

Sygn. akt: KIO 633/22

WYROK

z dnia 22 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 marca 2022 roku** przez wykonawców **A. K. oraz A. K. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa „EURO-STANDARD” spółka cywilna A. K., A. K. z siedzibą w Opolu** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Nysa z siedzibą w Nysie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej EKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nysie**, zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z powodu wycofania zarzutu odwołania,
2. Oddala odwołanie w całości;
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **A. K. oraz A. K. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa „EURO-STANDARD” spółka cywilna A. K., A. K. z siedzibą w Opolu** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - A. K.**

oraz A. K. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa „EURO-STANDARD” spółka cywilna A. K., A. K. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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: Gmina Nysa z siedzibą w Nysie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Utrzymanie dróg gminnych o nawierzchni gruntowej w latach 2022-2025”. Numer ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w BZP to 2022/BZP 00034424/01 z dnia 2022-01-25.

Dnia 7 marca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, odwołanie w postępowaniu złożyli wykonawcy Firma Handlowa „EURO-STANDARD” s.c. A. K., A. K. z siedzibą w Opolu, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono w ustawowym terminie – podstawą wniesienia informacji była decyzja Zamawiającego przekazana w dniu 1 marca 2022 roku. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający wadliwie ocenił iż oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie jest ofertą najkorzystniejszą, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia a cena ofertowa i jej ceny składowe (jednostkowe) rażąco niskie. Niezgodność ta polega na tym, iż pomimo wymogu złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego szczegółowego EKOM takiego kosztorysu nie złożył. Gdyby Zamawiający właściwie dokonał oceny oferty EKOM, to na podstawie art. 226 ust.1 pkt. 5 i 8 ustawy Pzp dokonał by odrzucenia tej oferty, co tym samym powoduje, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- I. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty EKOM, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - nie złożenie wymaganego szczegółowego kosztorysu ofertowego,
- II. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak żądania od EKOM wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych gdyż zaofferowana suma cen jednostkowych i ceny składowe (jednostkowe) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- III. art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak żądania od EKOM wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych (np. poz. 37, 43, 47, 51), pomimo iż suma cen jednostkowych firmy EKOM jest niższa

o 38,69 % i ceny części składowych niższe dla poz. 37 o 37,33%, dla poz. 43 o 47,20%, dla poz. 47 o 49,96% dla poz.51 o 47,73% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,

IV. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty EKOM, pomimo iż firma ta udzieliła wyjaśnienia w wyznaczonym terminie ale złożone wyjaśnienia nie odpowiadały wezwaniom i nie uzasadniały iż podana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską,

V. Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty EKOM, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

VI. Art. 239 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę, która nie jest rażąco niską a oferta spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,

VII. Art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKOM, pomimo iż oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty EKOM,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty EKOM,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Zarzut brak szczegółowego kosztorysu ofertowego

Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) w punkcie 5 „Nazwa i opis przedmiotu zamówienia” ppkt. 2 zdanie trzecie wskazał, że *„Do oferty należy dołączyć kosztorysy szczegółowe z wykazem materiałów i sprzętu (występujących w kosztorysie) z podaniem ich cen jednostkowych.”*

Zamawiający w pkt 16 ppkt 2 „Sposób obliczenia ceny” wskazuje, że *„Wykonawca podaje ceny jednostkowe brutto zgodnie z nr pozycji przedmiaru (1-54)”* oraz w ppkt 3 *„Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”.*

Po zapoznaniu się z ofertą Ekom Odwołujący stwierdził, że do oferty nie został dołączony szczegółowy kosztorys ofertowy, co nie wypełnia wymogu Zamawiającego.

Faktem jest, że EKOM wraz z ofertą złożył uproszczony kosztorys ofertowy, co jest sprzeczne z wymogiem Zamawiającego.

Metoda kalkulacji uproszczonej gdzie cena kosztorysowania jest iloczynem ilości scalonych jednorodnych robót (np. 1 m² wykonanej nawierzchni betonowej, 1 m ułożenia przewodu wodociągowego itp.) oraz cen jednostkowych, a także ewentualnie podatku od towarów i usług VAT, natomiast metoda kalkulacji szczegółowej dotyczy ceny kosztorysowej (CK) określonego zakresu rzeczowego robót (obiektu, wydzielonego elementu, obiektu branżowego rodzaju robót lub wyodrębnionej w kosztorysie pozycji kalkulacyjnej) i jest sumą kosztów robocizny bezpośredniej (R), kosztów materiałów bezpośrednich (M), kosztów zakupu materiałów obejmujące również kosztów ich transportu zewnętrznego (Kz), kosztów pracy sprzętu oraz środków transportu technologicznego (S), kosztów pośrednich (Kp), zysku (Z), podatku VAT (Pv) $CK = R + M + Kz + S + Kp + Z + Pv$.

W związku z powyższym kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej nie zawiera (nie wykazuje, nie wyodrębnia) w poszczególnych pozycjach kalkulacyjnych kosztów robocizny bezpośredniej, kosztów materiałów bezpośrednich, kosztów zakupu materiałów obejmujące również koszty ich transportu zewnętrznego, kosztów pracy sprzętu oraz środków transportu technologicznego, kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego, podatku VAT. Dlatego też do tak przygotowanego i przedstawionego uproszczonego kosztorysu firmy EKOM nie można odnieść się i sprawdzić czy oferent przyjął prawidłowe (opisane w poszczególnych katalogach KNR) nakłady rzeczowe dla poszczególnych składników cenotwórczych: robocizny, materiałów, sprzętu. Istnieje uzasadnione podejrzenie, że oferent mógł celowo zaniżyć lub też nie ująć poszczególnych nakładów rzeczowych dla składników cenowych celem obniżenia poszczególnych cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji kalkulacyjnych lub też zastosować takie obniżenia poszczególnych nakładów rzeczowych przypisanych dla pozycji opisanych podstawami KNR, aby móc dla poszczególnych pozycji kalkulacyjnych przygotować odpowiadające mu wartości (czyli pozycje najbardziej interesujące podwyższyć – takie które a pewno będą zakresem robót zleconych do wykonania, lub zaniżyć te pozycje które mogą nie wystąpić w zakresie zleconym lub wystąpić w znikomych ilościach).

W związku z faktem iż przedmiotem zamówienia jest utrzymanie dróg gminnych o nawierzchni gruntowej, to każdą pozycję kosztorysową należy traktować jako odrębną czynność podlegającą indywidualnemu rozliczeniu. Tą tezę potwierdza Zamawiający zapisem, że „Wykonawca podaje ceny jednostkowe brutto zgodnie z nr pozycji przedmiaru (1-54)”. Biorąc również pod uwagę fakt, że „Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty (...)”, to cena jednostkowa dla każdej pozycji kosztorysowej musi zawierać wszystkie koszty, to znaczy koszty robocizny

bezpośredniej, koszty materiałów bezpośrednich, koszty zakupu materiałów obejmujące również koszty ich transportu zewnętrznego, koszty pracy sprzętu oraz środków transportu technologicznego, koszty pośrednie, zysku kalkulacyjnego, podatku VAT. Brak szczegółowego kosztorysu ofertowego nie pozwala na jednoznaczne zweryfikowanie prawidłowości złożonego oświadczenia woli co do zaoferowanej ceny ofertowej i jej wszystkich elementów.

Z uproszczonego kosztorysu ofertowego firmy EKOM w żaden sposób nie można wywieść, iż każda pozycja kosztorysowa uwzględnia wszystkie wymagania SWZ oraz obejmuje wszystkie koszty. Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SWZ. Dla uznania zgodności treści oferty z SWZ nie wystarczy jedynie złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia, wyrażającego zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, opisywał zarówno zakres oferowanego świadczenia, szczegóły jego wyceny, a tym samym stanowił istotną część składową oferty. Zamawiający nie wymagał kosztorysów jako dokumentów pomocniczych, a stanowiły one merytoryczną warstwę zobowiązania wykonawcy opisującą spełnienie wymagań przedmiotu zamówienia. Kluczowe znaczenie (podstawę) dla wyłonienia najkorzystniejszej oferty miało złożenie szczegółowego kosztorysu ofertowego, co potwierdza sposób dokonania oceny kryterium ceny. Zamawiający bowiem w pierwszej kolejności dokonał oceny kryterium ceny poprzez przyporządkowanie punktów dla każdej pozycji kosztorysowej a następnie dodał punkty z poszczególnych pozycji co stanowiło sumę ocen cen jednostkowych, która stanowiła podstawę do wyboru najkorzystniejszej oferty. Brak w ofercie żądanego szczegółowego kosztorysu ofertowego nie jest jedynie brakiem formalnym, lecz merytorycznym brakiem oferty podlegającym dyspozycji art. 226 ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp. Nie jest bowiem oczywiste jakie elementy wyceny zawierała każda pozycja kosztorysowa, więc brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca wypełnił wymogi określone w SWZ i czy są one porównywalne z cenami jednostkowymi odwołującego.

Zamawiający winien otrzymać prawidłowo sporządzone oferty, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ, a takiej oferty wykonawca EKOM w ocenie Odwołującego nie złożył. Treść oferty wykonawcy EKOM jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ w warstwie merytorycznej nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego, wyrażonym w dokumentacji postępowania i nie ma możliwości poprawy tej treści jako omyłki.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut rażąco niskiej ceny

Jak wynika z sesji otwarcia ofert, suma cen jednostkowych brutto w ofercie EKOM (będąca jedynym kryterium oceny ofert) wynosiła 4 637,31 zł a cena Odwołującego to 10 490,51 zł. Średnia arytmetyczna złożonych ofert to 7 563,91 zł, co stanowi, że cena ofertowa EKOM jest niższa o ponad 30%, tj. o 38,69 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

W związku z tym faktem Zamawiający był zobowiązany zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zwrócić się do EKOM o udzielenie wyjaśnień w celu wykazania iż, cena ofertowa nie jest rażąco niska, nie czyniąc tego naruszył wskazany przepis.

Odwołujący podkreślił również, że cena jednostkowa oferty EKOM dla pozycji 37, 43, 47, 51 jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej dla tych pozycji.

Dla poz.:

1. poz. 37 – średnia arytmetyczna wynosi – 298,19 zł. a cena EKOM 161,39 zł, co stanowi, że jest ona niższa o 45,87 % od średniej,
2. poz. 43 - średnia arytmetyczna wynosi – 311,14 zł, a cena EKOM 140,49 zł, co stanowi, że jest ona niższa o 54,84 % od średniej,
3. poz. 47 - średnia arytmetyczna wynosi – 14,56 zł, a cena EKOM 6,22 zł, co stanowi, że jest ona niższa o 57,28 % od średniej,
4. poz. 51 - średnia arytmetyczna wynosi – 2 840,12 zł, a cena EKOM 1 268,86 zł, co stanowi, że jest ona niższa o 55,32 od średniej.

W związku z tym Zamawiający był zobowiązany do w stosunku do kwoty 4 637,31 zł i wymienionych pozycji zastosować przepis art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp i zwrócić się do EKOM o udzielenie wyjaśnień w celu wykazania, iż cena ofertowa i ceny ofertowe dla tych pozycji nie są rażąco niskie. Jeżeli Zamawiający tego nie uczynił, to naruszył przywołane przepisy. Brak szczegółowego kosztorysu ofertowego i brak w uproszczonym kosztorysie ofertowym części informacji uniemożliwił Odwołującemu i tym samym Zamawiającemu badanie oferty pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny istotnych części składowych (pozycji kosztorysowych) oferty.

Odwołujący na dzień wniesienia odwołania nie posiada wiedzy o wartości zamówienia tj. o kwocie stanowiącej sumę cen jednostkowych ani też o wartościach zamówienia poszczególnych cen jednostkowych, niemniej jednak z ostrożności postępowania wniesiono zarzuty, iż cena ofertowa EKOM jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Brak odrzucenia oferty EKOM stanowi naruszenie przepisów wskazanych na wstępie odwołania. Skutkiem powyższego było pozbawienie Odwołującego zamówienia w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego spowodowało naruszenie art. 16 ustawy Pzp i tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego i wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 9 marca 2022 roku. W dniu 14 marca 2022 roku zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej EKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nysie (dalej jako „Przystępujący” lub „EKOM”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Przystępujący wskazał, że złożył ofertę zawierającą konieczne zapisami SWZ w pkt 5. 2 elementy zamówienia. Kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie z przedmiarem robót, przy zachowaniu kolejności pozycji przedmiaru. Zakres i technologia wycenionych pozycji pokrywa się z zakresem i technologią pozycji przedmiaru (zastosowano pozycje KNR), do

kosztorysu dołączono wykazy materiałów, sprzętu z cenami jednostkowymi, podano wszystkie czynniki kosztotwórcze (zgodnie z pkt 12.2 SWZ). Kosztorys został opracowany w programie NORMA, gdzie sporządzenie polega w pierwszej kolejności na sporządzeniu kosztorysu szczegółowego, którego finalnym efektem jest kosztorys ofertowy.

Przystępujący zastosował się do wymogów SWZ określonych w pkt. 12.2d (Opis przygotowania oferty, w którym Zamawiający wymagał złożenia kosztorysu ofertowego). Złożony kosztorys zawierał wszystkie wymagane przez Zamawiającego pozycje od 1 do 54, pozycjom przyporządkowano określone wartości procentowe.

Co do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący podniósł, że badaniu podlegać może cena całkowita oferty, która może być zarówno ceną łączną, jak i sumą cen jednostkowych.

Zamawiający w postępowaniu dokonywał oceny oferty w oparciu o cenę całkowitą oferty. Nie podlegała ocenie analiza cen jednostkowych. Dlatego też wskazywane przez Odwołującego ceny jednostkowe nie mają charakteru istotnego z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia. Nie były one oceniane w sposób indywidualny, bowiem Zamawiający przypisał konkretnym pozycjom kosztorysu określoną wagę %, co nie stanowi obliczenia wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o sumę cen jednostkowych.

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to jednostkowe ceny ofertowe z kosztorysu Przystępującego nie różniły się znacząco od poprzednio oferowanych przez Wykonawcę w poprzednim postępowaniu na lata 2018-2021. Zamawiający nie musiał zatem mieć wobec nich wątpliwości. Ocenie Zamawiającego podlegała poza tym cena całkowita oferty a nie ceny jednostkowe, do których dlatego nie może mieć zastosowania kryterium 30% różnicy wartości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Przystępujący podkreślił, że nie był wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dlatego też zastosowanie przywołanych przepisów jest niemożliwe. Przesłanki z nich aktualizują się w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów nie czyni tego lub przeprowadzona ich ocena potwierdza rażąco niską cenę oferty.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Argumentacja Zamawiającego zbieżna była z argumentacją przedstawiającą przez Przystępującego.

Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący wycofał zarzut nr IV dotyczący naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, więc w tym zakresie Izba umorzyła postępowanie, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanek przez Zamawiającego w wersji elektronicznej Izba ustaliła, że z zapisów SWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający założył, że roboty i prace rozliczane będą na podstawie cen jednostkowych netto (powiększonych o podatek VAT według stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury) określonych w ofercie Wykonawcy i obmiaru faktycznie wykonanych robót, potwierdzonych przez przedstawiciela Zamawiającego. W przypadku konieczności wykonania robót nie objętych cenami jednostkowymi będą one kosztorysowane w oparciu o wskaźniki cenotwórcze podane w ofercie:

- roboczogodzina:
- wskaźnik kosztów ogólnych (do R i S)
- zysk (od R, S i Ko)
- koszty zakupu materiałów (do M).

Zgodnie z Rozdziałem 5.2. (Kosztorysy ofertowe), kosztorysy ofertowe należało sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe miały być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru w cenach brutto, przy założeniu, że zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru.

Do oferty należało dołączyć kosztorysy szczegółowe z wykazem materiałów i sprzętu (występujących w kosztorysie) z podaniem ich cen jednostkowych.

W ofercie należało podać wartości składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk; na podstawie których sporządzono kosztorys ofertowy.

- roboczogodzina
- koszty ogólne (do R i S)
- zysk (od R, S i Ko)
- koszty zakupu materiałów (do M).

Z zapisów punktu 12. 2d SWZ (Opis sposobu przygotowania oferty) wynika, że należało do niej dołączyć kosztorys ofertowy.

Zgodnie z rozdziałem 16 (sposób obliczenia ceny) Wykonawca podawał ceny jednostkowe brutto zgodnie z nr pozycji przedmiaru (1-54).

Zamawiający w ramach opisu kryteriów oceny ofert podał, że cena będzie stanowiła 100% oceny, przy czym w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych wprowadzono % poziom oceny dla danej pozycji. Najwyżej była oceniana pozycja 16 (15,5%), potem

pozycje 21, 22 (9%), następnie pozycja 19 (4%), pozycje 8-12 (3%), pozycje 17,18, 29,30, 33,34,38, 39 (2%), pozycje 20,24-37 – 1%, pozycje 1-5, 7,13, 14,16, 23, 31,32, 35, 36, 40-54 – 0,5%. Zamawiający podał, że ocena będzie przebiegała w następujący sposób:

Na sumę ocen cen jednostkowych będą składały się oceny poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia wyliczone wg wzoru :

$$\text{Pozycja przedmiotu} = \frac{\text{cena jednostkowa brutto najniższa}}{\text{cena jednostkowa brutto ocenianej ofert}} \times \text{ilość punktów za pozycję}$$

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący.

EKOM w złożonej ofercie złożył kosztorys ofertowy, gdzie wskazał stawkę robocizny 21 zł, koszty pośrednie 55% (R,S), koszty zakupu – 18% (M), zysk – 5% i Vat 23%. Wartość robót kosztorysowych bez podatku wyniosła 3 770,17 zł, z podatkiem 4 637,31 zł. Ponadto do kosztorysu dołączono zestawienie materiałów i zestawienie sprzętu.

Odwołujący również złożył kosztorys ofertowy, gdzie wskazał koszty pośrednie 47% (R,S), koszty zakupu – 10% (M), zysk – 6% i Vat 23%. Wartość robót kosztorysowych bez podatku wyniosła 8 528,87 zł, z podatkiem 10 490,51 zł. W formularzu oferty Odwołujący wskazał stawkę roboczogodziny 23,50 zł.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu jako bezzasadne.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, kiedy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący błędnie wywodzi z zapisów SWZ, *według których kosztorysy szczegółowe należało złożyć wraz z ofertą*, jednocześnie z wykazem materiałów i sprzętu (występujących w kosztorysie) z podaniem ich cen jednostkowych, że sporządzenie kosztorysów miało nastąpić metodą szczegółową i błędem było złożenie kosztorysów sporządzonych metodą uproszczoną. Odwołujący nie trafnie utożsamia ustalony wymóg szczegółowości kosztorysu z nazwą metody jego sporządzenia. Zamawiający w SWZ wymagał złożenia kosztorysu szczegółowego, ale nie sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej.

Nawet gdyby jednak przyjąć, że zapisy SWZ należało odczytywać w sposób przedstawiony w odwołaniu przez Odwołującego, to wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest tak, że kosztorys sporządzony metodą uproszczoną nie zawiera (nie wykazuje) w poszczególnych pozycjach kalkulacyjnych kosztów robocizny bezpośredniej, kosztów

materiałów bezpośrednich, kosztów zakupu materiałów obejmujących również koszty ich transportu zewnętrznego, kosztów pracy sprzętu oraz środków transportu technologicznego, kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego, podatku VAT. Kosztorys taki nie wyodrębnia tych elementów z ceny pozycji, ale nie oznacza to, że cena danej pozycji ich nie zawiera. Przystępujący podał jakie narzuty czynników kosztotwórczych będzie stosował, jakich materiałów i sprzętu i w jakich ilościach będzie wykorzystywał, tak więc możliwa była ocena, czy dana pozycja kosztorysu ofertowego zawiera wszystkie niezbędne elementy do jej należytego wykonania i wyceny. Oferta Przystępującego w części, gdzie wymagano złożenia kosztorysu zawierała wszystkie wymienione w SWZ w pkt 5.2. Wyceniono wszystkie pozycje ujęte w przedmiarach, Odwołujący nie wykazał, a nawet nie podnosił, że zakres lub technologia wykonania robót nie odpowiada cechom opisanym przez Zamawiającego dla którejkolwiek z pozycji kosztorysu. Tak więc dokument stanowiący treść oferty Przystępującego w warstwie merytorycznej zgodny był z zapisami SWZ, a przynajmniej tezy przeciwnej Odwołujący nie udowodnił. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia odczytywać należy jako niezgodność z wymaganiami określonymi w SWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem Odwołujący skoncentrował się na warstwie formalnej.

Dalej zauważyć należy, że Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu *zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe miały być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru w cenach brutto, przy założeniu, że zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru.* Jeżeli Odwołujący twierdzi, że pozycje kosztorysowe w ofercie Przystępującego nie zawierają pewnych składników cenotwórczych, albo ich poziom został zaniżony, powyższe winien wykazać. Ponadto, o czym Odwołujący nie wspomniał w odwołaniu, do kosztorysu Przystępującego dołączono wykaz materiałów i wykaz sprzętu. Dla profesjonalisty, mającego dane w postaci stawki robocizny, poszczególnych narzutów dla materiałów i sprzętu oraz zakładanego zysku, a także podanych KNR dla poszczególnych pozycji, nie powinno stanowić problemu wykazanie, w których elementach – pozycjach, ceny jednostkowe oferty Przystępującego mogły zostać zaniżone. Tymczasem Odwołujący nawet nie pokusił się o uproszczoną analizę posiadanych danych, subiektywnie stwierdzając, że cena pozycji wymienionych w odwołaniu jest rażąco niska. Dowiedzenie wystąpienia zjawiska rażąco niskiej ceny nie polega na wskazaniu niektórych pozycji z kosztorysu ofertowego przeciwnika. Odwołujący powinien wykazać, że obiektywnie ta cena jednostkowa nie spełnia podstawowych wymogów jej realności.

Z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, w postępowaniu ustalono specyficzną ocenę złożonych ofert, a sposób ten na wcześniejszych etapach postępowania nie był przez żadnego z wykonawców kwestionowany. Zamawiający celnie zauważył, że suma cen jednostkowych nie stanowiła ceny oferty i nie podlegała ocenie w ramach ustalonych kryteriów. Cena oferty nie była również ocenianą ceną jednostkową. Zatem wyliczenia dokonane przez Odwołującego co do ceny całkowitej oferty w porównaniu do wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen ofert nie mogły być odniesieniem do ustalenia, czy Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Suma ujęta w kosztorysie ofertowym była wypadkową cen jednostkowych ocenianych w ramach poszczególnych pozycji, które stanowiły składnik wrażliwy dla Zamawiającego z punktu widzenia należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Jeżeli dana wartość nie była oceniana, to jej wysokość nie mogła być punktem odniesienia do rozstrzygnięcia, czy Przystępujący złożył ofertę z rażąco niską ceną. Wartość ta z punktu ocenianych i punktowanych przez Zamawiającego kategorii prac była irrelevantna.

Należało więc udzielić odpowiedzi na pytanie, czy istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też czy powinny budzić wątpliwości Zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga, iż w odwołaniu Odwołujący ograniczył się wskazania kilku pozycji kosztorysu z oferty Przystępującego i podał o ile cena tych pozycji jest niższa od ceny w jego ofercie. Były to pozycje 37, 43, 47, 51 kosztorysu. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że są to pozycje, które zawierają prace istotne dla przedmiotu zamówienia i ich sposób wyceny przekłada się na ocenę oferty.

Przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi o istotnych częściach składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także wymaga opisanie okoliczności, które powinny budzić wątpliwości zamawiającego. Do żadnego z tych elementów nie odniesiono się w odwołaniu, czy też na rozprawie. Wydaje się, że pozycje kosztorysu Odwołujący wskazał przypadkowo, nie dokonując analizy ich istotności, czy charakteru prac w nich ujętych. Zwrócić uwagę należy, że nie były to prace najwyższej punktowane przez Zamawiającego, te bowiem ujęto w pozycjach 6,15, 21,22 przedmiarów. Do żadnej z nich odwołanie nie zawiera uwag. Choć zostały one przywołane przez Odwołującego na rozprawie, to już dalszej ich analizy Odwołujący nie przeprowadził. Zamawiający natomiast potwierdził, że są to roboty najczęściej wykonywane w jego Gminie, dlatego też cena tych pozycji była dla Zamawiającego istotna z punktu przyszłych rozliczeń umownych i dlatego punktował tę cenę wysoko w kryterium.

Odwołujący nie podał ani w odwołaniu, ani na rozprawie, jakie okoliczności mogły budzić wątpliwości Zamawiającego, które wyartykułować należałoby w wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Nie przedstawiono materiału dowodowego, na podstawie którego można byłoby stwierdzić, że wartość prac w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego Przystępującego (istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia) odbiega od warunków rynkowych, nie zawiera wszystkich wymaganych elementów do wyceny, wycena została przeprowadzona w oparciu o zaniżone normy sprzętowe, materiałowe lub zaniżono liczbę roboczogodzin. Zarzuty odwołania odnoszące się do rażąco niskiej ceny, poza licznymi wyliczeniami, pozbawione są treści, merytorycznego uzasadnienia stanowiska Odwołującego. Zarzuty nie zawierają opisu okoliczności faktycznych, które powinny spowodować, że określona norma prawna winna znaleźć zastosowanie. Z tych powodów również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie, nie wykazano bowiem, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu jako zawierając rażąco niską cenę. Izba pominęła złożone przez Odwołującego dowody w postaci zestawienia porównawczego cen ofert Przystępującego i Odwołującego w odniesieniu do kosztorysu inwestorskiego jako nieprzydatne do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu oraz ze względu na ich wadliwość formalną (brak wykazania, że Odwołujący bazował na dokumencie otrzymanym od Zamawiającego), co powodowało brak możliwości oparcia na takim materiale ustaleń istotnych dla sprawy.

Końcowo, dostrzeżenia wymaga, że nie mógł zostać uwzględniony zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający, kierując się ustalonymi kryteriami oceny, dokonał wyboru oferty, która jest najkorzystniejsza.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy. Izba uważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....