża wartość poszczególnych pozycji, a tym samym zaniża łączne nakłady robocizny o około 12 000 roboczogodzin tj. około 324 000,00 zł (stawka z kosztorysu Wykonawcy 27 zł/godzina).

Wszystkie te argumenty i dostrzeżone nieścisłości na etapie ponownej oceny kosztorysu zostały zwyczajnie zignorowane, chociaż ponowna ocena wyjaśnień miała doprowadzić do ustalenia, czy należy wezwać Konsorcjum do uzupełniającego wyjaśnienia, czy też wystarczająca będzie ocena złożonego już pisma z 5 stycznia 2021 roku.

W ocenie Odwołującego, na uwagę nie zasługuje również twierdzenie Konsorcjum, jakoby za możliwością zaoferowania niższej ceny przemawiał spadek cen materiałów budowlanych. Argument ten został oceniony przez członków Komisji Przetargowej jako wiarygodny podczas gdy wiedzą powszechnie znaną jest znaczący wzrost cen materiałów budowlanych.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że w świetle orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz uzasadnienia wniosku o wybór oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej należy wskazać, że Zamawiający w istocie nie wykonał zalecenia KIO dotyczącego ponownej oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum. Zamawiający skupił się w swoich rozważaniach na metodzie sporządzenia kosztorysu, co de facto stanowi okoliczność irrelewaną z punktu widzenia udowodnienia przez Konsorcjum, że cena złożonej przez nie oferty nie jest ceną rażąco niską. Tymczasem ów kosztorys jest jedynym dowodem, jaki Konsorcjum zaoferowało Zamawiającemu, poprawiając go zresztą już po upływie wyznaczonego na złożenie wyjaśnień terminu. Zatem, zdaniem Odwołującego, ten jedyny dowód powinien zostać dokładnie przeanalizowany, nie z punktu widzenia możliwości stosowania kalkulacji własnych w miejsce norm branżowych, a w kontekście rzeczywistości zaoferowanych cen, uwzględnienia wszelkich niezbędnych kosztów, w tym zwłaszcza - potrzebnych do zrealizowania zamówienia nakładów: materiałów i robocizny. W ocenie Odwołującego, skoro w kilkuset pozycjach tego kosztorysu Konsorcjum nie wskazał na jakiegokolwiek koszty robocizny, to Zamawiający powinien był zadać sobie pytanie, czy rzeczywiście jest to kalkulacja rzetelna, pozwalająca przyjąć, że zamówienie zostanie należycie zrealizowane. A na tak zadane pytanie nie można udzielić w okolicznościach przedmiotowej sprawy odpowiedzi twierdzącej. Przedmiotem oceny powinno być to, czy wyjaśnienia są spójne,

logiczne, kompletne i potwierdzają, że wykonawca - Konsorcjum skalkulował na etapie sporządzania oferty wszystkie koszty, jakie wiążą się z realizacją zamówienia. W ocenie Odwołującego nie można na to pytanie odpowiedzieć twierdząco, co już zostało przesądzone w wyroku KIO w sprawie toczącej się wskutek odwołania wniesionego przez Konsorcjum.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wykonał niezrozumiały dla Odwołującego ruch, polegający na radykalnej zmianie swojego stanowiska, nie dokonując jednocześnie merytorycznej oceny wyjaśnień, nie wzywając wykonawcy do ich uzupełnienia, czy sprecyzowania, czy też nie odwołując się do fachowej wiedzy. Wskutek powyższego owe ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne wyjaśnienia (jak w wyroku KIO w sprawie 408/21) zostały uznane za wystarczające.

Zarzut naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych

Zdaniem Odwołującego już ocena wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum 5 stycznia 2021 roku powinna prowadzić Zamawiającego do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Jednakże najdalej idącym skutkiem ponownej oceny mogłoby być wezwanie Konsorcjum do złożenia dodatkowego wyjaśnienia, obejmującego treść wcześniejszych wyjaśnień, ale kwestie, które nadal wymagają sprecyzowania. Zakres takiego uzupełniającego wezwania oraz dopuszczalność jego sformułowania zostały precyzyjnie określone w wyroku KIO 408/21. Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych został jednak podniesiony jako ewentualny, ponieważ w sprawie 408/21 KIO słusznie zauważyła, że regułą jest brak wzywania do ponownych wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art.93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych

Odwołujący wskazał, że z najdalej idącej ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w punkcie 1 i 2 odwołania, zarzucił Zamawiający naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy, tj; zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego jeśli Zamawiający uznał na etapie oceny, że zaprezentowane w przedmiarze dane, w tym odwołanie się do Krajowych Nakładów Rzeczowych i wynikająca z nich liczba roboczogodzin niezbędnych do zrealizowania zamówienia nie mają żadnego znaczenia, a wykonawca może całkowicie dowolnie szacować zamówienie, w tym przyjmować kilkukrotnie zaniżone wartości poszczególnych pozycji, nie powinien załączać do SIWZ Przedmiaru. Odwołujący kierując się zasadą należytej staranności, kalkulując składniki cenotwórcze przyjął wartości

zaprezentowane w przedmiarze. Podobnie pozostali wykonawcy oparli się na tych danych. Gdyby Odwołujący dwukrotnie zaniżył oszacowany dla celów sporządzenia oferty nakład roboczogodzin, jego oferta byłaby niższa od oferty złożonej przez Konsorcjum. W tej sytuacji nie jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ SIWZ zawierało przedmiar, który na etapie oceny ofert zdaniem Zamawiającego nie ma żadnego znaczenia.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn. „Termomodernizacja budynków nr 19 i 21 KWP w Krakowie przy ul. Mogilskiej 109” w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa ekologicznego oraz zasobów środowiska poprzez modernizację obiektów małopolskiej Policji” wraz z robotami towarzyszącymi (pkt IV.1 SIWZ).

W punkcie XXI SIWZ Zamawiający określił m.in. następujące wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny:

- 1. W druku „Oferta” (załącznik nr 1 do SIWZ) należy podać cenę oferty brutto, która musi określać całkowitą wycenę przedmiotu zamówienia.*
- 2. Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie należne Wykonawcy elementy wynagrodzenia wynikające z tytułu przygotowania, realizacji i rozliczenia przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty. Cena musi też uwzględniać ryzyko wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.*
- 3. Ofertę należy sporządzić przy uwzględnieniu warunku, że całość materiałów oraz środków technicznych niezbędnych do wykonania zamówienia dostarcza Wykonawca.*
- 4. Podstawę do obliczenia ceny oferty stanowią: dokumentacja projektowa – załącznik nr 11 do SIWZ oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 12 do SIWZ. Przedmiar robót (załącznik nr 13 do SIWZ) służy tylko jako pomoc w określeniu kwoty ryczałtowej na wykonanie w/w roboty budowlanej. Ilości podane w tym opracowaniu są orientacyjne i pomocnicze. (...)*

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 19 068 301,59 zł, co stanowiło równowartość 4 587 105,67 euro, przy czym wartość aktualnie udzielanej części zamówienia (którego dotyczy obecne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego), to 2 909 126,48 zł, co stanowi równowartość 681 405,96 euro.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) oferta Odwołującego – 2 440 000,00 zł,
- 2) oferta Konsorcjum: COMFORT-THERM Ł.K., COMFORT-THERM Sp. z o.o. – 3 083 900,00 zł,
- 3) oferta KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna – 2 598 694,80 zł,
- 4) MATEO Przedsiębiorstwo budowlane Usługowo-handlowe J.F. – 2 514 000,00 zł,
- 5) LUK-TERM PARTNER Sp. z o.o. – 2 495 700,00 zł,
- 6) Zakład Remontowo-Budowlany P.K. – 2 770 000,00 zł.

Izba ustaliła, że pismem z 30 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do wyjaśnień dotyczących ceny. Zamawiający podał w wezwaniu:

(...) w związku z faktem, iż zaoferowana cena 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, Zamawiający zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień (w tym złożenie dowodów) dotyczących wyliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia (w tym dowody) mają dotyczyć ceny oferty, w szczególności:

- 1) w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177, z 2019 r. poz. 1564);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) czy też powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Wykonawca ma obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość (np. kosztorys ofertowy, cenniki cenotwórcze,

zestawienie robocizny, materiałów, sprzętu, okoliczności faktycznie pozwalające na zaoferowanie nisko wycenionych składników ceny).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia:

(...) zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz jest rynkowa i przedstawiamy poniższe dowody:

- 1) Przedstawiona oferta została sporządzona w oparciu o wynikające z przedstawionych materiałów do przetargu w szczególności dokumentacja projektowa, przedmiar pomocniczy oraz wizja lokalna dokonana przy postępowaniu prowadzonym w okresie czerwiec-lipiec 2020 roku. W kalkulacji założone są wartości wyjściowe na poziomie stawki roboczogodziny 27 zł/r-g, koszty pośrednie 55% oraz zysk 12%. Na dowód przedstawiamy kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o udostępniony przedmiar pomocniczy.*
- 2) Firmy wchodzące w skład konsorcjum posiadają wieloletnie doświadczenie w realizacji zadań polegających na kompleksowej termomodernizacji. Bliskość inwestycji od siedziby firmy (ok. 10 km) powoduje, że koszty logistyczne będą utrzymane na niskim poziomie. Dodatkowo firma posiada własną flotę transportową oraz sprzęt niezbędny do wykonania przedmiotu umowy oraz doświadczony personel, który gwarantuje prawidłowy nadzór nad pracami.*
- 3) Sytuacja epidemiologiczna w kraju wymusiła spadek cen od dostawców materiałów i hurtowni, co przekłada się na optymalizację oferowania cen w kontraktach i pozwoliło obniżyć ofertę w postępowaniu.*
- 4) Konsorcjum dodatkowo mogło obniżyć koszty stałe oraz koszty mobilizacji ze względu na fakt, że wykonuje analogiczne zadanie na terenie Komendy Wojewódzkiej Policji. Nabyło również odpowiednie doświadczenie o charakterze zleconych robót i specyfikacji remontowanych budynków.*
- 5) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych art. 90 wprost przedstawia sytuacje, w których wykonawca musi udowodnić, że cena przedstawiona w ofercie jest rażąco niską ceną tj. w sytuacji gdy jego oferta jest o 30% od wartości zamówienia, lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert w postępowaniu. W obu przypadkach nasza oferta nie spełnia tych wymagań. Oferta (2 440 000,00 zł brutto) przedstawiona jest tylko 7,94% tańsza od średniej arytmetycznej (2 650 382,47 zł brutto) sześciu złożonych ofert w postępowaniu, co potwierdza rynkowość ceny.*

Zdaniem konsorcjum oferta została przygotowana rzetelnie i nie zachodzą przesłanki do stwierdzenia, że jest ona rażąco niska.

Do wyjaśnień Odwołujący załączył kosztorys na łączną kwotę 2 444 000,00 zł.

Pismem z 22 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z 26 stycznia 2021 r. wykonawca KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna przekazał Zamawiającemu „Informację o nieprawidłowościach w postępowaniu”, wskazując:

(...) Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce – lider konsorcjum, Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany M., ul. Raclawicka 27/19, 32-200 Miechów – partner konsorcjum, i niezgodnie z przepisami ustawy wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą.

W postępowaniu przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia. Okoliczność, że w postępowaniu przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku badania, czy zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej, a w konsekwencji również wezwania Wykonawcy do złożenia w związku z tym wyjaśnień. Wykonawca MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce – lider konsorcjum, Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany M., ul. Raclawicka 27/19, 32-200 Miechów – partner konsorcjum (dalej Wykonawca) został zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Cena oferty stanowiła około 68 % wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego). Zamawiający wyznaczył konsorcjum 5-dniowy termin na złożenie wyjaśnień. W wyznaczonym terminie Wykonawca w ramach wyjaśnień złożył pismo m.in. z informacją, że cena nie jest rażąco niska oraz załączył kosztorys dla potwierdzenia swojej ceny ofertowej. Cena złożonej oferty opiewa na kwotę 2 440 000,00 zł brutto, zaś kwota w załączonym kosztorysie jest wyższa a zatem różna od ceny złożonej oferty, bowiem opiewa na kwotę 2 444 000,00 zł brutto, co potwierdzone jest także słownie.

Cena wynikająca z kosztorysu powinna być identyczna z ceną ofertową jaką złożył Wykonawca i do której wyjaśnienia został wezwany przez Zamawiającego.

Zamawiający w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny skierował wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca przedstawił kalkulację w postaci kosztorysu o kwocie wyższej niż ofertowa i nie załączył innych dowodów na potwierdzenie, że jego cena nie jest rażąco niska.

Oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, bowiem co do zasady Zamawiający nie może wezwać Wykonawcy do ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wezwanie wskazywało na konieczność przedstawienia dowodów na potwierdzenie skalkulowanej ceny ofertowej na określonym w ofercie poziomie. W stanie faktycznym nie jest możliwe ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia kolejnych

wyjaśnień. W aktualnym, jak i starszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp nie może być użyta do obejścia przepisów. W sytuacji, w której pierwotne wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, potwierdzające, iż cena została obliczona nieprawidłowo, Zamawiający nie może wezwać takiego Wykonawcy do kolejnych wyjaśnień. Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej ponowne wezwanie nie może stanowić „ratowania oferty”. Kolejne wezwanie byłoby naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez Wykonawcę. Tym samym, w przypadku kiedy na prawidłowo sformułowane wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, Wykonawca nie przedstawił jednoznacznej i precyzyjnej kalkulacji ceny ofertowej należałoby uznać, że Wykonawca nie sprostął nałożonemu na niego ciężarowi dowodowemu, i w takiej sytuacji Zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wprawdzie orzecznictwo i doktryna dopuszczają możliwość zwrócenia się do Wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia, o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów czy założeń przyjętych do kalkulacji, jednak nie ma to miejsca w tej sytuacji, gdy wyjaśnienia Wykonawcy opiewają na kwotę inną niż złożona oferta. Zamawiający nie ma również możliwości poprawy ceny oferty jako innej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy do wyjaśnień, gdyż wyjaśnienia mogą służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień i nie mogą dotyczyć negocjacji ceny oferty.

Zgodnie z ustawą Pzp Wykonawca w postępowaniu może złożyć jedną ofertę (art. 83 ust. 1 ustawy Pzp). Treść złożonej oferty musi być zgodna z treścią SIWZ i nie może ulec zmianie w toku procedury wyjaśnień.

Wykonawca złożył zatem wyjaśnienia niestaranne, nie sprawdził nawet własnej ceny ofertowej. Już samo przekazanie kosztorysu z inną ceną niż ofertowa może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i stanowić czyn nieuczciwej konkurencji a zarazem podstawę do odrzucenia oferty.

Dodatkowo zauważyć należy, że w sytuacji przedstawienia przez Wykonawcę pełnych kosztów (w tym przypadku wyceny kosztorysowej) powinny one mieć sprecyzowany, dokładny charakter.

W treści pkt.1 złożonych wyjaśnień Wykonawca twierdzi, że na dowód przedstawia kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o udostępniony przez Zamawiającego przedmiar pomocniczy. Wynika więc z tego, że kosztorys powinien być sporządzony na podstawie zamieszczonych w przedmiarze katalogów nakładów rzeczowych.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w postaci kosztorysu szczegółowego, w kosztorysie jak wskazał stosuje czynniki cenotwórcze na poziomie tj.: R – stawka robocizny bezpośredniej 27zł/r-g

M – koszty materiałów bezpośrednich

S – koszty pracy sprzętu oraz środków transportu technologicznego

Kp – koszty pośrednie 55% od Robocizny i Sprzętu tj. 55%(R+S)

Z – zysk kalkulacyjny 12% od Robocizny i Sprzętu oraz kosztów pośrednich tj. 12%(R+S+Kp)

Pv – podatek VAT co nie jest w pełni prawdą, ponieważ poszczególne pozycje kosztorysowe określone jako kalkulacje indywidualne nie zawierają nakładów robocizny, materiału i sprzętu, jak i kosztów pośrednich i zysku do czego Wykonawca był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział XXI pkt 2 i rozdział XXIV pkt 3). Zastosowanie kalkulacji indywidualnej nie zwalnia Wykonawcy z stosowania wyżej wymienionych czynników cenotwórczych. Wykonawca tego nie robi w pozycjach określonych jako kalkulacja indywidualna, a tym samym zaniża koszty i wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych wykazując koszty bezpośrednio bez narzutów. W pozycjach tych Wykonawca nie wykazuje zastosowanych materiałów, nakładów robocizny i sprzętu co powoduje, że nie nalicza od nich wskazanych kosztów pośrednich i zysku jakie deklaruje w założeniach kosztorysowych na stronie tytułowej kosztorysu. Tym samym kolejny raz zaniża wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Ponadto Wykonawca w załączonym kosztorysie pomija lub zaniża nakłady norm przyjętych w Katalogach Nakładów Rzeczowych, które stosuje w kosztorysie i tym samym kolejny raz obniża wartość poszczególnych pozycji, co ma miejsce np. w pozycjach:

Pozycja 1.1.4.2 KNR 4-01 0201/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 4,32 r-g/m² a przyjmuje nakład robocizny 1,296 r-g/m² stosując współczynnik do R=0,3, co obniża nakład robocizny o 3,024 r-g/m² pomnożone x obmiar 95,43 m² daje 288,58 r-g x 27 zł./r-g =7.791,67 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i Zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 13.526,34 zł. (netto)

Pozycja 1.1.12.1 KNR 2-02 1604/01 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,5482 r-g/m² a przyjmuje nakład robocizny 0,0952 r-g/m², co obniża nakład robocizny o 0,453 r-g/m² pomnożone x obmiar 1127,48 m² daje 510,75 r-g x 27 zł./r-g =13.790,25 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 23.939,87 zł. (netto)

Pozycja 1.2.1.1 KNR 4-01 0104/03 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 6,41 r-g/m³ a przyjmuje nakład robocizny 2,205 r-g/m², co obniża nakład robocizny o 4,205 r-g/m³ pomnożone x obmiar 472,73 m² daje 1987,83 r-g x 27 zł./r-g = 53.671,40 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 93.173,55 zł. (netto)

Pozycja 1.2.6.10 KNNR 5 0605/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,45 r-g/m a przyjmuje nakład robocizny 0,145 r-g/m, co obniża nakład robocizny o 1,305 r-g/m pomnożone x obmiar 212 m² daje 276,66 r-g x 27 zł./r-g = 7.469,82 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 12.967,61 zł. (netto)

Pozycja 1.2.7.1 KNNR 6 0801/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,46 r-g/m² a przyjmuje nakład robocizny 0,66 r-g/m², co obniża nakład robocizny o 0,80 r-g/m² pomnożone x obmiar 147,05 m² daje 117,64 r-g x 27 zł./r-g = 3.176,28 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 5.514,02 zł. (netto)

Pozycja 1.2.7.6 KNR 4-01 0108/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,86 r-g/m³ a przyjmuje nakład robocizny 0,46 r-g/m³, co obniża nakład robocizny o 0,40 r-g/m² pomnożone x obmiar 22,06 m² daje 8,82 r-g x 27 zł./r-g = 238,25 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 413,60 zł. (netto)

Pozycja 1.2.7.7 KNR 4-01 0108/12 winien być zgodnie z normą nakład sprzętu 0,48 r-g/m³ a przyjmuje nakład sprzętu 0,02 r-g/m³, co obniża nakład sprzętu o 0,46 r-g/m² pomnożone x obmiar 22,06 m³ daje 10,15 m-g x 65 zł./m-g = 659,59 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 1.145,05 zł. (netto)

Takich pozycji kosztorysowych z nieprawidłowościami jest więcej i trudno je w swej mnogości wymieniać, ale chcę pokazać mechanizm obniżenia nakładów robocizny, a tym samym wartości złożonej oferty.

Wyjaśnieniem Wykonawcy nie może być zatem kosztorys, który jest wadliwie sporządzony, co powinien zweryfikować Zamawiający na etapie oceny złożonych wyjaśnień, a informacja na pierwszej stronie kosztorysu, że zastosowano cenę robocizny w wysokości 27 zł za r-g, koszty pośrednie na poziomie 55% i zysk na poziomie 12 % nie stanowią przesłanki do uznania, że kosztorys został sporządzony prawidłowo.

Wykonawca w złożonym kosztorysie wykazuje łączne nakłady robocizny na wykonanie zamówienia na poziomie 12 695 r-g, co jest ujęte w zestawieniu robocizny przedłożonego kosztorysu. Przedmiar robót załączony przez Zamawiającego do SIWZ obejmujący swym zakresem wykonanie przedmiotowego zamówienia, sporządzony na podstawie

obowiązujących norm i nakładów rzeczowych przewiduje nakłady robocizny na poziomie 24 933 r-g. Widać więc, iż Wykonawca przyjął połowę nakładów robocizny założonych na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Trudno zrozumieć dlaczego Zamawiający na etapie weryfikacji kosztorysu nie zauważył tak dużej różnicy nakładów robocizny (ponad 12 tysięcy roboczogodzin), w stosunku do przedmiaru sporządzonego na podstawie kosztorysu inwestorskiego, jaki posiada w swoich zasobach i udostępnił w materiałach przetargowych do postępowania na etapie składania ofert.

Wykonawca nie przewidział w swojej ofercie zastosowania technologii równoważnej wykonania przedmiotowego zakresu robót, co dawałoby ewentualne możliwości obniżenia nakładów robocizny w tak dużym stopniu. Nakłady robocizny nie zmieniają się przy przyjętej przez Wykonawcę technologii robót, a wynagrodzenie ryczałtowe nie zwalnia Wykonawcy z zachowania wymaganych procesów technologicznych i czasochłonności ich przebiegu. Czasochłonność procesów technologicznych określają normy Katalogów Nakładów Rzeczowych, które Wykonawca zaniża w swej ofercie. Zaniżając nakłady robocizny zaniża więc cenę złożonej oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wobec innych podmiotów biorących udział w postępowaniu przetargowym.

Ponadto Wykonawca nie wykazuje w przedłożonym kosztorysie w pozycjach opisanych jako kalkulacja indywidualna zastosowanych kluczowych materiałów takich jak: styrodur, styropian, styropapa, tynk elewacyjny, mających zastosowanie do prac termomodernizacyjnych, stanowiących element kosztorysu w pkt. 1.1 Prace termomodernizacyjne, co już stanowi naruszenie istoty rzetelnych wyjaśnień.

Wykonawca winien złożyć prawidłowo sporządzony kosztorys Zamawiającemu, a wynagrodzenie ryczałtowe nie zwalnia Wykonawcy od wykonania kosztorysu w sposób zgodny z zasadami kosztorysowania, tym bardziej, że kosztorys ten stanowi podstawę rozliczenia dofinansowania ze środków unijnych i osiągnięcia zamierzonego efektu rzeczowego.

Z treści niniejszego pisma wynika, że Wykonawca zmieniając normy Katalogów Nakładów Rzeczowych i unikając zastosowania czynników cenotwórczych tj. kosztów pośrednich i zysku w poszczególnych pozycjach kosztorysowych chcąc dopasować wartość kosztorysu do kwoty ofertowej zrobił to na tyle nieudolnie, że ceny te się różnią, to jest tak jakby Wykonawca złożył dwie różne oferty, co jest niezgodne z ustawą Pzp i Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca kilkakrotnie zaniżając nakłady norm Katalogów Nakładów Rzeczowych na wykonanie przedmiotowego zadania tym bardziej nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny złożonej przez siebie oferty.

Z przedłożonego kosztorysu załączonego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynika również jakie Wykonawca zastosował materiały i ich parametry. Wykonawca zatem nie dochował należytej staranności w przygotowaniu wyjaśnień.

Oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą Pzp, 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z treścią SIWZ oraz 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 – oferta zawiera rażąco niską cenę.

Naszym zdaniem Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp, który mówi, że m.in. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, bezstronność i obiektywizm oraz udzielił zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy.

Pismem z 3 lutego 2021 r. Zamawiający przekazał „Informację o ponownej ocenie ofert”, w której poinformował o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna.

W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający podał:

W dniu 22.01.2021 r. roku komisja przetargowa dokonała wyboru oferty konsorcjum firm: 1) MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa (...). W dniu 26.01.2021 r. Zamawiający został poinformowany na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechaniu czynności w postępowaniu, polegających na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: MURKRAK (...) i niezgodnie z przepisami ustawy wybraniu jej jako ofertę najkorzystniejszą. W uzasadnieniu informacji zostało podniesione, że:

– cena złożonej oferty Konsorcjum opiewa na kwotę 2 440 000,00 zł brutto, zaś kwota w załączonym kosztorysie jest wyższa a zatem różna od ceny złożonej oferty, opiewa bowiem na kwotę 2 444 000,00 zł brutto, co potwierdzone jest także słownie;

– poszczególne pozycje kosztorysowe określone jako kalkulacje indywidualne nie zawierają nakładów robocizny, materiału i sprzętu, jak i kosztów pośrednich i zysku do czego Wykonawca był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział XXI pkt 2 i rozdział XXIV pkt 3);

– w załączonym kosztorysie Konsorcjum pomija lub zaniża nakłady norm przyjętych w katalogach nakładów rzeczowych, np. pozycje:

- *Pozycja 1.1.4.2 KNR 4-01 0201/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 4,32 r-g/m² a jest przyjęty 1,296 r-g/m², zastosowany współczynnik do R=0,3, co obniża nakład robocizny o 3,024 r-g/m²;*
- *Pozycja 1.1.12.1 KNR 2-02 1604/01 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,5482 r-g/m² a jest przyjęty 0,0952 r-g/m², co obniża nakład robocizny o 0,453 r-g/m²;*
- *Pozycja 1.2.1.1 KNR 4-01 0104/03 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 6,41 r-g/m³ m² a jest przyjęty 2,205 r-g/m², co obniża nakład robocizny o 4,205 r-g/m³*
- *Pozycja 1.2.6.10 KNNR 5 0605/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,45 r-g/m² a jest przyjęty 0,145 r-g/m, co obniża nakład robocizny o 1,305 r-g/m*
- *Pozycja 1.2.7.1 KNNR 6 0801/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,46 r-g/m² a m² a jest przyjęty 0,66 r-g/m², co obniża nakład robocizny o 0,80 r-g/m²*
- *Pozycja 1.2.7.6 KNR 4-01 0108/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,86 r-g/m³ m² a jest przyjęty 0,46 r-g/m³, co obniża nakład robocizny o 0,40 r-g/*

Stosując obniżenia nakładów na robociznę Konsorcjum tym samym kolejny raz obniża wartość poszczególnych pozycji, a tym samym zaniża łączne nakłady robocizny o około 12 000 roboczogodzin;

– nie wykazuje w przedłożonym kosztorysie w pozycjach opisanych jako kalkulacja indywidualna zastosowanych kluczowych materiałów takich jak: styrodur, styropian, styropapa, tynk elewacyjny.

W dniu 28.01.2021 r. komisja powróciła do czynności ponownego badania i oceny ofert. W toku ponownego badania i oceny ofert komisja stwierdziła, co następuje:

- 1. Zamawiający potwierdził zarzuty o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechaniu czynności w postępowaniu, polegających na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty i unieważnienia czynności wyboru konsorcjum firm:
1) MURKRAK (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zamawiający nie ma możliwości poprawy ceny oferty jako innej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (zmiana dotyczyłaby całego kosztorysu, cen jednostkowych itd.). Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy do wyjaśnień, gdyż wyjaśnienia mogą służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień i nie mogą dotyczyć negocjacji ceny oferty. Wprawdzie orzecznictwo i doktryna dopuszczają możliwość zwrócenia się do Wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia, o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów czy założeń przyjętych do kalkulacji, jednak nie ma to miejsca w tej sytuacji, gdy wyjaśnienia Wykonawcy opiewają na kwotę inną niż złożona oferta.*
- 2. Zamawiający przystąpił do oceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. (...)*

5. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający potwierdził zarzuty w stosunku do oferty konsorcjum: 1) MURKRAK (...) oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą Pzp (Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę zgodnie z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp), 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z treścią SIWZ (pozycje kosztorysowe nie są sporządzone zgodnie z zapisami SIWZ), art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem co do zasady Zamawiający nie może wezwać Wykonawcy do ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Dalej Izba ustaliła, że na skutek odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, Ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce - lider konsorcjum, Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany M. ul. Raclawicka 27/19, 32-200 Miechów - partner konsorcjum, Izba wyrokiem z dnia 9 marca 2021 r. nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy MURKRAK sp. z o.o. sp.k oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniej.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 marca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnianiu czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty wykonawcy: Konsorcjum firm: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, Ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce - lider konsorcjum, Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany M. ul. Raclawicka 27/19, 32-200 Miechów - partner konsorcjum.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 kwietnia 2021 r. Komisja Przetargowa Zamawiającego poinformowała Zamawiającego wynikach ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. W zakresie oferty Przystępującego, Komisja wskazała, że wykonawca w dniu 30.12.2020r. został wezwany na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Pzp) do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. W odpowiedzi wykonawca w dniu 5.01.2021r. złożył wyjaśnienia i na dowód załączył kosztorys. Wprawdzie kosztorys opiewa na inną kwotę niż cena złożonej oferty, jednakże, zgodnie z wyrokiem KIO „Izba nie dopatrzyła się wadliwości oferty w fakcie, że kwota z kosztorysu nieznacznie różni się od ceny ofertowej”, w związku z tym fakt ten nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny oferty. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, iż prace kalkulował przy założeniach: roboczogodzina 27,00 zł, koszty pośrednie 55%, zysk 12%. Komisja stwierdza, iż wykonanie przedmiotu zamówienia przy przedstawionych założeniach jest możliwe. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki

godzinowej w 2021 r., od 1 stycznia 2021 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł brutto. Z kolei rekomendowana przez sygnatariuszy Porozumienia największych polskich organizacji pracodawców i pracowników budownictwa na rok 2021 minimalna godzinowa stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych wynosi 23,43 zł. Wykonawca kalkuluje cenę roboczogodziny na wyższym poziomie. Założone koszty pośrednie i zysk nie odbiegają od stawek przyjętych do rozliczeń przy innych robotach budowlanych realizowanych obecnie w garnizonie małopolskim. Ponadto, wykonawca podnosi, iż niskie koszty własne spowodowane są sprzyjającymi okolicznościami: bliskość terenu inwestycji od siedziby firmy, posiadanie własnej floty transportowej oraz sprzętu niezbędnego do realizacji robót. Wykonawca wskazuje również, iż dysponuje doświadczonym personelem. Dodatkowo, obniżenie kosztów stałych i mobilizacji spowodowane jest wykonywaniem analogicznego zadania na terenie Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie co spowodowało również nabycie stosownego doświadczenia co do charakteru zleconych robót i specyfiki remontowanych budynków. Komisja stwierdziła, iż przedstawione okoliczności nie budzą wątpliwości. Wykonawca realizował na terenie KWP w Krakowie analogiczne zadanie: „Termomodernizacja budynku nr 24 i 25 wraz częściową wymianą sieci ciepłowniczej wewnętrzzakładowej” (ZP.57.2020). Wprawdzie realizacja odbywała się przy pomocy podwykonawców w zakresie robót: (a) wykonanie przyłącza wysokoparametrowego wraz z systemem alarmowym, dostawa i montaż kompaktowego wymiennika ciepła wraz z AKPiA oraz wykonanie instalacji centralnego ogrzewania.; (b) demontaż pokrycia dachu oraz wykonanie nowego pokrycia dachu na budynkach nr 24 i 25; (c) dostawa i montaż stolarki PCV i aluminiowej; (d) termoizolacja elewacji budynku metodą lekką – mokrą; (e) prace związane z izolacją fundamentów; (f) dostawa i montaż krat malowanych; (g) montaż bram dwuskrzydłowych; (h) prace elektryczne: instalacja elektryczna i instalacja odgromowa, jednakże wykonawca pozostałe prace wykonywał własnymi siłami oraz koordynował prace podwykonawców. Na ocenę poziomu zdobytego doświadczenia skutkującego obniżeniem kosztów mógłby wpłynąć fakt, iż wykonawca został obciążony karami umownymi za niedotrzymane terminu realizacji. Jednakże wykonawca nie zgodził się z obciążeniem, twierdząc, że opóźnienie powstało z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Spór do chwili obecnej nie został rozstrzygnięty. Biorąc pod uwagę utrwaloną i powszechnie aprobowaną regułę interpretacji na korzyść wykonawcy, należy uznać, iż wykonawca, pomimo naliczenia kar umownych, faktycznie zdobył doświadczenie pozwalające mu na obniżenie kosztów, gdyż faktycznie umowę zrealizował, a efekt tej umowy został przez Zamawiającego odebrany.

Przedstawiony na dowód kosztorys został sporządzony metodą szczegółową, w oparciu o przedmiar przedłożony przez Zamawiającego do postępowania przetargowego. Część pozycji została wyceniona jako kalkulacja indywidualna, co jest dopuszczalne. Ponieważ przedmiar ma charakter pomocniczy, a Zamawiający nie określił w SIWZ szczególnej formy, w jakiej kosztorys na potrzeby wyjaśnień może być wykonany, należy stwierdzić, że nie ma podstaw do kwestionowania takiego sposobu przygotowania kosztorysu na potrzeby wyjaśnień, jaki zastosował Wykonawca. Takie stanowisko potwierdziło też KIO w ww. wyroku. Kosztorys został poddany szczegółowej analizie przez inspektorów branżowych z WliR. Stwierdzili oni, że jest on oparty generalnie na wszystkich pozycjach katalogowych zawartych w przedmiarze. W pozycjach, w których Wykonawca zmienił podstawy wyceny katalogowej na kalkulację własną (indywidualną), nośniki cenowe nie odbiegają od takich samych, na jakich Wykonawca zrealizował roboty termomodernizacyjne budynku 24 i 25.

Ponadto stwierdzono:

1. Błąd w opisie pozycji kosztorysowej od 1.1.8.26 do 1.1.8.30 rurociągi z rur PE o średnicy... powinno być rurociągi z rur, ze stali niestopowej. Natomiast w pozycji szczegółowej przyjęto już dobry materiał tj. rura ze stali niestopowej, zewnętrznie ocynkowana.
2. W pozycji 2.1.8.1 przyjęto grzejnik o wysokości 600 mm i długości 450 mm powinien być grzejnik o wysokości 600 mm i długości 750 mm
3. Błąd w opisie pozycji kosztorysowej od 2.1.8.9 do 2.1.8.13 rurociągi z rur PE o średnicy... powinno być rurociągi z rur, ze stali niestopowej. Natomiast w pozycji szczegółowej przyjęto już dobry materiał tj. rura ze stali niestopowej, zewnętrznie ocynkowana

Biorąc pod uwagę powyższe komisja stwierdza, iż Wykonawca w sposób wystarczający wyjaśnił i udowodnił, iż cena nie jest rażąco niska. Realizacja przedmiotowego zamówienia jest możliwa za zaoferowaną cenę. Brak jest również innych podstaw do odrzucenia oferty.

Powyższe ustalenia Komisji Przetargowej zostały powtórzone w decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Pismo takie skierował Zamawiający do wykonawców w dniu 9 kwietnia 2021 r.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 14 kwietnia 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

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

Zdaniem Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nieprawidłowo uznał, że Przystępujący dostatecznie wyjaśnił sposób kalkulacji i wartość robót składających się na realizację zamówienia, a w konsekwencji niezasadnie dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Zdaniem Izby, w okoliczności analizowanej sprawy, zasadne było nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ust. 1a przywołanego przepisu ustawodawca wskazał, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Ponadto w art. 90

ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że 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. Oznacza to, iż ustawodawca przewidział dwie przesłanki obligujące zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy: (i) brak złożenia wyjaśnień; (ii) ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższe regulacje stanowią implementację do krajowego systemu prawnego m.in. art. 69 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej „**Dyrektywa Klasyczna**”). Ustawodawca europejski w art. 69 Dyrektyw Klasycznej wskazał, że instytucje zamawiające żądają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie. W ust. 3 ustawodawca europejski wskazał, że instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Obie regulacje, zarówno krajowa jak i europejska, winny być interpretowana w świetle naczelnej zasady prawa zamówień publicznych tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej na tle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wypracowano stanowisko, że choć przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Kolejne wezwania są możliwe, jeśli służą one wyjaśnieniu informacji zawartych w pierwotnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO o sygn. akt: 1431/17 z dnia 28 lipca 2017 r., wyrok KIO o sygn. akt: 2025/14 z dnia 13 października 2014 r., wyrok KIO o sygn. akt: 2380/17 z dnia 24 listopada 2017 r.). Proces ten odpowiada użytemu przez ustawodawcę europejskiego pojęciu „konsultacji” wyjaśnień. W ocenie Izby pojęcie „konsultacji” wyjaśnień nie może być interpretowane w ten sposób, że umożliwia się wykonawcy wielokrotne wyjaśnienie tych samych kwestii związanych z wyceną zamówienia. Konsultacje dotyczą złożonych przez wykonawcę pierwotnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i zawartych w nich informacji. Informacje te mogą być oczywiście doprecyzowane w trakcie konsultacji, ale doprecyzowanie nie może oznaczać przekazywania zamawiającemu zupełnie nowych informacji czy dowodów, które

wykonawca mógł przekazać w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Nieusprawiedliwione w żaden sposób zaniechanie przekazania zamawiającemu wyczerpujących informacji co do wyceny kluczowych elementów zamówienia skutkujące przedłużaniem procesu wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi nadużycie prawa do składania wyjaśnień. Podkreślić należy, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że zamawiający traktują jednakowo wykonawców w tym samych czy podobnych okolicznościach. W ocenie Izby dopuszczenie możliwości „nieograniczonego” wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poprzez dopuszczenie możliwości uzupełniania wyjaśnień o nowe informacje czy dowody powoduje, iż zamawiający dysponuje niczym nieograniczoną swobodą i dyskrecją co do decyzji odnośnie liczby wezwań w stosunku do poszczególnych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, co z kolei przekładać się może na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Pojawiać się bowiem będzie problem dlaczego jeden wykonawca został wezwany dwa razy, zaś inny sześć razy, dlaczego oferta jednego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, choć zamawiający mógłby jeszcze dopytać w kolejnych wezwaniach o wycenę przedmiotu zamówienia czy dodatkowe dowody. Wprowadzenie tak szerokiego, trudno obiektywnie weryfikowalnego marginesu swobody dla zamawiających, potencjalnie może stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. To w zasadniczej mierze przemawia za wypracowaną w orzecznictwie zasadą jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, z możliwością konsultacji i wyjaśnienia treści pierwotnie złożonych wyjaśnień. Zasada ta służy maksymalnej obiektywizacji procesu weryfikacji cen zaoferowanych przez wykonawców.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu mają postanowienia SIWZ oraz wydane w sprawie orzeczenie Izby o sygn. akt: KIO 408/21. Po pierwsze, jak Izba ustaliła powyżej, w przedmiotowym postępowaniu SIWZ nie zawiera żadnych wytycznych dotyczących sposobu sporządzenia kosztorysu przez wykonawcę. Wykonawca w ogóle nie był zobowiązany do jego sporządzenia. Nie ma również w SIWZ obowiązku uwzględnienia nakładów na realizację zamówienia według KNR. Z postanowień SIWZ wynika jasno, że wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy. W Rozdziale XXI Zamawiający jasno wskazał, że przygotowując ofertę wykonawcy powinni szczegółowo zapoznać się z dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych. Skalkulowana cena oferty jest ceną ryczałtową, w której to wykonawca ma ująć wszelkie koszty: materiałów, robocizny, sprzętu do osiągnięcia zamierzonego efektu, oraz innych niezbędnych prac, działań i czynności, do realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym wykonawcy winni zapoznać się z rzeczywistymi warunkami i

zakresem robót przy realizacji przedmiotu zamówienia i uwzględnić je w wycenie. Ponadto, nie było sporne pomiędzy stronami, że przygotowany przez Zamawiającego, a stanowiący Załącznik nr 13 do SIWZ, Przedmiar robót ma charakter pomocniczy przy wycenie kosztów realizacji zamówienia.

Po drugie, Izba wskazuje, że w wyroku o sygn. akt 408/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w decyzji z dnia 3 lutego 2021 r. Zmawiający w sposób niewystarczający i niepełny wyjaśnił przyczyny odrzucenia oferty Przystępującego. Izba nie rozstrzygnęła czy wyjaśnienia wykonawcy z dnia 4 stycznia 2021 r. były wyjaśnieniami prawidłowymi czy obalały domniemanie rażąco niskiej ceny. Na stronie 24 wyroku, Izba jednoznacznie wskazała: cyt.: *„Ponieważ w rozpoznawanej Zamawiający nie przedstawił wystarczającej oceny wyjaśnień, utrudnione jest stwierdzenie, czy istnieją podstawy do skierowania do wykonawcy kolejnych pytań. Jeżeli w wyniku ponownej analizy wyjaśnień Zamawiający uzna, że wyjaśnienia co do zasady powinny zostać zaakceptowane, ale istnieją określone wątpliwości wymagające wyjaśnienia, powinien skierować do wykonawcy stosowne wezwanie. Jeżeli jednak Zamawiający uzna wyjaśnienia za wadliwe, gołosłowne i nierzetelne, to nie może udzielić wykonawcy drugiej szansy na wykazanie rynkowości ceny.”* Tym samym Izba dała jasne wytyczne dla Zamawiającego co do dokonania ponownej oceny wyjaśnień Przystępującego, nie rozstrzygając przy tym czy wyjaśnienia wykonawcy są prawidłowe czy nie. Izba nałożyła na Zamawiającego obowiązek dokonania czynności ponownego badania i oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień.

Po trzecie wskazać należy, że Zamawiający – jak wynika z treści pisma Komisji Przetargowej z dnia 7 kwietnia 2021 r. – dokonał ponownego badania i oceny wyjaśnień Przystępującego z dnia 4 stycznia 2021 r. Zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień. W wyniku przeprowadzonej analizy Komisja Przetargowa stwierdziła, że wykonawca wykazał, że zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Zatem, w tych samym okolicznościach faktycznych, dokonując analizy tych samym dokumentów jaki stanowiły podstawę do pierwotnego odrzucenia oferty Przystępującego, Zamawiający uznał, że jego pierwotna decyzja była błędną, zaś wykonawca w sposób prawidłowy wyjaśnił rynkowy charakter zaoferowanej ceny.

Izba nie podziela powyższego stanowiska Zamawiającego. Zdaniem Izby z decyzji Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2021 r. o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie wynika w jaki sposób Zamawiający zweryfikował wycenę zamówienia dokonaną przez Przystępującego i na podstawie jakich informacji i analiz uznał, iż cena jaką wykonawca zaoferował za realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską.

Izba wskazuje, że nie było sporne pomiędzy stronami, że w złożonym przez Przystępującego kosztorysie szczegółowym, wykonawca wycenił 83 pozycje stosując wycenę indywidualną. Taka wycena kosztów realizacji zamówienia była dopuszczalna, gdyż jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający nie zawarł w SIWZ postanowień odnośnie sposobu sporządzenia kosztorysu realizacji zamówienia. Dopuszczalność jednak wyceny indywidualnej poszczególnych elementów składających się na zamówienie nie oznacza dowolności i nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania, iż przyjęte przez niego założenia co do rynkowego charakteru takiej wyceny indywidualnej są prawidłowe, realne i możliwe do zrealizowania. Zdaniem Izby w okolicznościach analizowanej sprawie z treści złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2021 r. nie można w sposób jednoznaczny ustalić jakie wykonawca przyjął założenia odnośnie kosztów robocizny, zysku i kosztów pośrednich w zakresie kalkulacji indywidualnej. Również w decyzji Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2021 r. nie wynika w jaki sposób Zamawiający dokonał analizy kalkulacji indywidualnej w zakresie ww. elementów.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, Przystępujący złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego kosztorys szczegółowy, jako dowód mający potwierdzać, iż cena zaoferowana za realizację zamówienia jest ceną realną. Dokument ten winien zatem być poddany weryfikacji i analizie przez Zamawiającego w zakresie przyjętej wyceny poszczególnych pozycji. Zawarta zaś w decyzji Zamawiającego ocena wyjaśnień jest ogólna i nie rozwiewa wątpliwości w jaki sposób Zamawiający zbadał wycenę kosztów realizacji zamówienia w kontekście wyceny indywidualnej wykonawcy. Za taką ocenę nie można z pewnością uznać stwierdzenia Zamawiającego, że deklarowane przez Konsorcjum MURKRAK wynagrodzenie za roboczogodzinę jest wystarczające. Podkreślić bowiem należy, że stawka jednostkowej roboczogodziny nie może być analizowana w całkowitym oderwaniu od realnego zapotrzebowania na liczbę roboczogodzin. Zamawiający zaś określił swoje przewidywania co do wymaganej liczby roboczogodzin w przedmiarze robót. I o ile Izba nie kwestionuje pomocniczego charakteru wyliczeń Zamawiającego ujętych w przedmiarze, o tyle odstępstwa od takich wyliczeń i przyjęcie przez wykonawcę własnych, indywidualnych założeń wymaga wykazania przez wykonawcę ich rynkowego i realnego charakteru.

Izba w pełni aprobuje stanowiska Odwołującego, iż analiza wyliczeń Przystępującego zawartych w kosztorysie rodzi szereg pytań co do poprawności wyceny, w tym m.in.:

- 1) zaniżenia liczby roboczogodzin zakładanych przez Zamawiającego dla realizacji zamówienia, bez wskazania, jakie innowacyjne rozwiązanie/koncepcja/technologia zamienna pozwalają na zmniejszenie nakładu robocizny;

- 2) brak sprecyzowania pozycji zysku i kosztów pośrednich w stosunku do wycen indywidualnych zastosowanych przez wykonawcę w kosztorysie.

Izba podkreśla, że niezależnie od przyjętej przez wykonawcę metody kosztorysowania, wykonawca na potrzeby wykazania realności przyjętych założeń co do wyceny kosztów realizacji zamówienia winien kierować się niezmiennymi założeniami tj. każda pozycja kosztorysu powinna uwzględniać czynniki cenotwórcze: tj. R - stawka robocizny; Kp - koszty pośrednie, Z- zysk ewentualnie Kz - koszty zakupu materiałów. W sytuacji, gdy wykonawca przyjmuje wycenę indywidualną, również takie wyliczenia indywidualne winny uwzględniać koszty robocizny, koszty pośrednie, zysk i koszty zakupu materiałów. W kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny z załączonego przez Przystępującego kosztorysu powinno wynikać gdzie ww. elementy są uwzględnione, w jakiej wysokości, jakie wykonawca poczynił założenia co do wyceny. Analiza zaś kosztorysu złożonego przez Przystępującego nie daje odpowiedzi na pytanie czy wykonawca w pozycjach oznaczonych jak „kalkulacja indywidualna” uwzględnił koszty robocizny, koszty pośrednie i zysk. W pozycjach tych brak się wyszczególnienia tych elementów, co rodzi podejrzenie ich nieuwzględnienia, a w konsekwencji obniżenia nakładów roboczogodzin w stosunku do szacunków Zamawiającego. Zdaniem Izby wartości podane w pozycjach „kalkulacja indywidualna” nie poddają się jakiegokolwiek ocenie przez swoją ogólnikowość, zaś Zamawiający wbrew nakazowi Izby zawartemu w wyroku o sygn. akt: KIO 408/21 ww. kwestii nie wyjaśnił z Przystępującym.

W ocenie Izby, w okolicznościach omawianej sprawy, Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że Przystępujący sprostą wymogowi przełamania domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tym samym zasadnym był nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż takie ponowne wezwanie nie będzie stanowić naruszenia ww. przepisu, zwłaszcza w kontekście braku w SIWZ postanowień dotyczących sposobu kosztorysowania. Celem wezwania jest wyjaśnienie informacji pierwotnie przekazanych przez Przystępującego w piśmie z dnia 4 stycznia 2021. Wykonawca bowiem dokonał wyceny wymaganych elementów zamówienia, jednakże nie wynika z poszczególnych pozycji wycenionych indywidualnie czy i na jakim poziomie Przystępujący uwzględnił koszty robocizny, zysk oraz koszty pośrednie. Podkreślić należy w tym miejscu, że sam Przystępujący powoływał się na definicję ceny jednostkowej zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu, która stanowi, że przez cenę jednostkową należy rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy oraz kosztów pośrednich i zysku. Skoro jak twierdzi Przystępujący, stosował w przyjętych wycenach indywidualnych ww. definicję ceny jednostkowej, winien wykazać

Zamawiający w jaki sposób wszystkie elementy składające się na cenę jednostkową zostały uwzględnione w kosztorysie w pozycjach oznaczonych „kalkulacja indywidualna”.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, Izba wskazuje po pierwsze, że przywołana zarówno w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej jak i w odpowiedzi na odwołanie okoliczność naliczenia kar umownych za opóźnienie w realizacji analogicznej roboty budowlanej przez Przystępującego nie może być uznana za okoliczność świadcząca o realności wycenę kosztów realizacji zamówienia przez Przystępującego. To, że Przystępujący nie zgodził się na naliczenia kar umownych nie oznacza, iż nie są one zasadne. Zdaniem Izby, przywołane okoliczności tym bardziej powinny zmobilizować Zamawiającego do rzetelnej weryfikacji wyceny prac przez Przystępującego tak, aby uniknąć ewentualnych opóźnień w realizacji zamówienia właśnie z tytułu zaniżenia kosztów jego realizacji poprzez niedoszacowanie liczby wymaganych roboczogodzin, a tym samym kosztów realizacji zamówienia. Po drugie, niezrozumiałym dla Izby są twierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż Zamawiający nie dokonywał analizy liczby roboczogodzin przyjętych do kalkulacji wyceny, bo to do wykonawców należało przyjęcie niezbędnej liczby roboczogodzin. Rodzi się zatem pytanie co weryfikował Zamawiający analizując koszty realizacji zamówienia? To właśnie zadaniem Zamawiającego w ramach badania cen za realizacją zamówienia było zweryfikowanie czy przyjęte założenia co do wymaganej liczby roboczogodzin są realne i pozwolą na realizację zamówienia w terminie i w sposób wymagany przez Zamawiającego. Takiej analizy Zamawiający nie przedstawił. I nie mógł, zdaniem Izby, przedstawić, gdyż Przystępujący nie wyszczególnił lub też nie uwzględnił wymaganej liczby roboczogodzin w pozycjach „kalkulacja indywidualna”, co wymaga właśnie wyjaśnienia przez Zamawiającego w trybie ponownego wezwania do złożenia do złożenia wyjaśnień. Niezrozumiałym dla Izby są również stwierdzenia Zamawiającego: *„wykonawca Konsorcjum w ramach kosztorysu do wyjaśnień ujął znaczną liczbę pozycji skalkulowanych indywidualnie, posługując się cenami jednostkowymi: m, mkw, komplet, w ramach których ujęte są m.in. zarówno materiały, sprzęt jak i robocizna. Ten sposób kosztorysowania jest dopuszczalny, a jednocześnie powoduje, że w podsumowaniu roboczogodzin ujętym w kosztorysie te roboczogodziny (które ujęte są w ramach pozycji skalkulowanych indywidualnie) się nie wliczają. Co powoduje pozornie tak dużą różnicę roboczogodzin założonych zgodnie z katalogami wskazanymi w przedmiarze (kalkulowanym w całości na KNR) w stosunku do ilości roboczogodzin zliczonych w kosztorysie (w którym roboczogodziny ujęte w pozycjach kalkulowanych indywidualnie się nie zliczają z roboczogodzinami z pozostałych pozycji KNR-owych).* Należy podkreślić, po pierwsze, że powyższych twierdzeń Zamawiającego Izba nie odnalazła w treści wyjaśnień Przystępującego. Zamawiający tym samym, w sposób nieuprawniony, uzupełnia

samodzielnie stanowisko wykonawcy. Po drugie, w pozycjach oznaczonych „kalkulacja własna” nie ma żadnych informacji o kosztach robocizny i przyjętych założeniach co do liczby wymaganych roboczogodzin. Brak tych informacji czy też brak ich wyszczególnienia przez Przystępującego powoduje, że Zamawiający nie miał wystraszających podstaw do analizy i weryfikacji realności ceny zaproponowanej przez Przystępującego.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował pomocniczego charakteru przedmiaru robót. W tym zakresie Izba nie dopatrzyła się sporu pomiędzy stronami co do charakteru tego dokumentu. Jednakże, jak Izba wskazała, kosztorys złożony przez Przystępującego stanowił dowód na wykazanie realności przyjętych przez wykonawcę założeń. Wykonawca winien więc wykazać w jaki sposób wycenił pozycję „kalkulacja indywidualna”, jak szacował wymagany poziom robocizny i koszty z tym związane. Wynagrodzenie kosztorysowe nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku badania realności zaproponowanej ceny za realizacji zamówienia, nie oznacza zupełnie dowolności wyceny przedmiotu zamówienia. Daje większe możliwości określenia i wyceny przez wykonawcę ryzyk kontraktowych, jednakże wykonawca nadal jest obciążony ciężarem wykazania, że prawidłowo zidentyfikował owe ryzyka i prawidłowo wycenił ich ekonomiczną wartość.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zasadne jest wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących informacji wynikających z przedłożonego kosztorysu. Zdaniem Izby ponowne wezwanie stanowić będzie wyłącznie doprecyzowanie informacji już wynikających z kosztorysu tj. wyjaśnienie w jaki sposób w kwotach wskazanych w wycenie indywidualnej Przystępujący uwzględnił koszty robocizny (z uwzględnieniem stawki roboczogodziny wskazanej w treści wyjaśnień), zysk, koszty pośrednie, przy czym Izba zaznacza, że niedopuszczalna na obecnym etapie byłaby zmiana wartości kwot wskazanych przez Przystępującego w kosztorysie. Podane wartości winny być zweryfikowane przez Zamawiającego, pod względem ich rynkowego i realnego charakteru. W kontekście wyjaśnień dodatkowych wyjaśnień wykonawcy, Zamawiający winien poddać analizie dotychczasowe oświadczenia Przystępującego co do posiadanego sprzętu czy potencjału kadrowego jak i cen materiałów budowlanych zawarte w piśmie wykonawcy z dnia 4 stycznia 2021 r. i wyjaśnić dlaczego uznał te oświadczenia za wiarygodne i wpływające na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest zarzutem przedwczesnym. W okolicznościach niniejszej sprawy za zasadne Izba uznała wezwanie wykonawcy do ponownego złożenia wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp został zgłoszony przez Odwołującego jako zarzut ewentualny – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na uwzględnienie przez Izbę zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 uznać należy za bezprzedmiotowe.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: