

**Sygn. akt: KIO 796/20**

**WYROK**  
**z dnia 6 lipca 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Zakładu Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie 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 Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Zakładu Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa, rozbudowa wału przeciwpowodziowego rzeki Odry przy miejskiej oczyszczalni ścieków w miejscowości Kędzierzyn – Koźle – etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 lutego 2020 r. pod numerem 516865-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2020 r. wykonawca Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę, podczas gdy złożone przez Odwołującego, konkretne, jasne i spójne oraz adekwatne do przedmiotu zamówienia wyjaśnienia jednoznacznie potwierdzają, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do opisanego w SIWZ przedmiotu zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przerzucanie na Odwołującego negatywnych skutków niejasnego i niespójnego opisu przedmiotu zamówienia, w tym braku jednoznacznych odesłań pomiędzy przedmiarem robót a specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając pierwszy z ww. zarzutów Odwołujący wskazał, że złożonych przez niego wyjaśnień została dokonana w sposób powierzchowny i tendencyjny. Odwołujący złożył ofertę zgodną z SIWZ, podkreślił, że istotne dla niego było określenie niskich, ale realnych stawek cen jednostkowych dla każdej pozycji przedmiaru robót, ponieważ rzeczywiste wynagrodzenie będzie zależeć od faktycznie wykonanego zakresu robót, obmierzonego w Specyfikacjach Technicznych (wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy). Odwołujący powołał się na pkt 18.2 SIWZ, podnosząc, że w postanowieniu tym nie ma mowy o normach i normatywach

wynikających z KNR, KNNR przywołanych w przedmiarze robót, podobnie jak w pkt 18.3, 18.4 i 18.7 SIWZ. W ocenie Odwołującego wykonawcy mieli prawo indywidualnie kalkulować ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysowych, posiadających indywidualny opis i wyliczenie, jednostkę miary oraz ilość. Dodał, że znaczna część pozycji przedmiaru ma opis w istotny sposób różniący się od przypisanego KNR-om czy innym normom (opis został przez Zamawiającego zmodyfikowany), jako przykład omówił poz. 18 i poz. 4. Podkreślił, że Zamawiający nie precyzował nakładów na wykonanie określonej ilości danego elementu robót. Załączył jako dowody karty katalogowe KNR, KNNR.

W odniesieniu do kwestionowanej w informacji o odrzuceniu poz. 5, Odwołujący wskazał m.in., iż zarówno w opisie tej pozycji kosztorysowej w przedmiarze robót załączonym do SIWZ, jak i w katalogach norm nie występuje materiał, wobec czego Odwołujący nie mógł zmniejszyć nakładów dla M (materiału). W pkt 9.2 ST.02.00 (s. 55-56) brak jest wskazania, co obejmuje cena jednostkowa pozycji przedmiarowej nr 5 ani nawet robót podobnych. Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający dokonał dużej modyfikacji opisu elementu robót w przedmiarze w stosunku do opisu wynikającego z KNNR, tym samym nie może żądać by nakłady pracy były zgodne z KNNR. Wyjaśnił, że zgodnie z opisem pozycji kosztorysowej nr 5 element robót jaki należy wykonać to „Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) za pomocą spycharek .... - w ilości 3000,0 m<sup>2</sup>. norma obejmuje przemieszczenie ziemi roślinnej na odległość do 30m...” Tymczasem zgodnie z KNNR 1 0113-01+ KNNR 01013-02 opis elementu robót brzmi : „Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej ( humusu) za pomocą spycharek ... na odległość 40m, a nakłady pracy dotyczą jednostki obmiarowej jaką jest jednostka objętości m<sup>3</sup>, a nie jak wymagał w przedmiarze Zamawiający jednostka powierzchni m<sup>2</sup>. Dodał, że przywołany katalog norm odnosi się do pracy tylko i wyłącznie spycharki o mocy 100KM, a przedmiar robót nie wskazywał mocy spycharki (Odwołujący wyjaśnił w tym miejscu założenia przyjęte w kosztorysie szczegółowym). Odwołujący wskazał także, że w wyjaśnieniach RNC Zamawiający otrzymał dowody, że przejęte przez Odwołującego stawki R i S nie są stawkami z rażąco niskimi cenami oraz zauważył, że wartość tej pozycji nie ma istotnego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do poz. 6 Odwołujący podniósł, iż pkt 9.2 ST.02.00 (s. 55-56) nie wskazuje, co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej ani nawet robót podobnych. Ponadto zgodnie z opisem elementu robót poz. Nr 6 przedmiaru robót czynnością jaką należy wykonać są „Roboty ziemne wykonywane koparkami chwytakowymi o poj. łyżki 0,6m<sup>3</sup> w gr. kat. ( kat. gr. I-IV) w ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach - humus” - z treści przywołanego opisu elementu robót ( pozycji kosztorysowej) zdaniem Odwołującego wynika, że wszystkie elementy robót wykonywane są mechanicznie, bez udziału robocizny. Wynagrodzenie obsługi sprzętu ujęte jest w cenie sprzętu, tym samym nie

można mówić o pominięciu pracy ludzi w wycenie. Odwołujący dodał, że Zamawiający dokonał modyfikacji opisu elementu robót względem opisu elementu robót wg KNNR 1 co wpływa na rozbieżności pomiędzy wyceną Zamawiającego, a wyceną wykonawców. Zgodnie z przywołanym w pozycji kosztorysu nr 6 - KNNR 1 0207-03 uzupełnionym KNNR 1 0208-02 element jaki należy wykonać to „Roboty ziemne wykonywane koparkami chwytakowymi o pojemności chwytaka 1,2 m<sup>3</sup> w gruntach kategorii I-III z transportem urobku.” Zamawiający zmienił rodzaj naczynia roboczego koparki (chwytak - łyżka); zmienił pojemność naczynia roboczego (wg opisu w przedmiarze 0,6m<sup>3</sup>; wg opisu katalogu 1,2m<sup>3</sup>); zmienił kategorię gruntu (wg opisu w przedmiarze I - IV - wg opisu katalogu I-III). Mając na uwadze fakt dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji opisu pozycji kosztorysu nr 6 względem opisu i norm wynikających z przywołanych norm KNNR 1, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie może wymagać, by wykonawca stosował wynikające z KNNR rodzaje i nakłady norm pracy, a nie wynikające z opisu elementu robót wymaganego przedmiarem robót. Tym samym nie można mówić o „braku robocizny”, gdyż robocizna zgodnie z opisem niniejszej pozycji nie występuje. Odwołujący dodał, że wartość przedmiotowej pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie ma istotnego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

W zakresie poz. 8 Odwołujący wskazał, iż pkt 9.2 ST.02.00 (s. 55-56) nie wskazuje, co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej ani nawet robót podobnych. Zgodnie z opisem elementu robót poz. Nr 8 przedmiaru robót czynnością jaką należy wykonać są „Roboty ziemne wykonywane koparkami chwytakowymi o poj. łyżki 0,6m<sup>3</sup> w gr. kat. (kat. gr. I-IV) w ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach – humus” - z treści przywołanego opisu elementu robót (pozycji kosztorysowej) jednoznacznie wynika, że wszystkie elementy robót wykonywane są mechanicznie bez udziału robocizny (wynagrodzenie obsługi sprzętu ujęte jest w cenie sprzętu - kalkulacje podobne przedłożono Zamawiającemu w ramach odpowiedzi na wezwania). Tym samym nie można mówić o „braku robocizny” w dokonanej przez Odwołującego wycenie. Również co do tej pozycji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał modyfikacji opisu elementu robót względem opisu elementu robót wg KNNR 1 co wpływa na rozbieżności między wyceną Zamawiającego, a wyceną wykonawców. Zgodnie z przywołanym w pozycji kosztorysu nr 8 - KNNR 1 0207-03 uzupełnionym KNNR 1 0208-02 element jaki należy wykonać to „Roboty ziemne wykonywane koparkami chwytakowymi o pojemności chwytaka 1,2 m<sup>3</sup> w gruntach kategorii I-III z transportem urobku”. Zamawiający zmienił rodzaj naczynia roboczego koparki (chwytak - łyżka); zmienił pojemność naczynia roboczego (wg opisu w przedmiarze 0,6m<sup>3</sup> ; wg opisu katalogu 1,2m<sup>3</sup>); zmienił kategorię gruntu (wg opisu w przedmiarze I - IV - wg opisu katalogu I-III) Mając na uwadze fakt dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji opisu pozycji kosztorysu nr 8 względem opisu i norm wynikających z przywołanych norm KNNR 1 Zamawiający nie może wymagać by wykonawca

stosował wynikające z KNNR rodzaje i nakłady norm pracy, a nie wynikające z opisu elementu robót wymaganego przedmiarem robót. Zdaniem Odwołującego nie można mówić o braku robocizny w pozycji nr 8, gdyż robocizna zgodnie z opisem niniejszej pozycji nie występuje. Odwołujący dodał, że wartość przedmiotowej pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie ma istotnego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do poz. 12, Odwołujący podniósł, iż w pkt 9.2.4 Specyfikacji Technicznej ST.02.00 (s. 55-56) wskazano ogólną zawartość ceny 1m<sup>2</sup> nawierzchni z elementów prefabrykowanych: „obejmuje: prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, oznakowanie robót, dostarczenie materiałów, przygotowanie podłoża (ewentualne wykonanie podsypki), ułożenie płyt z wypełnieniem spoin, wykonanie robót wykończeniowych, przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych wymaganych w specyfikacji technicznej”. Brak jest ścisłej korelacji pomiędzy przedmiarem robót oraz ich opisem zawartym w ST. Zamawiający w żadnym punkcie i zapisie SIWZ nie wymagał i nie narzucał sposobu kalkulowania cen w oparciu o nakłady pracy ludzi, sprzętu i materiałów wynikające z katalogów norm KNR, tym samym Zamawiający nie ma prawa na etapie oceny ofert wymagać, by wykonawcy kalkulowali i stosowali nakłady normowe. Zamawiający opisując elementy robót w przedmiarze robót określił rodzaj i zakres czynności, jaka ma być wykonana nie narzucając nakładów pracy. Tak sprecyzowane wymagania Zamawiającego nie mogą uprawniać Zamawiającego do ingerowania w kalkulację nakładów pracy, niezależnie czy będzie ona określona za pomocą nakładów bezpośrednich, czy też przy zastosowaniu współczynników zmniejszających do nakładów normowych oraz być podstawą do stwierdzenia, że zastosowany współczynnik czy nakład jest rażąco niski, a tym bardziej nieuprawniony. W ocenie Odwołującego zastosowanie współczynnika zmniejszającego dla R i S w przedmiotowej pozycji kosztorysowej było jak najbardziej uzasadnione, m.in. dlatego, że w kolejnej pozycji kosztorysu (pozycji nr 13) Zamawiający sam zakłada, że ilość płyt z rozbiórki wyniesie 85% lub 81%. Czyli sam Zamawiający zakłada, że 15-19% powierzchni płyt ulegnie zniszczeniu. Tym samym ich rozbiórka będzie łatwiejsza, gdyż będzie polegała na zwykłym wykopie gruzu i załadunku go na środki transportu - co samo w sobie uprawniało wykonawców do zastosowania współczynników zmniejszających dla rozbiórki płyt drogowych z drogi tymczasowej. Odwołujący dodał, że wartość przedmiotowej pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego ma jedynie marginalny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do poz. 14, Odwołujący podniósł, iż w pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej ST.02.00 (s. 55-56) brak jest wskazania, co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej, ani nawet robót podobnych, zatem Zamawiający pozostawił wykonawcom pełną swobodę w wycenie tej pozycji kosztorysu ofertowego. Zgodnie z opisem elementu robót poz. 14 przedmiaru robót czynnością jaką należy wykonać są: „Roboty ziemne wykonywane

koparkami chwytakowymi o poj. łyżki 0,6m<sup>3</sup> w gr. kat. (kat. gr. I-IV) W ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach – humus”- z treści przywołanego opisu elementu robót wynika, że wszystkie elementy robót wykonywane są mechanicznie bez udziału robocizny (wynagrodzenie obsługi sprzętu ujęte jest w cenie sprzętu - kalkulacje podobne przedłożono Zamawiającemu w ramach odpowiedzi na wezwania). Tym samym nie można mówić o „braku robocizny” w wycenie. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający dokonał modyfikacji opisu elementu robót względem opisu elementu robót wg KNNR 1, co wpływa na rozbieżności pomiędzy wyceną Zamawiającego, a wyceną wykonawców. Zgodnie z przywołanym w pozycji kosztorysu nr 6 - KNNR 1 0207-03 uzupełnionym KNNR 1 0208-02 element jaki należy wykonać to „Roboty ziemne wykonywane koparkami chwytakowymi o pojemności chwytaka 1,2m<sup>3</sup> w gruntach kategorii I-III z transportem urobku.” Zamawiający zmienił rodzaj naczynia roboczego koparki (chwytak - łyżka); zmienił pojemność naczynia roboczego (wg opisu w przedmiarze 0,6m<sup>3</sup> ; wg opisu katalogu 1,2m<sup>3</sup>); zmienił kategorię gruntu (wg opisu w przedmiarze I - IV - wg opisu katalogu I-III). Mając na uwadze fakt dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji opisu pozycji kosztorysu nr 14 względem opisu i norm wynikających z przywołanych norm KNNR 1, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie może wymagać, by wykonawca stosował wynikające z KNNR rodzaje i nakłady norm pracy, a nie wynikające z opisu elementu robót wymaganego przedmiarem robót. Tym samym nie można mówić o „braku robocizny w pozycji nr 14”, gdyż robocizna zgodnie z opisem niniejszej pozycji nie występuje, a modyfikacje Zamawiającego pozwalają na indywidualne wyceny wykonawców. Odwołujący dodał, że wartość przedmiotowej pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie ma istotnego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

W zakresie poz. 18 Odwołujący podniósł, iż pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej ST.02.00 (s. 55-56) nie wskazuje, co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej (podano jedynie co zawiera cena wycinki 1 szt. drzewa, cena karczowania 1 szt. samego pnia, cena karczowania korzeni krzaków 1 ha oraz cena oczyszczenia terenu z pozostałości po wykarczowaniu 1 m<sup>2</sup>). Odwołujący zauważył, że w pkt 3.3 Specyfikacji Technicznej ST.02.00 (s. 46) jako sprzęt do wykonania likwidacji, zabezpieczenia drzew i robót towarzyszących dopuszczono m.in. piły ręczne. Zamawiający opisując pozycję 18 przedmiaru robót przywołał katalog norm KNR 2-21 0104-06, który to określa nakłady pracy na „Odmładzanie starych drzew”, a nie na przycinanie konarów drzew na długości wału. Zgodnie z przedmiotową tablicą, wyszczególnienie robót zawiera: „Prześwietlenie koron drzew z zasmarowaniem ran smołą sadowniczą. Wycięcie suchych i połamanych gałęzi. Przystawienie drabin. Zebranie odpadów w stosy. Katalog ten nie zawiera nakładów pracy sprzętu, którego to brak w wycenie zarzucił Odwołującemu Zamawiający. Zdaniem Odwołującego nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający stwierdza, że taki sprzęt winien być odrębnie wyceniony (pił ręcznych, podobnie

jak młotków, kielni itp. nie wycenia się jako sprzętu uznając iż są one sprzętem nieużywalnym w normalnych warunkach, zaś koszty ich bieżącej eksploatacji są pomijalne). Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z opisem pozycji w przedmiarze robót prace należy wykonać „wraz z transportem odpadów drzewnych”. Ze względu na brak nakładów pracy sprzętu w katalogu i pozycji Odwołujący miał prawo przyjąć, że nakłady na transport odpadów drzewnych zmieszczą się w kosztach pośrednich. Tym samym nie sposób twierdzić, jak czyni to Zamawiający, że cena i wartość w pozycji 18 jest rażąco niska. Odwołujący dodał, że wartość przedmiotowej pozycji w kosztorysie ofertowym nie ma istotnego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do poz. 37 Odwołujący podniósł, iż Zamawiający numerem „ST 03.00” oznaczył cztery różne specyfikacje techniczne (por. wykaz na s. 29), a w części 1.5 Przedmiaru robót przywołuje dwie ST o nr 03.00, nie wskazując która z nich - czy też obie są odpowiednie dla danej pozycji przedmiaru robót. W odniesieniu do poz. 37 przedmiaru robót zastosowanie może mieć Specyfikacja Techniczna o potrójnej numeracji „03.00.00 05.00.00 06.00.00” zamieszczona na s. 58 i nast. (por. pkt 1.3 przedmiotowej Specyfikacji Technicznej na s. 59) lub Specyfikacja Techniczna „03.00.00 Roboty ziemne - NASYPY” zamieszczona na s. 76 i nast.. Tym niemniej, ani w pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej „03.00.00 05.00.00 06.00.00” (s. 65), ani w pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej „03.00.00 Roboty ziemne - nasypy” (s. 83) nie wskazano co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej, bądź robót podobnych. Odwołujący podniósł, iż pozycja 37 przedmiaru robót w żadnym miejscu swojego opisu nie wskazuje na konieczność wykonywania pracy przez robotników, nie wiadomo zatem na jakiej podstawie Odwołujący miał kalkulować tę robociznę. Odwołujący podkreślił, że w złożonych wyjaśnieniach zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący złożył Zamawiającemu szczegółową kalkulację pozycji kosztorysu nr 37, której to kalkulacji Zamawiający nie podważył. W świetle argumentacji prezentowanej w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty w ocenie Odwołującego, można mieć wątpliwość, czy Zamawiający w ogóle zapoznał się z tą szczegółową kalkulacją.

W zakresie poz. 43 Odwołujący również wskazał, że Zamawiający numerem „ST 03.00” oznaczył cztery różne specyfikacje techniczne (por. wykaz na s. 29), a w części 1.5 Przedmiaru robót przywołuje dwie ST o nr 03.00, nie wskazując która z nich - czy też obie są odpowiednie dla danej pozycji przedmiaru robót. Ani w pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej „03.00.00 05.00.00 06.00.00” (s. 65), ani w pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej „03.00.00 Roboty ziemne - nasypy” (s. 83) nie wskazano co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej, ani nawet robót podobnych. Odwołujący dodał, że Zamawiający w żadnym punkcie i zapisie SIWZ nie wymagał i nie narzucał sposobu kalkulowania cen w oparciu o nakłady pracy ludzi, sprzętu i materiałów wynikające z katalogów norm KNR. Zdaniem Odwołującego Zamawiający

sam dokonuje adaptacji w znany tylko sobie sposób nakładów pracy ludzi, sprzętu i materiałów, gdyż w żadnym z dokumentów przetargowych nie ma tzw. kosztorysu nakładczego zawierającego wymagane przez zamawiającego nakłady pracy ludzi, sprzętu czy materiałów. Czyli Zamawiający dobór nakładów robocizny i sprzętu oraz ich wielkość (ilość) pozostawił wykonawcom. Ponadto Odwołujący odniósł się do wysokości współczynnika, brak którego Zamawiający podnosi zgodnie z KNNR 1, oraz wskazał na wartość przyjętych przez niego kosztów pośrednich.

W odniesieniu do poz. 47, Odwołujący również wskazał, iż Zamawiający numerem „ST 03.00” oznaczył cztery różne specyfikacje techniczne (por. wykaz na s. 29), a w części 1.5 Przedmiaru robót przywołuje dwie ST o nr 03.00, nie wskazując która z nich - czy też obie są odpowiednie dla danej pozycji przedmiaru robót. Ani w pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej „03.00.00 05.00.00 06.00.00” (s. 65), ani w pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej „03.00.00 Roboty ziemne - nasypy” (s. 83), które mogą mieć zastosowanie, nie wskazano co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej, ani nawet robót podobnych. Dodał, że Zamawiający w żadnym punkcie i zapisie SIWZ nie wymagał i nie narzucał sposobu kalkulowania cen w oparciu o nakłady pracy ludzi, sprzętu i materiałów wynikające z katalogów norm KNR. Wskazał, iż Zamawiający jako podstawę podaje KNNR 1 0409-08 z.sz.2.2.2.9911-01 analogia - nie uszczegółowiając czego dotyczy niniejsza analogia przy wycenie, czy jest to współczynnik, czy też nakłady podstawowe pracy sprzętu i ludzi. To po raz kolejny pokazuje, że Zamawiający nie wymagał stosowania nakładów pracy wynikających z KNR itp. i wycenę pozycji pozostawił wykonawcom. Zamawiający sam dokonuje adaptacji w znany tylko sobie sposób nakładów pracy ludzi, sprzętu i materiałów, gdyż w żadnym z dokumentów przetargowych nie ma tzw. kosztorysu nakładczego zawierającego wymagane przez zamawiającego nakłady pracy ludzi, sprzętu czy materiałów. Zamawiający pozostawił zatem wykonawcom dobór nakładów robocizny i sprzętu oraz ich wielkość (ilość). Zamawiający opisując elementy robót w przedmiarze robót określił tylko rodzaj i zakres czynności jaka ma być wykonana, nie narzucając nakładów pracy.

W zakresie poz. 54 Odwołujący podniósł podobne argumenty, wskazując, że w pkt 9 pkt 3 Specyfikacji Technicznej nie wskazano co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej, ani nawet robót podobnych (na s. 94 jest mowa o wyłącznie o cenie jednostkowej 1 m<sup>3</sup> wykonanego umocnienia kamiennego i 1 m<sup>2</sup> ubezpieczenia płytami ażurowymi). Przyjęta przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym oraz kosztorysie szczegółowym ilość jednostek rozliczeniowych maty bentonitowej (Odwołujący podał liczbę jednostek) jest zgodna z ilością jaką Zamawiający określił w przedmiarze robót. Odwołujący wskazał, iż jak wynika z kosztorysu szczegółowego nakład ilościowy bentomaty przyjęty w ofercie Odwołującego jest zgodny z nakładem normowym (Odwołujący wskazał nakład



ilościowy). Dodał także, że przyjęty do oferty koszt 1m<sup>2</sup> maty bentonitowej jest wielokrotnie wyższy od ceny dostawcy, która to cena została wykazana Zamawiającemu (wskazał na załącznik nr 2 do wyjaśnień z dnia 2.04.2020 r.).

W odniesieniu do poz. 58 Odwołujący również wskazał, iż w pkt 9 pkt 3 ww. Specyfikacji Technicznej nie wskazano co obejmuje cena jednostkowa przedmiotowej pozycji przedmiarowej (na s. 69 jest mowa o wyłącznie o cenie jednostkowej 1 m<sup>2</sup> usunięcia warstwy humusu). Odwołujący ponownie wskazał, że Zamawiający w żadnym punkcie i zapisie SIWZ nie wymagał i nie narzucał sposobu kalkulowania cen w oparciu o nakłady pracy ludzi, sprzętu i materiałów wynikające z katalogów norm KNR itp. tym samym Zamawiający nie ma prawa na etapie oceny ofert wymagać by wykonawcy tak kalkulowali i stosowali nakłady normowe. Opieranie się wyłącznie na nakładach norm pracy zawartych w KNR pozbawiałoby wykonawców możliwości indywidualnego kalkulowania cen w oparciu o posiadany własny potencjał sprzętowy, często odmiennej wydajności niż wydajność sprzętu przyjęta do ustalenia nakładów pracy w KNR z uwzględnieniem istotnego czynnika, jakim jest doświadczenie operatorów pracujących na tym sprzęcie. Odwołujący, opierając się na swoim wieloletnim doświadczeniu przy wykonywaniu robót podobnych zastosował opracowany przez siebie współczynnik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący dodał, że wartość przedmiotowej pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego ma jedynie marginalny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do pkt II wskazanego w informacji o odrzuceniu, Odwołujący wskazał, iż poza wskazanymi przez Zamawiającego przykładowymi zastrzeżeniami do kosztorysu szczegółowego, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego posługuje się wyłącznie określeniami o bardzo wysokim stopniu ogólności, z którymi polemizować można jedynie na tym samym poziomie niekonkretności. Nie wiadomo bowiem, jakie jeszcze założenia poczynione przez Odwołującego są w ocenie Zamawiającego „niewiarygodne i nierealne.” Analogiczny zarzut można by postawić względem ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT - jest ona aż o 17 % wyższa od ceny najdroższej oferty w postępowaniu oraz o 28,8 % wyższa od średniej arytmetycznej spośród pięciu złożonych ofert. Odwołujący powołał się także na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10. Jego zdaniem bezpodstawne jest ponadto twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący dopuścił się „manipulowania w nakładach jednostkowych dla R, M i S”. Zgodnie z logiką prezentowaną przez Zamawiającego, Odwołujący powinien zaprzestać posługiwania się nowocześniejszym i bardziej wydajnym sprzętem (S) niż przewidziane w opracowaniach typu KNR, nie oszczędzać materiałów (M) tylko bez kontroli właścicielskiej pozwalać trwonić je zgodnie z tzw. normatywami oraz dla każdej maszynogodziny sprzętu „na wszelki wypadek” doliczać także

asystę minimum jednego robotnika (R) z przysłowiową łopata - mimo, iż nic takiego nie wynika ze szczegółowych zapisów zawartych w odnośnych Specyfikacjach Technicznych. Zdaniem Odwołującego nie wiadomo także na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że „treść wyjaśnień nie może zostać uznana za wystarczającą”, skoro jak się wydaje analiza złożonych wyjaśnień była wybiórcza, ograniczająca się do analizy kosztorysu szczegółowego. Odwołujący podkreślił, że przykładem bardzo pobieżnej lektury wyjaśnień Odwołującego są zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie poz. 37 kosztorysu szczegółowego, dla której to pozycji Odwołujący przedłożył opracowaną indywidualnie jako rozwiązanie równoważne dla norm KNR kalkulację szczegółową, uwzględniającą wprost wynagrodzenie dla personelu obsługi sprzętu. Odwołujący wyraził swoje wątpliwości, czy Zamawiający w ogóle zapoznał się z tym dokumentem.

Uzasadniając drugi z podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, iż w wezwaniu z dnia 31 marca 2020 r. Zamawiający nie wskazał, iż żądany kosztorys szczegółowy będzie jedynym wyłącznym dokumentem analizowanym na okoliczność rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, tym bardziej, iż cena ofertowa miała zostać obliczona wyłącznie w uproszczonym kosztorysie ofertowym. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w przedmiarze robót dokonał adaptacji w znany tylko sobie sposób przewidzianych w KNR nakładów pracy ludzi, sprzętu i materiałów, gdyż w żadnym z dokumentów przetargowych nie ma tzw. kosztorysu nakładczego zawierającego wymagane przez zamawiającego nakłady pracy ludzi, sprzętu czy materiałów. Nie byłoby w tym nic nagannego, gdyby nie to, że negatywnymi skutkami takich założeń Zamawiający usiłuje obciążyć wyłącznie Odwołującego. Odwołujący zauważył, że Zamawiający zarzucając Odwołującemu rażąco niską cenę oferty powołuje się na rzekome zaniżenia czy też „manipulacje” w nakładach jednostkowych dla R, M, S, podczas gdy dla znacznej większości zakwestionowanych pozycji przedmiaru robót, trudno odnaleźć właściwą ST, nie mówiąc już o precyzyjnym zakresie opisu danej pozycji robót w konkretnym punkcie adekwatnej ST. Odwołujący powołał się na § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z którym przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Wskazał także na § 10 ust. 2 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym ilości jednostek miary podane w przedmiarze powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej, wyłącznie w sposób zgodny z zasadami podanymi

w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. W ocenie Odwołującego skoro Zamawiający nie wprowadził tzw. kosztorysu nakładczego i dopuścił by każdy z wykonawców wyceniał zakres robót zgodnie z przyjętą przez siebie interpretacją dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznych, nie może obecnie czynić skutecznego zarzutu z ewentualnego niestosowania się do nieznanych nikomu poza samym Zamawiającym „właściwym” wartościom R, M oraz S dla poszczególnych pozycji Przedmiaru Robót. Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 652/19. Odwołujący zaznaczył także, iż takie działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami finansów publicznych, w tym wyrażoną w art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 869 ze zm.), zasadą nakazującą dokonywanie wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 1 lipca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie Zamawiający omówił stan faktyczny, przywołując treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty oraz treść odwołania, przedstawił rozważania teoretyczne i poglądy orzecznictwa w zakresie kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej oraz obowiązków wykonawcy na etapie wyjaśniania tej ceny, jak i przywołał treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W odniesieniu do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, iż w dniu 17 kwietnia 2020 r. dokonał weryfikacji szczegółowego kosztorysu ofertowego Odwołującego na bazie cen wskazanych w ofercie Odwołującego. Analiza ta wykazała, że poprawna oferta Odwołującego, przy założeniu wytkniętych mu błędów i pominięć, winna zamknąć się w kwocie 2 260 846,59 zł brutto, a zatem oferta Odwołującego została zaniżona o kwotę 664 195, 61 zł brutto. Gdyby nie powyższe oferta Odwołującego nie byłaby najkorzystniejsza. Zamawiający załączył jako dowód zweryfikowany kosztorys. Wskazał także, że orzeczenie o sygn. akt KIO 652/19 przywołane przez Odwołującego jest nieadekwatne. Ponadto podniósł, iż podważanie przez Odwołującego postanowień SIWZ jest niedopuszczalne na obecnym etapie

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba uznała, iż Odwołujący, który skarży czynność odrzucenia własnej oferty, wykazał

interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego wraz z załącznikami, wezwań i złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, informacji z dnia 9 kwietnia 2020 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 1 lipca 2020 roku. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów załączonych do odwołania (karty KNR, KNNR), dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie (dotyczących realizacji przez Odwołującego robót o podobnym zakresie oraz wyciągu z SIWZ z postępowania prowadzonego przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu), jak i załączonego do odpowiedzi na odwołanie zweryfikowanego przez Zamawiającego kosztorysu szczegółowego Odwołującego.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W pkt 5 SIWZ Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, który stanowią roboty budowlane polegające na realizacji I etapu inwestycji pn. „Budowa, rozbudowa wału przeciwpowodziowego rzeki Odry przy miejskiej oczyszczalni ścieków w miejscowości Kędzierzyn – Koźle.”

Zgodnie z pkt 17.4 SIWZ ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz kosztorys ofertowy. W pkt 18 SIWZ zawarto opis sposobu obliczenia ceny oferty. Wskazano m.in., iż:

- cena ofertowa powinna być obliczona na podstawie kosztorysu ofertowego (pkt. 18.2);
- kosztorys należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe oraz wartości robót netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie (pkt 18.3);
- wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie opisane pozycje (pkt. 18.5);
- zaoferowana cena powinna uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ (pkt 18.7);
- w przypadku gdy wykonawca nie ujmie w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji zgodnie z zamieszczonym przedmiarem, oferta taka zostanie odrzucona (pkt. 18.8).

W części III SIWZ zawarto m.in. specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, z kolei część IV stanowił przedmiar robót. W przedmiarze tym Zamawiający zawarł w kolumnie „Opis i wyliczenia” dane opisujące zakres przedmiotowy poszczególnych pozycji przedmiaru.

W przedmiarze znajdowała się także kolumna zatytułowana „Podstawa”, w której odwołano się do poszczególnych tablic KNR i KNNR oraz kolumna „nr specyfikacji technicznej” odsyłająca do tych specyfikacji.

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, w tym oferta Odwołującego. Zamawiający w toku postępowania dwukrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (ponowne wezwanie było uzasadnione faktem, że Zamawiający błędnie w pierwszym wezwaniu wskazał stosunek procentowy ceny oferty Odwołującego do średniej arytmetycznej ofert). Zamawiający w wezwaniach wymagał złożenia wyjaśnień, w tym szczegółowego kosztorysu zawierającego wyszczególnienie materiałów, sprzętu oraz robocizny. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Odwołujący odniósł się do kwestii wyliczenia przez Zamawiającego średniej arytmetycznej, jak również złożył wyjaśnienia przedkładając przykładowe dowody kosztowe i kalkulacje, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na drugie wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami (w tym oferty dostawców, kalkulacje indywidualne i kosztorys szczegółowy), które częściowo objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, podobnie jak załączone do nich dowody.

Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2020 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W treści tego zawiadomienia wskazano, iż w wyniku analizy szczegółowego kosztorysu załączonego przez Odwołującego do wyjaśnień z dnia 2 kwietnia 2020 r. ustalono, iż:

- 1) przedstawione zestawienie materiałów i sprzętu nie zawiera ilości maszyno-godzin oraz ilości poszczególnych materiałów i ilości roboczogodzin całego kosztorysu, tj. przykładowo dla wybranych pozycji kosztorysu:
  - w poz. nr 5 nie uwzględniono nakładów przewidzianych w tablicach KNNR 1 0113-01 dla robocizny i sprzętu (nakłady powinny być sumowane dla obu tablic KNNR 1 0113-01 + KNNR 1 0113-02), co powoduje zmniejszenie nakładów dla R i M dla całej pozycji;
  - w poz. nr 6 brak robocizny (pomięto prace ludzi);
  - w poz. nr 8 brak robocizny (pomięto prace ludzi);
  - w poz. nr 12 zastosowano współczynnik zmniejszający dla R i S, co powoduje nieuprawnione zmniejszenie wartości całej pozycji;
  - w poz. nr 14 brak robocizny (pomięto prace ludzi);
  - w poz. nr 18 brak sprzętu do wykonania robót (poz. pomniejszona o wynagrodzenie za sprzęt);
  - w poz. nr 37 brak robocizny (pomięto prace ludzi);
  - w poz. nr 43 nie zastosowano współczynnika zwiększającego przez co zaniżono wartość pozycji;
  - w poz. nr 47 zastosowano nieprawidłowy współczynnik zwiększający dla R i S co

powoduje zaniżenie wartości pozycji;

- w poz. nr 54 nieprawidłowo przyjęto ilość maty betonowej ułożonej na skarpie, a tym samym zaniżono wartość pozycji;
- w poz. nr 58 zaniżono normę dla sprzętu znacznie obniżając wartość poz.

2) cena oferty została skalkulowana na podstawie niewiarygodnych i nierealnych założeń, niedopuszczalne jest manipulowanie w nakładach jednostkowych dla R, M i S.

Zamawiający dodał, że treść wyjaśnień Odwołującego nie może zostać uznana za wystarczającą, a zaoferowana cena - za umożliwiającą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Pozostała treść zawiadomienia stanowiła ogólne rozważania z odwołaniem się do stanowiska Prezesa UZP i orzecznictwa Izby.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia oferty tego wykonawcy (ewentualnie zaniechania jej odrzucenia), przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Po drugie podkreślenia wymaga, że Izba dokonuje weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego poprzez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Sporządzenie takiego uzasadnienia jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego.

Dlatego też duże znaczenie dla rozstrzygnięcia miał fakt, że uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w sposób bardzo lakoniczny i szczątkowy wyjaśniało przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Znaczną jego część stanowił opis stanu faktycznego, który sam w sobie uzasadnienia merytorycznego nie stanowi. Zamawiający wywiódł jedynie, że przedstawione w szczegółowym kosztorysie zestawienie materiałów i sprzętu nie zawiera ilości maszynogodzin, ilości poszczególnych materiałów i roboczegodzin (wskazując przykładowe pozycje), czego jednak w ogóle nie uzasadnił. W szczególności Zamawiający nie wyjaśnił na jakiej podstawie dokonał oceny, że w poszczególnych pozycjach kosztorysu znalazły się błędne wyliczenia i z czego te błędy miałyby wynikać. Zamawiający poprzestał na wskazaniu, że zestawienie „nie zawiera ilości maszynogodzin, materiału czy roboczegodzin całego kosztorysu” nie tłumacząc, co powinno zostać przez Odwołującego uwzględnione w wycenie i na jakiej podstawie. Wskazując przykładowe pozycje, w których stwierdzono uchybienia, Zamawiający posłużył się jedynie lakonicznymi i gołosłownymi twierdzeniami, nie wyjaśniając dlaczego określone nakłady czy współczynniki winny być zastosowane podczas wyceny i z czego to wywodzi. Jedynie w zakresie jednej z pozycji podanych jako przykład (poz. nr 5) Zamawiający zawarł odesłanie do tablic KNNR, po czym wnioskować można, że to właśnie na podstawie porównania kosztorysu szczegółowego z tablicami KNR, KNNR wymienionymi w przedmiarze robót, Zamawiający powziął przekonanie o nieprawidłowościach w kosztorysie Odwołującego. Są to jednak wyłącznie przypuszczenia, bowiem okoliczność ta z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty jednoznacznie nie wynika. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego Odwołujący powinien był uwzględnić w konkretnych pozycjach kosztorysu konkretne nakłady przewidziane w ww. katalogach, nie przeprowadził także żadnej analizy porównawczej w stosunku do przyjętych przez Odwołującego podstaw wyceny a podstaw, które zdaniem Zamawiającego były obowiązujące i do których Odwołujący miałby się nie zastosować.

Również stanowisko Zamawiającego o tym, że cena została skalkulowana na podstawie niewiarygodnych i nierealnych założeń nie zostało w ogóle uzasadnione, podobnie jak konkluzja, że „treść wyjaśnień nie może być uznana za wystarczającą, a zaoferowana cena za umożliwiającą prawidłowe wykonanie”, do której Zamawiający doszedł „biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert, jak również wiedze i doświadczenie oraz rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponuje Zamawiający”. Z powyższego stwierdzenia nie wynika żadna konstruktywna, merytoryczna argumentacja. Zamawiający nie podjął nawet próby wyjaśnienia powodów, dla których uznał wyjaśnienia Odwołującego za niewystarczające, nie wyjaśnił dlaczego oferta Odwołującego miałaby zostać oparta na nierealnych założeniach, nie odniósł się nawet szczątkowo do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego ani kalkulacji i dowodów załączonych na ich poparcie.

Słusznie Odwołujący podnosił na rozprawie, że można mieć uzasadnione wątpliwości czy Zamawiający w ogóle wnikliwie przeanalizował treść wyjaśnień, skoro jako przykłady błędów w kosztorysie szczegółowym Odwołującego Zamawiający wskazał pozycje, których kalkulacje Odwołujący szczegółowo omówił w ramach wyjaśnień i na potwierdzenie których złożył dowody (jak np. poz. 37). Do treści przedstawionych wyjaśnień, kalkulacji i dowodów, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w ogóle nie referował, a zamiast tego odwołał się jedynie do abstrakcyjnych na gruncie przedmiotowego przypadku poglądów orzecznictwa.

Kolejną okolicznością, która miała duże znaczenie dla rozstrzygnięcia, była bierność Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym. Izba podkreśla, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że spór toczą strony oraz uczestnicy postępowania i to oni mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zasada kontradyktoryjności znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jakkolwiek obowiązek dowodzenia, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska został nałożony na wykonawcę, którego oferty zarzut dotyczy (co wynika z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp), to jednak - z uwagi na wspomnianą kontradyktoryjność postępowania odwoławczego – obowiązuje w nim podstawowa zasada, że każdy uczestnik sporu ma obowiązek, w celu poparcia swoich twierdzeń bądź też odparcia twierdzeń strony przeciwnej, przedstawiać stosowną argumentację i dowody. Dopiero zestawienie argumentacji i dowodów przedstawionych przez strony służy za podstawę merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie. W konsekwencji w ocenie Izby, w sytuacji gdy Odwołujący przedstawił w odwołaniu szczegółową argumentację kwestionującą zasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, to Zamawiający stanął przed koniecznością odparcia twierdzeń Odwołującego i wykazania bezzasadności tej argumentacji, a zarazem prawidłowości podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Bierność Zamawiającego siłą rzeczy musi znaleźć przełożenie na negatywne konsekwencje procesowe dla Zamawiającego. Oddalenie odwołania w sytuacji, w której Odwołujący z dochowaniem należytej staranności przedstawił stosunkowo obszerną argumentację celem wykazania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty, a Zamawiający zaprezentował postawę bierną, nie próbując przedstawić jakiegokolwiek kontrargumentacji, niewątpliwie prowadziło do zachwiania równowagi stron w postępowaniu odwoławczym.



Właśnie taki stan faktyczny miał miejsce w przedmiotowej sprawie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w ogóle nie odniósł się do zarzutów odwołania, w tym w szczególności do dokładnie omówionych przez Odwołującego konkretnych pozycji kosztorysu Odwołującego, których wycenę zakwestionowano w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty. Treść odpowiedzi na odwołanie sprowadzę się *de facto* do obszernego opisu stanu faktycznego, w tym korespondencji wymienianej przez Zamawiającego i Odwołującego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz odwołania do wywodów ogólnych dotyczących procesu badania rażąco niskiej ceny w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (strony 1-22 odpowiedzi na odwołanie). Jedyne merytoryczne argumentacje zostały przedstawione na ostatniej, 23 stronie pisma Zamawiającego, ogranicza się ona jednak wyłącznie do lakonicznego stwierdzenia, że Zamawiający zweryfikował szczegółowy kosztorys na bazie cen wskazanych przez Odwołującego i w efekcie stwierdził, że cena oferty Odwołującego została zaniżona o ponad 664 tys. zł oraz przedstawienia zweryfikowanego szczegółowego kosztorysu Odwołującego. Argumentacji takiej nie wskazano jednak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a kosztorys został przez Zamawiającego zweryfikowany już po wniesieniu odwołania (17 kwietnia 2020 r.), wobec czego powoływanie się obecnie przez Zamawiającego na te okoliczności stanowi doprecyzowanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego, a jako takie przez Izbę nie może być wzięte pod uwagę. Zamawiający zresztą załączony do odpowiedzi na odwołanie zweryfikowany kosztorys nawet nie omówił ani w treści pisma, ani na rozprawie.

Dodać należy, że prezentowane przez Zamawiającego na rozprawie stanowisko również było zdawkowe. Zamawiający nawet nie podjął próby odniesienia się do argumentacji przedstawionej w odwołaniu w zakresie poszczególnych pozycji kosztorysu, w których błędy wyknięto Odwołującemu w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający, pomimo szczegółowej argumentacji zawartej w odwołaniu i zaprezentowanej przez Odwołującego na rozprawie, nie wyjaśnił także dlaczego wykonawcy mieliby mieć obowiązek bezwzględnego oparcia wyceny na katalogach KNR, KNNR i z których postanowień SIWZ obowiązek ten miałby wynikać. Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie ani na rozprawie nie przeprowadził także żadnej analizy porównawczej w stosunku do przyjętych przez Odwołującego podstaw wyceny a podstaw, które zdaniem Zamawiającego były obowiązujące i do których Odwołujący miałby się nie zastosować. Zamawiający nie odniósł się także do argumentacji Odwołującego wskazującej na istnienie rozbieżności pomiędzy opisem danej pozycji przedmiarowej a opisem konkretnej tablicy KNR, poprzestając na konstatacji, że Odwołujący nie kwestionował treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Izba przyznała rację Odwołującemu, iż treść SIWZ nie odsyłała do katalogów KNR, KNNR jako do podstawy dokonywania wyceny. Decydujące

znaczenie dla dokonanej oceny mają tutaj postanowienia Rozdziału 18 SIWZ odnoszące się do opisu sposobu obliczenia ceny. Wynika z nich jedynie, że cena ofertowa powinna być obliczona na podstawie kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej według kolejności wyszczególnionych pozycji (por. pkt 18.2 i 18.3). w pkt 18.5 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca obliczając cenę oferty uwzględnił wszystkie pozycje, przy czym z pkt 18.8 można wywieść, że chodziło tutaj o pozycje wskazane w przedmiarze robót, zgodnie bowiem z tym postanowieniem „w przypadku, gdy wykonawca nie ujmie w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji zgodnie z zamieszczonym przedmiarem robót, oferta taka zostanie odrzucona.” Z Rozdziału 18 SIWZ wynika zatem, że Zamawiający odsyła do załączonego do SIWZ przedmiaru robót wyłącznie w zakresie odnoszącym się do konieczności uwzględnienia w kosztorysie ofertowym wszystkich opisanych w przedmiarze pozycji. Okoliczność zaś, że Odwołujący ujął w kosztorysie ofertowym wszystkie wymagane pozycje nie była przedmiotem sporu. Zamawiający nie zawarł w SIWZ postanowień, które regulowałyby rolę wskazanych w przedmiarze katalogów KNR i KNNR w procesie wyceny. Przede wszystkim zaś nie wskazał, że ich stosowanie jako podstawy normatywnej przy kalkulacji cen jednostkowych robót jest obligatoryjne.

Izba zwraca uwagę, że aktualnie obowiązujące przepisy nie wprowadzają obowiązku dokonania wyceny kosztorysu ofertowego w przypadku robót budowlanych w oparciu o konkretne normy nakładów rzeczowych. Zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (t.j. z 2013 r. poz. 1129) dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać kod pozycji przedmiaru, określony zgodnie z ustaloną indywidualnie systematyką robót lub na podstawie wskazanych publikacji zawierających kosztorysowe normy nakładów rzeczowych. Z powyższego wynika, że katalogi zawierające normy nakładów rzeczowych jak KNR, KNNR, etc. mogą występować w przedmiarze robót jedynie jako tzw. kod pozycji przedmiaru. Znajduje to oparcie także w literaturze, gdzie wskazuje się, iż „Kod pozycji przedmiaru określany jest zgodnie z ustaloną indywidualnie systematyką robót lub na podstawie wskazanych publikacji zawierających kosztorysowe normy nakładów rzeczowych (tzw. katalogi, najczęściej KNR-y). W przypadku zastosowania kodów pozycji na podstawie katalogów, podane co do katalogów informacje należy traktować jedynie jako przyjęty sposób określenia kodu pozycji, a nie narzuconą podstawę bazową obliczenia ceny.” (tak M. Jaworska [w:] J. Pieróg (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2015, wyd. C.H. Beck). Jak wskazuje się w orzecznictwie katalogi nakładów rzeczowych nie mają jako takie statusu powszechnie obowiązujących i obligujących normatywów służących

wyliczeniu wartości robót budowlanych, o ile zachowano w ofercie prawidłowy opis wykonywanych robót (por. m.in. wyrok KIO z dnia 26 maja 2010 r. sygn. akt KIO 845/10).

Kluczową rolę w ocenie znaczenia wskazanych w przedmiarze podstaw w postaci poszczególnych norm nakładów rzeczowych (KNR, KNNR, etc.) dla procesu wyceny oferty ma to, jaki charakter tym katalogom przypisał Zamawiający w SIWZ. Skoro Zamawiający - jak wskazano powyżej – roli przedmiotowych katalogów nie doprecyzował, to nie sposób obarczać teraz Odwołującego negatywnymi konsekwencjami, które z tego wynikają, skoro obowiązek stosowania jako podstaw obliczenia ceny katalogów KNR, KNNR, etc. nie wynika z obowiązujących przepisów, a Zamawiający nawet nie podjął próby wytłumaczenia, która konkretnie treść SIWZ czy jej załączników miałyby przewidywać taki obowiązek. Zamawiający nie przedstawił także jakiegokolwiek dalszej argumentacji mającej uzasadniać nierealność ceny przyjętej przez Odwołującego, który nie oparł się w pełni na tych katalogach, lecz na podanym w przedmiarze opisie pozycji i wyliczeniach. Prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego stanowisko, jakoby inni wykonawcy mieli „zastosować się do przedmiaru” jest o tyle nieuzasadnione, że z akt sprawy wynika, iż od tych wykonawców Zamawiający nie wymagał złożenia kosztorysów szczegółowych. Jedyne wykonawca, który poza Odwołującym był wzywany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w przeciwieństwie do Odwołującego, nie został wezwany do złożenia szczegółowego kosztorysu. Zamawiający nie powołał się na jakiegokolwiek dokumenty zgromadzone w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby jego twierdzenia.

Za bezzasadne Izba uznała także stanowisko Zamawiającego o tym, że argumentacja Odwołującego podważa postanowienia SIWZ, co na tym etapie jest niedopuszczalne. Jakkolwiek rację ma Zamawiający, że termin na wniesienie odwołania wobec treści postanowień SIWZ już dawno upłynął, niemniej w ocenie Izby Odwołujący odnosząc się do niejasności funkcjonujących w jego ocenie na gruncie postanowień SIWZ nie kwestionuje treści tych postanowień, lecz przywołuje je po to, aby wykazać dlaczego dokonał wyceny, w taki a nie inny sposób i dlaczego jego zdaniem Zamawiający nie ma racji odwołując się w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego do nakładów wynikających z katalogów KNR i KNNR. Powoływanie się na okoliczność, że wskazany w przedmiarze w kolumnie „Opis i wyliczenia” opis zakresu robót ujętych w danej pozycji przedmiaru nie odpowiada opisowi wynikającemu z katalogów KNR i KNNR wskazanych jako kod pozycji przedmiaru, bynajmniej nie świadczy o próbie podważenia tych postanowień, lecz stanowi argumentację służącą wykazaniu, że wycena dokonana przez Odwołującego jest wycena realną, opartą na opisie robót, jakie mają zostać wykonane. Jakkolwiek Odwołujący faktycznie wdaje się w polemikę na temat niezgodności pomiędzy treścią przedmiaru a treścią specyfikacji technicznych, co można byłoby uznać za działanie spóźnione, to w ocenie Izby

istotą zarzutu oznaczonego nr 2 jest okoliczność, że Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego i jej odrzucenia odnosząc się do założeń, które nie znajdują oparcia w treści SIWZ. Świadczy o tym m.in. odniesienie zawarte na str. 14 odwołania, gdzie wskazano, iż Zamawiający przyjął sobie tylko znane założenia wynikające z przewidzianych w KNR nakładów, a negatywnymi skutkami takich założeń usiłuje obciążyć Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż podjęta przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego naruszała art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Jedynie uzupełniająco należy wskazać, że nawet jeśli, na podstawie analizy szczegółowego kosztorysu złożonego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający doszedł do przekonania, że Odwołujący nie dokonał wyceny w sposób zgodny z założeniami wymaganymi przez Zamawiającego, to decydując się na odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający powinien był precyzyjnie wyjaśnić, jakie przyczyny legły u podstaw jego decyzji i co było powodem uznania, że wycena wynikająca z kosztorysu nie spełnia tych przyjętych przez Zamawiającego założeń. Wiąże się to z koniecznością wytłumaczenia dlaczego te właśnie założenia powinny być uwzględnione w kalkulacji i z czego to wynika. Zamawiający mając wątpliwości w zakresie wyceny wynikającej z kosztorysu szczegółowego, przed odrzuceniem oferty, mógł także rozważyć ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie konkretnych pozycji kosztorysu szczegółowego, jako że treść pierwotnych wezwań miała charakter ogólny i nie wskazywała na konieczność odniesienia się do konkretnych pozycji kosztorysu, które mogły wzbudzać wątpliwości Zamawiającego. Na marginesie Izba wskazuje, że na to ogólne wezwanie Odwołujący udzielił wyjaśnień stosunkowo obszernych, popartych kalkulacjami i dowodami w zakresie tych pozycji, które w jego ocenie miały istotne znaczenie dla wyceny i tych, które w jego ocenie mogły wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, tymczasem – jak już wskazano powyżej - Zamawiający do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i do załączonych do nich kalkulacji i dowodów, w ogóle się nie odniósł (ani w zawiadomieniu o odrzuceniu, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie).

Ocena ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy o finansach publicznych, na którą powołał się Odwołujący w końcowym fragmencie odwołania, nie leży w kognicji Izby, jako organu właściwego do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego rolą jest weryfikacja zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji nie była ona przedmiotem rozstrzygnięcia.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzuty odwołania za zasadne i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....