

WYROK

z dnia 18 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 maja 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 marca 2021 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) JPD Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany K. J. K. (Konsorcjant), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Droga Kręta 2A 86-300 Grudziądz** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Starogard Gdański, ul. Gdańska 6, 83-200 Starogard Gdański**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów od 2 do 5 dotyczącego naruszenia:**
 - a) **art. 16 pkt. 1 w zw. a art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r. poprzez podejmowanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;**
 - b) **art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 pkt 8) ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, że nie można przypisać jej takiego przymiotu;**
 - c) **art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 pkt 3) ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy; pomimo, iż ofercie złożonej przez Wykonawcę w toku postępowania nie można przypisać takiego przymiotu;**

d) art. 218 ust. 2 w zw. z art. 226 pkt 5) ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jakoby jej treść nie spełniała warunków zamówienia pomimo, iż oferta złożona przez Wykonawcę w toku postępowania spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego w kontekście art. 223 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego odnośnie treści oferty Odwołującego pomimo iż Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia;

i w konsekwencji nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 24.03.2021 r. odrzucenia oferty Odwołującego - Konsorcjum Firm: 1) JPD Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) J. K. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Zakład Budowlany K. J. K. (Konsorcjant), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Droga Kręta 2A 86-300 Grudziądz oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie Odwołującego:

a) po pierwsze do wyjaśnień treści jego oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., w zakresie wycenienia, w złożonym kosztorysie ofertowym, do wyjaśnień z 03.03.2021 r., dotyczącym branży budowlanej, w poz. 144 balustrady tarasowej z pochwytem stalowym zamiast balustrady ze stali nierdzewnej oraz w tym samym kosztorysie w poz. 25 izolacji z papy asfaltowej na sucho pionowe – jedna warstwa zamiast izolacji wykonanej z folii kubełkowej;

b) po drugie do wyjaśnień i złożenia dowodów w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., w ramach dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a w szczególności w zakresie istotnych części składowych, które budzą wątpliwości Zamawiającego, tj. w kosztorysie ofertowym do wyjaśnień z 03.03.2021 r., dotyczącym branży budowlanej - poz. 97 (montaż powierzchni podłogi sportowej), poz. 158 (montaż szafek ubraniowych w szatni), poz. 176 (frezowania korzeni), poz. 204 (nasadzeń drzew), jak i pozostałych pozycji tego kosztorysu zakwestionowanych przez Zamawiającego w ramach załącznika szczegółowego do odrzucenia z 24.03.2021 r. (łącznie 20 pozycji);

c) po trzecie do wyjaśnień i złożenia dowodów w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., w ramach dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, odnośnie kosztów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego wskazanych w wyjaśnieniach z 03.03.2021 r., np. co do kosztów pracodawcy, które ponosi przy wynagrodzeniu danego

pracownika;

d) po czwarte do wyjaśnień i złożenia dowodów w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., w ramach dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oraz w zakresie istotnych części składowych które budzą wątpliwości Zamawiającego, tzn. w zakresie wartości robót z branży sanitarnej, jak również wycenienia w ramach branży elektrycznej, czy też sanitarnej – instalacji tryskaczy, wobec wykazania i udowodnienie niezamierzonego zdublowania kosztorysów z branży elektrycznej w wyjaśnieniach z 03.03.2021 r. kosztem kosztorysu z branży sanitarnej, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów przywołanych w sentencji.

2. W pozostałym zakresie oddała odwołanie.
3. kosztami postępowania obciąża: **Gminę Miejską Starogard Gdański, ul. Gdańska 6, 83-200 Starogard Gdański w 4/6 części oraz Konsorcjum Firm: 1) JPD Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany K. J. K. (Konsorcjant), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Droga Kręta 2A 86-300 Grudziądz w 2/6 części i:**
 - 3.1. 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 oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - 3.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Starogard Gdański, ul. Gdańska 6, 83-200 Starogard Gdański** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) JPD Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany K. J. K. (Konsorcjant), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Droga Kręta 2A 86-300 Grudziądz** kwotę **9 066 zł 67 gr** (słownie: dziewięć tysięcy sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu podstawowym pn: „*Rozbudowa Publicznej Szkoły Podstawowej nr 8 o łącznik wraz z budową sali gimnastycznej w Starogardzie Gdańskim przy Al. Jana Pawła II 10 – przetarg III*, znak sprawy: RKIZP.271.02.2021; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2021/BZP 00005123/01, data zamieszczenia 02.03.2021 r. przez: Gminę Miejską Starogard Gdański, ul. Gdańska 6, 83-200 Starogard Gdański zwany dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., zwana dalej „*NPzp*” albo „*ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r.*” albo „*ustawy Pzp z 2019*”.

W dniu 24.03.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/>) Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty Konsorcjum Firm: 1) JPD Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany K. J. K. (Konsorcjant), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Droga Kręta 2A 86-300 Grudziądz zwanego dalej: „*Konsorcjum JPD*” albo „*Odwołującym*” na podstawie art. 226 ust.1 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 jako niezgodną z przepisami NPzp, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 jako niezgodną z warunkami zamówienia oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 NPzp jako zawierającą rażąco niską cenę. Stwierdził, że: „*W dniu 24.02.2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, określając minimalny zakres wyjaśnień jako:*

- *zgodności z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*
- *wartości robót branży:*
 - *konstrukcyjno – budowlanej;*
 - *drogowej,*
 - *sanitarnej,*

- elektrycznej;
- wartości wyposażenia sportowego;
- wartości nawierzchni sportowej.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których całkowicie pominął wyjaśnienia w zakresie wartości robót branży sanitarnej, nie przedstawił żadnych wyliczeń oraz nie dołączył dowodów w powyższym zakresie. Natomiast w złożonym kosztorysie dotyczącym instalacji przeciwpożarowej nie wycenił instalacji tryskaczy. Niezgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytania odnośnie wycinki i nasadzeń drzew Wykonawca przyjął i wycenił frezowanie 54 korzeni (powinien wycenić 69) i nasadzeń 3 drzew (powinien wycenić 72 drzewa do nasadzeń). Ponadto oprócz ogólnych twierdzeń, że Wykonawca przestrzega przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, nie przedstawił w jaki sposób uwzględnił te koszty w cenie oferty.

*Zgodnie ze złożoną ofertą wykonawca zadeklarował, że wykona zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców. Natomiast jako argument w zakresie zaoferowanej ceny podnosi, że przy realizacji zamówienia będzie współpracował z innymi podmiotami, których zadaniem będzie realizacja części zamówienia. Treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia (wykonanie zamówienia bez udziału podwykonawców) stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji. Takie działanie wykonawcy należy uznać za zmianę treści oferty, co jest czynnością niedozwoloną z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 Ustawy. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że koszty odpowiednich pozycji w kosztorysach przedstawionych przez Wykonawcę są znacząco niższe niż koszty, które wynikają z załączonych do wyjaśnień ofert. Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił jako dowód umowę z firmą Eversport Sp z o.o. na wykonanie podłogi sportowej. Umowa ta jednak jest z 2019 r, nie określa jakiej inwestycji dotyczy. Gdyby zakładać, że Wykonawca zawarł np. umowę „ramową” z firmą Eversport na wykonywanie podłóg sportowych to zapewne cena z 2019 jest już nieaktualna. Gdyby jednak liczyć tak jak jest w umowie przedstawione, czyli 1m² kosztuje 225 zł netto to: powierzchnia podłogi sportowej 1278 m² * 225 zł = 287 550 zł. Wykonawca w swoim kosztorysie zastosował kwotę 247 255,98 zł (przyjmując cenę 193,35 zł za m²). Jest to niezgodne z przedstawionym dowodem. Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku szafek w szatni. Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił jako dowód ofertę firmy MTB GROUP, gdzie koszt szafek ubraniowych został wyceniony na 60 000 zł netto. Wykonawca w swoim kosztorysie zapisał kwotę 43 700 zł. Jest to niezgodne z przedstawionym dowodem. Tym samym Wykonawca potwierdził, że oferowana przez niego cena jest niższa niż wartość tych robót/dostaw dostępna na rynku. Ponadto szereg robót, które wycenił wykonawca jest niższa niż wartość tych robót ujętych w kosztorysie inwestorskim, którym dysponuje Zamawiający. Kosztorys został opracowany*

w roku 2017. Zgodnie z danymi publikowanymi przez GUS koszty, w tym okresie wzrosły o około 9,5%. Zestawienie pozycji zawiera załącznik do niniejszej informacji.

Ostatnim elementem powodującym konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy jest jej niezgodność z warunkami zamówienia. Zgodnie z rozdz. XIV ust. 1 SWZ Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie Publicznej Szkoły Podstawowej nr 8 o łącznik wraz z budową sali gimnastycznej w Starogardzie Gdańskim przy Al. Jana Pawła II 10 na terenie działek nr: 154/14, obręb 22, realizowanych na podstawie:

- 1) projektu budowlano-wykonawczego rozbudowy PSP 8 o łącznik wraz z budową Sali gimnastycznej,
- 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 3) STWIORu.

Natomiast zgodnie ze złożonymi kosztorysami Wykonawca oferuje odmienny sposób realizacji zamówienia niż ten wynikający z powyższych dokumentów. Zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał, aby:

- balustrady zostały wykonane ze stali nierdzewnej, natomiast wykonawca wycenił balustrady ze stali;
 - izolacja została wykonana z folii kubełkowej, natomiast wykonawca wycenił wykonanie izolacji z papy asfaltowej. (...)"
- Załącznikiem do informacji o odrzuceniu oferty było szczegółowe zestawienie 20 pozycji kosztorysu ofertowego załączonego do wyjaśnień Odwołującego z 03.03.2021 r. z branży budowlanej.

W dniu 29.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum JPD wniosło odwołanie na czynności z 24.03.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (za pomocą platformy zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/>). Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów NPzp:

- 1) art. 28 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 NPzp, poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia z rażącym naruszeniem prawa;
- 2) art. 16 pkt. 1 w zw. a art. 224 ust. 1 i 6 NPzp poprzez podejmowanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 pkt 8) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż treść wyjaśnień

złożonych przez Wykonawcę w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, że nie można przypisać jej takiego przymiotu;

4) art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 pkt 3) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy; pomimo, iż ofercie złożonej przez Wykonawcę w toku postępowania nie można przypisać takiego przymiotu

5) art. 218 ust. 2 w zw. z art. 226 pkt 5) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jakoby jej treść nie spełniała warunków zamówienia pomimo, iż oferta złożona przez Wykonawcę w toku postępowania spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, ewentualnie:

art. 223 ust. 1 NPzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego odnośnie treści oferty Odwołującego pomimo iż Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia;

6) art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 287 ust. 3 NPzp poprzez podejmowanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że informacja w zakresie uzasadnienia faktycznego odnośnie odrzucenia oferty Wykonawcy odpowiada prawu.

Odwołujący wnosił o u uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym uznaniu, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny; ewentualnie z ostrożności procesowej:

przewodzenia dalszego postępowania wyjaśniającego wobec oferty Odwołującego w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych, a w konsekwencji wykazania, że cena oferty Wykonawcy nie nosi znamion rażąco niskiej;

3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym uznania, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z ustawą;

4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym uznania, że treść oferty Odwołującego spełnia warunki zamówienia; ewentualnie z ostrożności procesowej:

przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego wobec oferty Odwołującego w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do zgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia;

5) prowadzenia dalszej procedury w ramach postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, spełniającej warunki zamówienia i wymagania Zamawiającego.

Ponadto, wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) postępowania przetargowego przedłożonych przez zamawiającego, tj.: SWZ oraz innych dokumentów wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania (w szczególności

wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawców celu wykazania okoliczności uzasadniających wniesienie odwołania.

Zarzut naruszenia art. 28 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 NPzp, poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia z rażącym naruszeniem prawa. W pierwszej kolejności podkreślił, iż w ramach przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia jedną z najistotniejszych czynności, obok jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, jest obowiązek ustalenie przez Zamawiającego jego wartości. Czynność oszacowania wartości zamówienia jest podstawowym elementem całej procedury przygotowawczej planowanego postępowania, gdyż od ustalonej wartości zamówienia zależy zakres obowiązków zamawiającego przy udzielaniu zamówienia, a także wybór przepisów właściwych do zastosowania w danym postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem art. 34 NPzp wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186, 1309, 1524, 1696, 1712 i 1815). Wskazał, że kosztorys inwestorski to dokument określający szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na podstawie cen rynkowych takiego samego lub podobnego składnika lub z wykorzystaniem publikowanych przez GUS lub inne podmioty dostępnych wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej, stanowiący podstawę do ustalenia potrzebnych środków na wykonanie zamówienia. Kosztorys inwestorski powinien zatem stanowić miarodajny wyznacznik wartości prac, materiałów, sprzętu opracowany z uwzględnieniem statystycznie funkcjonujących cen oraz ilości zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, na podstawie kosztorysowych norm nakładów rzeczowych i katalogów nakładów rzeczowych. Zauważył, iż Zamawiający jest zobowiązany do oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością. Mając na uwadze, iż ustawodawca na gruncie Pzp nie zdefiniował pojęcia należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia, z uwagi na delegację ustawową należy odnieść się do Kodeksu cywilnego, a w szczególności do art. 355 § 2 KC, z którego wynika, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zgodnie z opinią UZP w przedmiocie szacowania wartości zamówienia wskazuje się, że definicja ta może być przydatna w stosunkach związanych z zamówieniami publicznymi, przy uwzględnieniu specyfiki tych stosunków. Uwzględniając różnice, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana

w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej). W powyższą definicję wpisuje się z godnie z brzmieniem art. 36 ust. 1 NPzp obowiązek oszacowania wartości zamówienia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. W uchwale KIO z 05.10.2016 r., sygn. akt KIO/KD 60/16 Izba wskazała m.in., że przepis art. 35 ust. 1 p.z.p. określa maksymalny dopuszczalny termin na oszacowanie wartości zamówienia, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu (w trybach z ogłoszeniem), niezależnie od tego czy udzielane zamówienie jest jednym zamówieniem niepodzielonym na części, czy też jest zamówieniem udzielanym w częściach, z których każda część udzielana jest w innym terminie i w ramach innego postępowania. (...) Mając powyższe na uwadze, kontrolujący stwierdził, że zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia z naruszeniem wskazanego tam terminu, naruszył art. 35 ust. 1 p.z.p. Przepis Pzp w analizowanym zakresie wymaga, aby wycena nastąpiła nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, dlatego też dokonanie szacowania wartości zamówienia w odniesieniu do cen z wcześniejszego okresu, o bliżej nie sprecyzowanej dacie i przyjęcie jej jako podstawy do ustalenia wartości zamówienia, wydaje się być w tej sytuacji niedopuszczalne. Podkreślił, iż w literaturze przedmiotu panuje pogląd, zgodnie z którym zamawiający ustalając wartość zamówienia, powinien pamiętać o różnicy między pojęciem „szacunkowej wartości zamówienia”, a terminem „cena oferty”. Określenie podobnych zasad dla ustalenia wartości zamówienia, a następnie dla wskazania sposobu obliczenia ceny oferty pozwoli zamawiającemu dokonać porównania tych wielkości i znaleźć odpowiedź, czy i w jakich elementach cena oferty powinna budzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, oczywiście tylko w przypadku, gdy działania zamawiającego w zakresie obliczenia ceny były dokonane z należytą starannością. [por. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2020]. W ocenie Odwołującego z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w ramach prowadzonego postępowania. Z informacji przekazanej przez Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty wynika, iż kosztorys inwestorski, na którym opiera się Zamawiający pochodzi z 2017 r., a więc ponad 36 miesięcy przed wszczęciem postępowania. Zamawiający zestawiając szacowany koszt robót Odwołującego z własnymi szacunkami odnosi się właśnie do cen z tego okresu. Trudno zatem uznać, iż wyliczenia i założenia tam zawarte należy uznać za aktualne, a przede wszystkim miarodajne do ustalania szacunkowej wartości zamówienia. Zdaje się dostrzegać ten problem sam Zamawiający, wskazując chociażby na dane GUS, które mogą służyć aktualizacji, nie przesądzając jednocześnie, iż sam uwzględnił ten czynnik w swoich wyliczeniach. Mając na uwadze powyższe Odwołujący stoi na stanowisku, iż brak

dochowania należytej staranności przez Zamawiającego przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia przekłada się bezpośrednio na prawidłowość dalszych ustaleń, a co za tym idzie czynności podejmowanych przez Zamawiającego w ramach postępowania, które w konsekwencji naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz obowiązku zachowania uczciwej konkurencji. Tym samym nie można wykluczyć, iż w sytuacji w której Zamawiający zaniechał koniecznej zmiany szacunkowej wartości zamówienia, doprowadził do podniesienia w stosunku do oferty Odwołującego bezzasadnego zarzutu w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W kontekście powyższego – szczególnie w sytuacji, iż błędne ustalenia Zamawiającego ab initio przekładają się na dalsze czynności podejmowane w ramach Postępowania – trudno się spodziewać, aby czynność ustalenia szacunkowej wartości zamówienia nie była obarczona wadą i pozwalała Zamawiającemu dokonać następnie prawidłowego porównania tej wielkości z ceną oferty Wykonawcy i znaleźć odpowiedź, czy i w jakich elementach cena oferty może budzić wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów. Na marginesie podkreślenia jedynie wymaga, iż oprócz naruszenia dyspozycji, o których mowa w przepisach ustawy Pzp, to także co równie istotne – na co zwróciła w wystąpieniu pokontrolnym RIO w Kielcach znak sprawy: WK – 60/8/2358/2007 – to fakt, że stwierdzona nieprawidłowość w zakresie korzystania przez zamawiających z wadliwych kosztorysów służących do ustalania wartości zamówienia może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych stosownie do art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114) wobec określenia przedmiotu i warunków postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Abstrahując od powyższego, w związku z obowiązkiem ustalenia przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia w sposób prawidłowy, Zamawiający winien zarzut rażąco niskiej ceny oprzeć na trzech miernikach, oszacowanych zgodnie z należyłą starannością tj. (i) wartości szacunkowej zamówienia; (ii) średniej arytmetycznej ofert lub, (iii) cenach rynkowych. Zamawiający w postępowaniu żadnego z powyższych mierników nie ustalił prawidłowo, a przez to nie mógł się do nich odnieść w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W konsekwencji stwierdził, iż doszło do naruszenia art. 28 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy w stopniu uzasadniającym przyjęcie, iż naruszenia dokonane przez Zamawiającego miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 pkt. 8) ustawy, poprzez uznanie, że wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Mając na uwadze dotychczasową argumentację podniesioną w Zarzucie nr 1 wskazać należy, iż czynności podejmowane w stosunku Odwołującego ab initio były

dotknięte wadą. Tytułem wstępu podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w Rozdziale XXV ust. 1 SWZ przesądził, iż cena ma charakter ryczałtowy. Wykonawca obliczy cenę w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w SWZ i jej załącznikach (dokumentacja techniczna i Program funkcjonalno-użytkowy), uwzględniając koszty wszystkich wymagań i okoliczności wpływających na cenę. Nadto, w ustępie 2 przywołanego Rozdziału wskazano, iż cena podana w ofercie musi uwzględniać wszelkie stosowane przez wykonawcę zniżki, opusty, rabaty itp. oraz obowiązującą w tym przedmiocie stawkę VAT. Wskazał, odnosząc się do wzoru formularza ofertowego, że Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania ceny całkowitej za realizację zamówienia, bez rozbijania jej na poszczególne zakresy, branże, etc. Co niezwykle istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedkładania kosztorysów ofertowych. Zamawiający zastrzegł dodatkowo, iż niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie będą podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia wskazanego w ofercie. Powyższe jednoznacznie przesądza, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym ewentualne niedoszacowania oraz pominięcia stanowią ryzyko wykonawcy, które powinien wkalkulować w wartość oferty, bowiem w konsekwencji, niezależnie od rzeczywistych rozmiarów robót niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia – in plus/in minus – otrzyma z góry ustalone wynagrodzenie. Potwierdzenie powyższego znajdziemy również w § 9 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym niedoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania zakresu umowy, niezapoznanie się z dokumentami oraz z warunkami w terenie i obecnym stanem technicznym obiektu, niedopełnienie innych czynności związanych z prawidłowym przygotowaniem przedmiotu umowy czy powstanie innych czynników na etapie realizacji, nie stanowi podstawy do żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Przytoczył utrwalony w judykaturze pogląd, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przyjął zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, to przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Potwierdzenie powyższego znajdziemy m.in. w wyroku KIO z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 175/15, który pomimo, iż został wydany na kanwie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jednak z uwagi na fakt, że cytowane przepisy, co do ich istoty nie uległy zmianie należy uznać, że orzecznictwo w tym zakresie zachowuje swoją aktualność. W przywołanym wyroku Izba potwierdziła zasadę, iż obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego w oparciu o jej fragment, bowiem to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie, bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia. Nie może on zatem zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią. W tak ustalonym stanie faktycznym wskazać należy, iż Zamawiający pismem

z 24.02.2021 r. zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tytułem wstępu wskazał, iż instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 224 ustawy została przewidziana nie tylko po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych wycen, kalkulacji, cech i uwarunkowań... etc., dowodzące możliwości zaoferowania cen o obniżonej w stosunku do przedmiotu zamówienia wartości, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty, ale również po to, aby de facto umożliwić wykonawcy wykazanie, iż w ramach założonego budżetu daje Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia. Mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności podkreślił, iż Odwołujący z pełną świadomością ewentualnych sankcji grożących za niezłożenie bądź złożenie lakonicznych, niepełnych wyjaśnień podszedł do wykonania ciężącego na nim obowiązku. Po pierwsze, w związku z faktem, iż Zamawiający wyznaczył Odwołującemu stosunkowo krótki termin na złożenie przedmiotowych wyjaśnień, Wykonawca wystąpił z wnioskiem o wydłużenie pierwotnego terminu uzasadniając, iż zgoda Zamawiającego w przedmiocie prolongaty terminu pozwoli Wykonawcy na przygotowanie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień w postulowanym zakresie, a co za tym idzie umożliwi wykonanie ciężącego na nim obowiązku. Po drugie, przygotował obszerne i wyczerpujące stanowisko merytoryczne, które zostało wsparte niezbędnymi dowodami zawierającymi się na kilkudziesięciu stronach druku formatu A4 w postaci: (i) kosztorysów branżowych; (ii) ofert, które uzupełnić miały (potwierdzić lub ewentualnie zmodyfikować) dokonane Odwołującego we własnym zakresie obliczenia oraz szacunki wartości przedmiotu zamówienia; (iii) umów o prace personelu skierowanego do realizacji zamówienia. W tym stanie rzeczy należy jednoznacznie ocenić, iż Odwołujący przygotowując wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dołożył należytej staranności w tym zakresie, przedkładając rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia w postulowanym zakresie, a co za tym idzie wykonał ciężący obowiązek ustawowy, czyniąc zadość żądaniu Zamawiającego. W kontekście powyższego – szczególnie w sytuacji, gdy cena ofertowa jest ceną ryczałtową, a Zamawiający nie wymaga od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dodatkowych kosztorysów odnoszących się do poszczególnych elementów robót – trudno oczekiwać od Wykonawcy dostarczenia wyczerpujących i satysfakcjonujących wyjaśnień w omawianym zakresie, a co za tym idzie Wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji w sytuacji, w której w ocenie Zamawiającego pewne elementy cenotwórcze nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione lub budzą wątpliwości. Dostrzegł, co równie istotne z punktu widzenia składanych przez Odwołującego wyjaśnień, a następnie możliwości ich prawidłowej oceny to fakt, na który zwrócił uwagę pierwotnie Wykonawca, że Zamawiający wbrew poglądom doktryny i utrwalonemu orzecznictwu nie sformułował przedmiotowego wezwania w sposób precyzyjny i wyczerpujący, bowiem ograniczył się de facto do

zacytowania obligatoryjnych elementów wynikających z delegacji ustawowej. Tym samym należy ocenić, iż Zamawiający nie dołożył należytej staranności formułując ww. wezwanie. Podkreślił, iż Izba wielokrotnie stawała na stanowisku, iż w okolicznościach danej sprawy należy mieć na uwadze także sposób sformułowania przez zamawiającego wezwania z złożenia wyjaśnień. Pismo dla swej skuteczności powinno zawierać precyzyjne określenie żądanego zakresu wyjaśnień, które budzą wątpliwości zamawiającego, być konkretne, szczegółowe, zawierać podstawę prawną wezwania, tak, aby z jednej strony umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości, jakie posiada zamawiający w zakresie ceny oferty, a z drugiej strony umożliwić zamawiającemu ocenę udzielonych wyjaśnień. Zauważył, iż zasady, jawności, pisemności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, aby ocena wyjaśnień wykonawców była związana z jasnymi i jednoznacznymi wymaganiami w tym zakresie. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający pismem z 24.02.2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji, gdy cena oferty Wykonawcy stanowiła aż 93,87 % wartości budżetu założonego przez Zamawiającego, natomiast średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert w Postępowaniu wynosiła 9 440.898,54 zł brutto, zaś cena oferty Wykonawcy to 8 448.000,00 zł brutto, przy kwocie którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia 9 000.000,00 zł. Powyższe jest o tyle istotne, czego wykaz dał Odwołujący w dotychczasowej argumentacji, iż zachodzi uzasadnione ryzyko, że Zamawiający opierając się na nieaktualnych kosztorysach inwestorskich, nie dokonał prawidłowego ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że nie można wykluczyć sytuacji, aby czynność ustalenia szacunkowej wartości zamówienia była obarczona wadą i pozwalała Zamawiającemu dokonać następnie prawidłowego porównania tej wielkości z ceną oferty Wykonawcy i znaleźć odpowiedź, czy i w jakich elementach cena oferty może budzić wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów. W tym stanie rzeczy Odwołujący nie może zgodzić się z ustaleniami Zamawiającego, stanowiącymi podstawę do formułowania zarzutów w stosunku do Wykonawcy, skutkujących odrzuceniem jego oferty. Wskazał, iż w sytuacji gdyby Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych przedstawionych w pierwotnych wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego powinien w pierwszej kolejności kontynuować postępowanie wyjaśniającego wobec oferty Odwołującego w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji wykazania, że cena oferty Wykonawcy nie nosi znamion rażąco niskiej. Po pierwsze nie sposób zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż w złożonym kosztorysie dotyczącym instalacji przeciwpożarowej Wykonawca nie wycenił instalacji tryskaczy. Wskazał, iż przedmiotowe instalacje tryskaczy zostały uwzględnione

przez Odwołującego w ramach wartości robót branży sanitarnej – poz. 107. Po drugie nie sposób zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż w złożonym kosztorysie przyjął i wycenił frezowanie 54 korzeni (powinien wycenić 69) i nasadzeń 3 drzew (powinien wycenić 72 drzewa do nasadzeń). Wskazał, iż zakres prac koniecznych do przeprowadzenia karczowania Wykonawca przyjął w innych kosztach pośrednich jako konieczność przygotowania terenu pod realizację inwestycji. Natomiast część nasadzeń Wykonawca ujął w kosztach pośrednich jako odtworzenie terenów zielonych po placu budowy – poz. 176 i 204. Niezależnie od powyższego, w tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, wyrażoną m.in. w wyroku SO w Warszawie z 03.01.2019 r., sygn. akt: XXV C 1598/16 w sytuacji przyjęcia przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego ewentualny przedmiar załączony do SIWZ ma charakter pomocniczy. Jeżeli zamawiający przyjął zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, to przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego. Przy czym, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest on sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Trzeba mieć bowiem na względzie, że skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to - zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 Pzp - opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i STWiORB. W świetle poczynionych uwag nie sposób zgodzić się, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z argumentacją, że jeżeli wykonawca pominie w złożonym kosztorysie ofertowym, nawet wbrew wyraźnemu oczekiwaniu zamawiającego, określoną pozycję kosztorysową konieczne jest niejako automatyczne odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie przekreśla to jednak, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zobowiązania wykonawcy do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem, czy zasadami wiedzy technicznej, co wynika z istoty umowy o roboty budowlane (por. przepis art. 647 k.c.), ani takiemu zobowiązaniu nie przeczy. (wyrok wyrokiem KIO z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 175/15). Po trzecie nie sposób zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż w złożonym kosztorysie dotyczącym montażu nawierzchni (podłogi) sportowej Odwołujący przyjął zaniżoną stawkę za m². Wskazał, iż z uwagi na parametry i wymagania Zamawiającego w tym zakresie Wykonawca w kwestionowanej pozycji kosztorysu posiłkował się wyceną własną. Przedstawiona poglądowa oferta dotyczy montażu powierzchni (podłogi) sportowej charakteryzującej się wyższymi parametrami, niż tymi wymaganymi przez Zamawiającego. Na potwierdzenie

słuszności przyjętej wyceny Odwołujący dysponuje kartą techniczną produktu oraz zobowiązaniem przedsiębiorcy Sławex Ć. S., z którego wynika, iż koszt m² powierzchni (podłogi) – zgodnych z parametrami określonymi przez Zamawiającego – zgodny jest z ceną zaoferowana przez Wykonawcę. Po czwarte nie sposób zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż w złożonym kosztorysie dotyczącym montażu szafek ubraniowych w szatni Odwołujący przyjął zaniżoną stawkę za cenę jednostkową. Wskazał, iż do wyceny oferty przyjęto szafki ubraniowe typu L 180x80x50 z ławką tj. o parametrach wyższych niż wymaganych przez Zamawiającego. Na potwierdzenie słuszności przyjętej wyceny Odwołujący dysponuje oświadczeniem producenta MTB Group, z którego wynika, iż koszt szafek ubraniowych – zgodnych z wymaganiami Zamawiającego tj. typu L 180x80x49 – zgodny jest z ceną zaoferowana przez Wykonawcę. Po piąte nie sposób zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż Wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zauważył, iż Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach przedstawił środki zaradcze podejmowane w celu zagwarantowania pracownikom należytego zabezpieczenia społecznego. Wskazał przy tym, iż przyjęte przez pracodawcę normy w pełni respektują uregulowania dotyczące m.in. dobowego i tygodniowego wymiaru czasu pracy; pracy w porze nocnej, jak również w niedzielę i święta; terminowej wypłaty należnego pracownikowi wynagrodzenia; oraz przysługującego urlopu wypoczynkowego – przedstawiając na tę okoliczność stosowne dowody w postaci kopii umów personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Ostatecznie Wykonawca złożył oświadczenie, iż Spółka na bieżąco wywiązuje się z obowiązku ponoszenia kosztów związanych z obowiązkowym składkom na ubezpieczenie społeczne. Po szóste nie sposób zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż w złożonych kosztorysach Wykonawca w stosunku do szeregu robót bezpodstawnie przyjął wartości niższe, niż wartość tych robót ujętych w kosztorysie inwestorskim, którym dysponuje Zamawiający. W pierwszej kolejności wskazał, iż kosztorysy Odwołującego, przedstawione Zamawiającemu wyłącznie na okoliczność wykazania zasadności ceny przyjętej w ofercie Wykonawcy liczą co najmniej kilkaset pozycji, przy czym Zamawiający zakwestionował jedynie kilkanaście z nich. Podkreślił, iż z informacji przekazanej przez Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty wynika, iż kosztorys inwestorski, na którym opiera się Zamawiający pochodzi z 2017 r., a więc ponad 36 miesięcy przed wszczęciem postępowania, trudno zatem mówić o aktualności tych wyliczeń. Niemniej w celu wykazania należytej staranności, w sytuacji w której Zamawiający nie umożliwił Odwołującemu złożenie dalszych wyjaśnień w tym przedmiocie, Wykonawca poniżej odnosi się do każdej zakwestionowanej pozycji. W konsekwencji Odwołujący stoi na stanowisku, iż ewentualne nieścisłości w złożonych wyjaśnieniach lub zauważone przez Zamawiającego pominięcia, jak np. w przypadku

szczegółowych wyjaśnień w zakresie wartości robót branży sanitarnej, co do zasady kwalifikują się do prowadzenia dalszego postępowania wyjaśniającego wobec oferty Wykonawcy w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych, a w konsekwencji wykazania, że cena oferty Wykonawcy nie nosi znamion rażąco niskiej. Mając na uwadze przywołaną argumentację Odwołujący stoi na stanowisku Zamawiający bezzasadnie uznał, iż wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w sytuacji w której powziął wątpliwości co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych, przedwcześnie odrzucił ofertę Odwołującego, szczególnie, że sam Odwołujący w treści pierwotnych wyjaśnień wskazał na potwierdzoną w orzecznictwie sądów powszechnych możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp (dawny art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych), tak m.in. w wyroku SO w Olsztynie z 09.12.2010 r., sygn. akt V Ga 122/10. Por. m.in. wyrok z 07.03.2017 r., KIO 321/170, wyrok z 28.02.2017 r., sygn. akt KIO 288/17). Zbieżny pogląd został również wyrażony w zamieszczonej w Informatorze UZP nr 11/2013 opinii pt. "Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia". W świetle powyższego stwierdził, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący wykazał zasadność zarzutu art. 16 pkt. 1 w zw. a art. 224 ust. 1 i 6 NPzp poprzez podejmowanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rekapitulując, brak jest podstaw, aby nie zgodzić się z faktem, iż Zamawiający, który obowiązany był do działania w zakreślony prawem zamówień publicznych sposób, nie dokonał prawidłowej analizy w ramach oceny i badania ofert, co w konsekwencji doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych, a tym samym dokonania obarczonej błędem czynności polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, która w świetle powyższego wywodu jurystycznego, obowiązujących przepisów oraz ugruntowanej linii orzeczniczej nie może się ostać.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 pkt 3) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy. Tytułem wstępu podkreślił, iż zgodnie z brzmieniem art. 7 pkt 27 ustawy przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Mając na uwadze powyższe mianem podwykonawcy określimy zatem podmiot, który na

podstawie umowy z wykonawcą, zawartej w formie pisemnej, zobowiązany jest za wynagrodzeniem wykonać część zamówienia. Wskazał, iż w literaturze przedmiotu panuje pogląd, zgodnie z którym, w związku z powiązaniem przedmiotu umowy o podwykonawstwo z częścią zamówienia publicznego, do kategorii tego rodzaju umów będą kwalifikowane wyłącznie te umowy, których rezultat będzie stanowił jednocześnie wykonanie zamówienia publicznego, podlegający następnie odbiorowi i ocenie, w zakresie należytego wykonania przez zamawiającego. W świetle definicji legalnej, o której mowa w Pzp, umowy o podwykonawstwo nie będą dotyczyły świadczeń potrzebnych podwykonawcom i dalszym podwykonawcom do prowadzenia działalności związanej z realizacją podzlecanych zamówień, lecz nieobjętych opisem przedmiotu zamówienia, np. usługi i dostawy pełniące jedynie funkcję służebną w stosunku do realizowanej części zamówienia. Kolejno, przechodząc do analizy wymagań Zamawiającego w tym przedmiocie należy, zauważyć, iż w Rozdziale V ust. 2 SWZ znalazła się dyspozycja, zgodnie z którą Wykonawca jest zobowiązany wskazać w formularzu ofertowym części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy ewentualnych podwykonawców, o ile są już znane. Mając na uwadze powyższe wymagania Zamawiającego oraz dotychczasową argumentację, podkreślenia wymaga, iż Odwołujący przystępując do postępowania, w treści formularza ofertowego złożył oświadczenie – zgodne ze stanem faktycznym, na dzień składania ofert, iż zamówienie wykona bez udziału podwykonawców. W tak ustalonym stanie faktycznym, Zamawiający w ramach oceny i badania ofert zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący złożył stosowne i wyczerpujące wyjaśnienia w tym przedmiocie wskazując m.in., iż kolejnym etapem ustalenia budżetu oferty było przeprowadzenie przez Wykonawcę aktywnych badań rynkowych, które uzupełnić miały (potwierdzić lub ewentualnie zmodyfikować) dokonane przez niego we własnym zakresie obliczenia oraz szacunki wartości przedmiotu zamówienia. W tym celu wykonawca zwrócił się z zapytaniem ofertowym do szeregu podmiotów rynkowych, prosząc o przedstawienie ofert na poszczególne zakresy składające się na całość zamówienia. (...) Mając na uwadze treść wezwania Zamawiającego, Wykonawca na potwierdzenie prawidłowości przyjętych wyliczeń załącza do przedmiotowych wyjaśnień dowody w postaci ofert podmiotów, z którymi zamierza współpracować przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Zestawiając powyższe z przywołaną definicją legalną umowy o podwykonawstwo oraz wywiezionej z niej definicji podwykonawcy, czyli podmiotu z którym wykonawca, w tym przypadku Odwołujący ma zawartą umowę w formie pisemnej na realizację części zamówienia trudno upatrywać naruszeń Wykonawcy w tym zakresie i doszukiwać się nieprawdziwego oświadczenia złożonego w treści jego oferty. W tym miejscu z pełną stanowczością wskazać należy, iż oferty zaprezentowane w ramach złożonych wyjaśnień

w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny miały na celu li tylko unaocznienie Zamawiającemu przeprowadzonych przez Wykonawcę aktywnych badań rynkowych, które uzupełnić miały (potwierdzić lub ewentualnie zmodyfikować) dokonane przez niego we własnym zakresie obliczenia oraz szacunki wartości przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie miał na etapie składania ofert, i nadal nie ma zawartych żadnych umów odpłatnych, których przedmiotem jest realizacja jakiegokolwiek zakresu przedmiotu zamówienia, dlatego nie mógł złożyć innego oświadczenia woli, niż to, że zamówienie wykona bez udziału podwykonawców. Wobec czego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem i zarzutem Zamawiającego, które znalazło się w informacji z 24.03.2021 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, jakoby z treści złożonych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wynikało, iż Wykonawca wykona część zamówienia przy udziale podwykonawców, modyfikując tym samym, w sposób nieuprawniony pierwotne oświadczenie złożone w tym zakresie w formularzu ofertowym. Odwołujący stoi na stanowisku, iż złożone w treści oferty oświadczenie, z uwagi na brak znanych podwykonawców, odnośnie samodzielnego wykonania zamówienia, było i nadal pozostaje aktualne, stąd brak jest podstaw do uznania, że jakakolwiek część wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę mogło podważyć jego prawdziwość lub dążyć do modyfikacji w tym zakresie. A contrario złożenie odmiennego oświadczenia przez Odwołującego, należałoby poczytywać, jako próba przedstawiania przez Wykonawcę informacji mających wprowadzić Zamawiającego w błąd. Wskazał, iż adresatem normy prawnej określonej w art. 409 ust. 1 NPzp jest zamawiający, który może żądać od wykonawców wskazania tych części zamówienia, które zrealizowane zostaną z udziałem podwykonawców, a także wymagać wskazania nazw firm tych podmiotów. Cytowany przepis nie określa zasad wypełnienia powyższego żądania ani nie wskazuje granicy czasowej, w której przedmiotowy wymóg musi zostać przez wykonawcę zrealizowany. Co więcej zarówno przepisy dyrektyw jak i prawo krajowe pozostawiają wykonawcy co do zasady swobodę w doborze podwykonawców, a także w odniesieniu do ich zmiany na każdym etapie prowadzonego postępowania. Powyższe dostrzegali sam Zamawiający wskazując w Rozdz. V ust. 1 SWZ, iż Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane. Interpretacja przywołanych przepisów, dokonana przez pryzmat uregulowań prawa europejskiego wskazuje na słuszność twierdzenia, iż odnosi się on do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę i nie stanowi podstawy do ukształtowania obowiązku wskazania nazw wykonawców już na etapie składania ofert, gdy żaden z wykonawców nie ma pewności co do wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z 13.02.2017 r. sygn. akt: 192/17 KIO stwierdziła, iż ewentualne ograniczenie wykonawców w zakresie swobody

doboru podwykonawstwa (w zakresie podania nazw firm podwykonawców) możliwe jest tylko na etapie realizacji zamówienia, gdyż niewątpliwie podwykonawstwo dotyczy właśnie tej fazy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i samo podwykonawstwo (podanie nazw firm podwykonawców) w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wtórny, istotne znaczenie ma treść oferty, w rozumieniu opisu i wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga. Przepis art. 409 ust. 1 pkt 1 NPzp, określając zakres żądania informacji dotyczących podwykonawstwa w realizacji określonej części zamówienia, posługuje się sformułowaniem „której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom”, co wskazuje, iż realizacja przez wykonawcę obowiązku informacyjnego na etapie składania ofert może nastąpić wyłącznie w okolicznościach, gdy firmy podwykonawców, z którymi wykonawca zamierza zrealizować określone działania, są mu tym momencie już znane. Wskazał, iż takie same rozumienie wskazuje Zamawiający, który w cytowanym już w Rozdziale V ust. 2 SWZ określił, że Wykonawca jest zobowiązany wskazać w formularzu ofertowym części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy ewentualnych podwykonawców, o ile są już znane. Potwierdzenie powyższego znajdziemy w opinii UZP pt.: „Obowiązek wskazania nazw firm podwykonawców w ofercie wykonawcy”, która pomimo, iż została wydana na kanwie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jednak z uwagi na fakt, że cytowane przepisy, co do ich istoty nie uległy zmianie należy uznać, że tezy w tym zakresie zachowują swoją aktualność. Zasadność powyższej interpretacji potwierdza w szczególności treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w świetle którego „instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”. Uwzględniając powyższe stwierdził, iż dyspozycja art. 409 ust. 1 pkt. 1 NPzp, nakładająca na zamawiających obowiązek żądania ujawnienia informacji dotyczących imion i nazwisk (firm) podwykonawców w realizacji zamówienia, nie zobowiązuje wykonawców do ich wskazania już na etapie składania ofert. W świetle przepisów, wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia obowiązku wynikającego z treści cytowanego przepisu w momencie, gdy pozna krąg podmiotów, z którymi podejmie współpracę na zasadach podwykonawstwa. W dalszej części przywołanej Opinii UZP czytamy, iż w świetle przepisów ustawy Pzp, treścią oferty jest skonkretyzowany w oparciu o informacje przedstawione przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres zobowiązania jakie przyjmuje na siebie wykonawca, w szczególności sposób, termin, a także warunki wykonania zamówienia publicznego, które nie mogą podlegać modyfikacjom na

późniejszym etapie. Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie również w wyroku KIO z 22.02.2017 r. sygn. akt: KIO 234/17, w którym Izba uznała, iż „oświadczenie o podwykonawcach, wymagane na skutek żądania zamawiającego wynikającego z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, mającego odzwierciedlenie w art. 71 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE (...) nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to zatem oświadczenie woli, o jakim stanowi art. 66 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. W szczególności o charakterze żądania zamawiającego, o którym mowa w art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, na które odpowiedź wykonawcy nie stanowi treści oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, świadczy również treść przepisów art. 36b ust. 1a, ust. 1b, czy ust. 2 ustawy Pzp – w myśl których czas żądania złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem ich firm i części powierzanych do wykonania jak również możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia (art. 36ba ust.1-3 ustawy Pzp) może być różny (...)”. W konsekwencji nie można uznać, iż zakres informacji, o których mowa w art. 36b NPzp, tj. nazwy firm podwykonawców, może zostać uznany za treść oferty w rozumieniu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Informacja dotycząca imion i nazwisk (firm) podwykonawców nie posiada waloru treści oferty, a tym samym brak ww. informacji nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia. Brak jest zatem podstaw do uznania, jak bezzasadnie wskazuje Zamawiający w treści uzasadnienia, iż treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia (wykonanie zamówienia bez udziału podwykonawców) stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji. Takie działanie wykonawcy należy uznać za zmianę treści oferty, co jest czynnością niedozwoloną z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 NPzp. Na marginesie wskazał, co zauważyła również sama Zamawiająca, przesądzając jednocześnie, iż cenzurą na wskazanie w treści oferty nazw (firm) podwykonawców jest złożenie oświadczenia w treści oferty, bowiem z godnie z brzmieniem § 7 ust.1 wzoru umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego, Zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Powyższe jednoznacznie kwalifikuje, iż dopiero przed przystąpieniem do realizacji robót zmaterializuje się obowiązek ostatecznego wskazania podwykonawców, jeżeli na tym etapie znane są wykonawcy dane tych podmiotów, bowiem zamierza wykonać część zamówienia z ich udziałem. Mając na uwadze przywołaną argumentację wskazał, iż działania podjęte przez Wykonawcę są w zgodzie z ustawą, a co za tym idzie zarzut Zamawiającego w tym zakresie należy uznać

za bezzasadny, a jako taki nie powinien się ostać. W konsekwencji stwierdził, iż doszło do naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 pkt 3) NPzp w stopniu uzasadniającym przyjęcie, iż dokonane przez Zamawiającego naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 218 ust. 2 w zw. z art. 226 pkt 5) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jakoby jej treść nie spełniała warunków zamówienia. Tytułem wstępu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z rozdz. XIV ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie Publicznej Szkoły Podstawowej nr 8 o łącznik wraz z budową sali gimnastycznej w Starogardzie Gdańskim przy Al. Jana Pawła II 10 na terenie działek nr: 154/14, obręb 22. Wskazał, iż zgodnie z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego przedmiotowe roboty mają zostać realizowane na podstawie: 1) projektu budowlano-wykonawczego rozbudowy PSP 8 o łącznik wraz z budową sali gimnastycznej, 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia, 3) STWIORu. W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na fakt, co przez Odwołującego zostało podniesione wielokrotnie, że kosztorysy zostały przedstawione Zamawiającemu wyłącznie na okoliczność wykazania zasadności ceny przyjętej w ofercie. W tym stanie rzeczy brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż kosztorys jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, stąd też zamawiający w niniejszej sprawie nie mógł odrzucić oferty Odwołującego ze względu na ewentualne rozbieżności wynikające z zakresu robót uwzględnionych w kosztorysach. Odrzucenie oferty przez Zamawiającego mogło więc (czego, wobec niejednoznacznego uzasadnienia odrzucenia oferty można się jedynie domyślać) wynikać jedynie z przyjęcia, że błędy w kosztorysie równoznaczne są z zaoferowaniem przez Wykonawcę wykonania innych niż wymagane w SWZ prac. Takie założenie jest z gruntu rzeczy wadliwe, gdyż Odwołujący zaoferował wykonania prac zgodnie z przedmiarem, a więc uwzględniając również te prace, które ewentualnie mogły zostać pominięte w kosztorysie, jak również te prace, które w kosztorysie ujęte zostały nieściśle. Na potwierdzenie przywołanej tezy, w tym miejscu należy przywołać pogląd wyrażony w m.in. w wyroku KIO z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 175/15, który pomimo, iż został wydany na kanwie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jednak z uwagi na fakt, że cytowane przepisy, co do ich istoty nie uległy zmianie należy uznać, że orzecznictwo w tym zakresie zachowuje swoją aktualność. W cytowanym wyroku Izba stanęła na stanowisku, iż w świetle poczynionych uwag nie sposób zgodzić się, w ocenie Izby, z argumentacją, że jeżeli wykonawca pominię w złożonym kosztorysie ofertowym, nawet wbrew wyraźnemu oczekiwaniu zamawiającego, określoną pozycję kosztorysową konieczne jest niejako automatyczne odrzucenie złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego

w oparciu o jej fragment, bowiem to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie, bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia. Nie może on zatem zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią. W tym stanie rzeczy Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie sposób zatem zgodzić się zarzutami formułowanymi w stosunku do złożonych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które Zamawiający bezrefleksyjnie odczytuje jako zobowiązanie Wykonawcy w przedmiocie realizacji zamierzenia inwestycyjnego wbrew warunkom zamówienia. Skoro bowiem, jak to zostało wykazane powyżej przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ten bowiem wynika z dokumentacji projektowej, to nieujęcie w kosztorysie pewnych elementów – zagregowanie ich w innych pozycjach, nie może stanowić o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 pkt 5 NPzp. Szczególnie, iż okolicznościach niniejszej sprawy, na co wielokrotnie wskazywał już Odwołujący, a podkreślał w SWZ sam Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym ewentualne niedoszacowania oraz pomyślenia stanowią ryzyko wykonawcy, które powinien wkalkulować w wartość oferty, bowiem w konsekwencji, niezależnie od rzeczywistych rozmiarów robót niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia – in plus/in minus – otrzyma z góry ustalone wynagrodzenie. Po pierwsze nie sposób zatem zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż z zakresu złożonych wyjaśnień wynika, że Wykonawca oferuje odmienny sposób realizacji zamówienia niż ten wynikający z warunków zamówienia. Zgodnie z SWZ wymagano, aby balustrady zostały wykonane ze stali nierdzewnej, natomiast w ocenie Zamawiającego Wykonawca zaoferował balustrady ze stali. Wskazał, iż w złożonym kosztorysie znajduje się pozycja z opisem „balustrady tarasowe z pochwytem stalowym”, w ramach której Zamawiający błędnie wywnioskował, iż oferowana balustrada nie została wykonana ze stali nierdzewnej. Na potwierdzenie braku słuszności przyjętego przez Zamawiającego rozumowania Odwołujący dysponuje zobowiązaniem przedsiębiorcy F.P.U.H. MORO M. C., z którego wynika, iż w związku z zapytaniem ofertowym na wykonanie balustrady zewnętrznej w ramach zadania Rozbudowa Publicznej Szkoły Podstawowej nr 8 o łącznik wraz z budową sali gimnastycznej w Starogardzie Gdańskim przy Al. Jana Pawła II 10 zobowiązuje się do wykonania balustrad zewnętrznych z materiału powierzzonego (czyli pozostającego w dyspozycji Wykonawcy) wykonanych ze stali nierdzewnej w ilości 15,02 m, za cenę 193,83 zł. Po drugie nie zgodził się z zarzutem Zamawiającego, iż z zakresu złożonych wyjaśnień wynika, że Wykonawca oferuje odmienny sposób realizacji zamówienia niż ten wynikający z warunków zamówienia. Zgodnie z SWZ wymagano, aby izolacja została wykonana z folii kubelkowej, natomiast w ocenie Zamawiającego wykonawca wycenił wykonanie izolacji z papy asfaltowej. Wskazał, iż w złożonym kosztorysie znajduje się

pozycja z prawidłowym odniesieniem do nakładów rzeczowych KNR-W 2-02 0615-04 analogia, jednak z uwagi na niezamierzony błąd „czynnika ludzkiego” wkraść się lapsus w opisie „izolacje z papy asfaltowej na sucho pionowe - jedna warstwa”, stąd Zamawiający błędnie wywnioskował, iż zaoferowane rozwiązanie w zakresie izolacji nie odpowiada warunkom zamówienia. Na potwierdzenie prawidłowości w zakresie zaoferowania przez Wykonawcę izolacji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przyjętej wyceny Odwołujący dysponuje zobowiązaniem przedsiębiorcy Livoro Group Sp. z o.o. na wykonanie izolacji z folii kubełkowej w ilości 175,13 m² za kwotę 1 042,02 zł netto, czyli 5,95 zł za m², zgodnie z wyceną przyjętą w kosztorysie przez Wykonawcę. Niezależnie od przywołanej powyżej argumentacji, w ocenie Odwołującego ewentualne wątpliwości, które pojawiły się u Zamawiającego w następstwie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia powinny w pierwszej kolejności zostać rozwiane po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wobec oferty, czy konkretnie wyjaśnień złożonych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, iż zgodnie z brzmieniem art. 223 ust. 1 NPzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Podkreślił, iż na podstawie cytowanego przepisu zamawiający może w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących nie tylko treści złożonych ofert, lecz także – co stanowi w tym miejscu odmienną od regulacji Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W języku polskim słowo „wyjaśnić” oznacza „uczynić coś zrozumiałym”, „podać powody, motyw”. Zastosowanie instytucji wyjaśnień wymaga zatem wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości, a ich zaistnienie powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek, co w okolicznościach niniejszej sprawy, czytając uzasadnienie faktyczne Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego, niewątpliwie miało miejsce. Wskazał, iż wyjaśnienia mogą przy tym dotyczyć wszystkich elementów oferty: zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. W literaturze przedmiotu podnosi się, iż w orzecznictwie istnieje również stanowisko, które w pełni popiera Odwołujący, zgodnie z którym wbrew literalnemu brzmieniu art. 223 ust. 1 NPzp w którym użyto słowa „może” („w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń”), nie można wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego. Uznaje się, że skorzystanie z procedury opisanej w powołanym przepisie stanowi obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone niejasności mogą skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 pkt 5) NPzp. Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z

zasadą wskazaną w art. art. 16 pkt. 1 Pzp i mogłoby prowadzić do nie równego traktowania wykonawców oraz naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Mając na zatem uwadze konieczność rozumienia cytowanego przepisu, w sposób przyświecający konieczności poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym miejscu należy przedstawić utrwalony pogląd, podzielany m.in. przez J. Pieróga, zgodnie z którym nie można w związku z tym postawić skutecznego zarzutu w formie odwołania na samo nieskorzystanie przez zamawiającego z przysługującego mu prawa in fine, można jednak stawiać zarzut nieskorzystania z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 (obecnie art. 223 ust. 1) w przypadku, gdy działania zamawiającego, podjęte bez stosownych wyjaśnień, powodują dla wykonawcy niekorzystne konsekwencje (np. odrzucenie oferty, zbyt mała liczba punktów w kryterium itp.). [por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2019 r., wyd. 15]. Potwierdzenie powyższego znajdziemy również w utrwalonym orzecznictwie Izby. Cytowane poniżej wyroki zostały wydane na kanwie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jednak z uwagi na fakt, że przywołane przepisy, co do ich istoty nie uległy zmianie należy uznać, że orzecznictwo w tym zakresie zachowuje swoją aktualność. KIO poparła taki pogląd w swoim wyroku z 03.10.2017 r., sygn. akt: KIO 1926/17, w którym wskazała, że konieczność wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści złożonej przez wykonawcę oferty wynika z obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem zasady należytej staranności. Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku z 27.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2383/17. W konsekwencji stwierdził, iż przepis wyrażony w art. 223 ust. 1 NPzp należy odczytywać zarówno jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, jak i prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności przez Zamawiającego w procedurze badania i oceny ofert., bowiem powinien zbadać rzeczywistą treść oświadczenia woli wykonawcy, która powinna być tłumaczona z uwzględnieniem nie tylko okoliczności w jakich została złożona, ale również panujących w danej branży zwyczajów oraz zasad współżycia społecznego. Na marginesie zauważył, iż zgodnie z najnowszym orzecznictwem Izby Zamawiający jest uprawniony do dokonywania wzywania do wyjaśnień na podstawie kilku przepisów ustawy, z których zwłaszcza zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp zamawiający może żądać wyjaśnień wielokrotnie, aż do rozwiania wątpliwości. (wyrok KIO z 28.01.2021, sygn. akt: KIO 3471/20). W związku z powyższym, Odwołujący stoi na stanowisku, iż w okolicznościach niniejszej sprawy w sytuacji, w której w następstwie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia powinien w pierwszej kolejności wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym w zakresie, bowiem odrzucenie oferty na podstawie art. 226 pkt 5) NPzp, bez uprzedniego

rozstrzygnięcia wątpliwości dotyczących zgodności oferty z warunkami zamówienia (postanowieniami SWZ) na podstawie wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę będzie powodowało naruszenie nie tylko cytowanego przepisu, ale również art. art. 223 ust. 1 Pzp. W konsekwencji stwierdził, iż doszło do naruszenia zarówno do naruszenia art. 226 pkt 5) NPzp oraz art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 223 ust.1 NPzp w stopniu uzasadniającym przyjęcie, iż dokonane przez Zamawiającego naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 287 ust. 3 NPzp poprzez uznanie, że informacja w zakresie uzasadnienia faktycznego odnośnie odrzucenia oferty Wykonawcy odpowiada prawu. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż obowiązki informacyjne zamawiającego, w tym także w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowią odzwierciedlenie zasady jawności postępowania. Dotyczy to w szczególności wszelkich decyzji podejmowanych przez zamawiającego, które mają wpływ na przebieg postępowania przetargowego oraz sytuację wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przewidziane w przepisach Pzp obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować wykonawcom ocenę prawidłowości działań Zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Potwierdzenie powyższego znajdziemy w utrwalonym orzecznictwie KIO, gdzie m.in. w wyroku KIO z 22.09.2020 r., sygn. akt: KIO 1864/20, KIO 1869/20 stanęła ponownie na stanowisku, iż uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się ustosunkować do wskazanych uchybień. Co prawda wyrok został wydany na kanwie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jednak z uwagi na fakt, że cytowane przepisy, co do ich istoty nie uległy zmianie należy uznać, że orzecznictwo w tym zakresie zachowuje swoją aktualność. W cytowanym wyroku Izba potwierdziła, iż 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 KIO 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. Jedynie wtedy wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający zakomunikował im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy

na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. Tym samym jakiegokolwiek podstawy odrzucenia oferty niewyrażone w piśmie informującym o danej czynności, a podnoszone dodatkowo przez zamawiającego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę w trakcie wyrokowania przez Izbę. Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień, publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.”. Mając na uwadze powyższe Odwołujący stoi na stanowisku, iż uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty nie pozwala w sposób jednoznaczny i wyczerpujący zobrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego. W ocenie Odwołującego pismo Zamawiającego jest chaotyczne i skonstruowane w taki sposób – pomieszane zarzutów i podstaw prawnych dokonanych czynności – aby Wykonawca nie mógł de facto odgadnąć rzeczywistych intencji, jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Brak jest przy tym niebudzących wątpliwości Wykonawcy odesłań do postanowień warunków zamówienia, przepisów ustawy, które z perspektywy potencjalnych naruszeń przyświecały określonej ocenie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 30.03.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miało miejsca.

W dniu 11.05.2021 r. (e-mailem - podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Zarzut naruszenia art. 28 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 NPzp, poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia z rażącym naruszeniem prawa. W przedmiotowym postępowaniu złożono 10 ofert, 7 z nich mieściło się w przedziale od około 9.230.000,00 zł do około 9.740.000,00 zł. Również Odwołujący w uprzednio prowadzonym postępowaniu złożył ofertę na zbliżonym poziomie tj. 9.123.631,20 zł. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę o wartości 8.448.000,00 zł. Należy zwrócić uwagę, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny Zamawiający, powołał się na art 224 ust. 1, który w odróżnieniu od art. 224 ust. 2 daje Zamawiającemu prawo do żądania wyjaśnień bez wystąpienia konkretnych okoliczności. Wystarczy sam fakt, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska lub budzi wątpliwości Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oczywistym jest, że takie wątpliwości wystąpiły. W tym kontekście argumenty podnoszone przez Odwołującego jakoby niewłaściwe ustalenia wartości zamówienia mogło mieć wpływ na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za całkowicie chybione. Niemniej jednak Zamawiający stoi na stanowisku, że dokonał ustalenia szacunkowej wartości zamówienia zgodnie z przepisami. Zgodnie z treścią art. 34 NPzp kosztorys inwestorski stanowi podstawę do ustalenia wartości zamówienia, ale nie jest sam w sobie taką wartością. Natomiast z treści art. 36 ust. 1 nie wynika, że to kosztorys ma być nie starszy niż 6 miesięcy lecz wartość zamówienia należy ustalić nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania. Faktem jest, że kosztorys inwestorski, którym dysponuje Zamawiający został sporządzony w 2017 r., ale został on zaktualizowany a ustalenia szacunkowej wartości zamówienia dokonano w dniu 21.01.2021 r., czyli z zachowaniem terminów określonych w art. 36 ust. 1 NPzp.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 pkt 8) NPzp, poprzez uznanie, że wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja oraz orzecznictwo dotyczące tego jaką rolę pełnią przedmiary w przypadku postępowań z wynagrodzeniem ryczałtowym odnoszą się do sytuacji, gdy wykonawca z własnej inicjatywy lub zgodnie z wymaganiami zamawiającego dołączył do oferty kosztorys ofertowy. W przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja nie miała miejsca, tym samym argumenty oraz orzecznictwo podnoszone przez Odwołującego należy uznać za nietrafione. Natomiast gdyby uznać inaczej to należy zauważyć, że działa to raczej na niekorzyść Odwołującego ponieważ podważa wartość

złożonych kosztorysów jako środka dowodowego mającego potwierdzić, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie wymagał od Odwołującego złożenia kosztorysów, a jedynie przedstawienia wartości poszczególnych branż, w tym branży sanitarnej. W związku z faktem, że Odwołujący całkowicie pominął tę branżę w swoich wyjaśnieniach tzn. nie przedstawił tej wartości, nie dokonał żadnych wyliczeń, nie przedstawił dowodów Zamawiający nie znalazł podstawy, aby ponownie wezwać do złożenia wyjaśnień, ponieważ nie miał się do czego odnieść, nie miał o co dopytać. W wyroku z dnia 24.11.2017 r., KIO 2380/17, KIO uznała, że „Przedstawione przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia i dowody podlegają więc ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. Stąd też istotnym jest, aby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić przy tym należy, że informacje, o których mowa, zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody. W tym miejscu wskazać należy, 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 zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż 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. Powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Stanowczo należy podkreślić, że nie jest rolą zamawiającego przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku”. Odnosząc się do zarzutu jakoby wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny nie zostało sformułowane w sposób precyzyjny i wyczerpujący, należy zacytować treść pisma Odwołującego z 25.02.2021 r. „...z uwagi na zakres, specyfikę i szczegółowość

danych, o przedstawienie których wystąpił Zmawiający, zwracamy się z prośbą o wydłużenie pierwotnego terminu na złożenie Wyjaśnień do dnia 03.03.2021 r. Wskazać bowiem należy, iż oprócz zakresu informacji, o którym mowa w art. 224 NPzp, Zamawiający wymaga od Wykonawcy przedstawienia: 1) wartości robót, w rozbiu na branże: - konstrukcyjno – budowlaną; - drogową, - sanitarną, - elektryczną; 2) wartości wyposażenia sportowego; 3) wartości nawierzchni sportowej. W sytuacji, w której to na Wykonawcy ciąży obowiązek, aby wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, zgoda Zamawiającego w przedmiocie prolongaty terminu pozwoli Wykonawcy na przygotowanie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień w postulowanym zakresie, a co za tym idzie umożliwi wykonanie ciężącego na nim obowiązku”. W związku z faktem, że w ocenie Odwołującego, przedstawionej na wcześniejszym etapie postępowania, wezwanie było szczegółowe to trudno przyjąć założenie, że mogło utracić ten walor na bieżącym etapie postępowania. O ile w zakresie wartości robót branży sanitarnej Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji, o tyle w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, Odwołujący przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia, które sprowadzają się do stwierdzenia, że ich przestrzega. Nie wskazał natomiast jaki mają wpływ na cenę oferty chociażby koszty zastępstw wynikających z nieobecności pracowników (zwolnienia lekarskie i urlopy) oraz składka zdrowotna, emerytalna, rentowa, wypadkowa, PPK, czy też składka na Fundusz Pracy leżące po stronie pracodawcy. Obowiązek żądania złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie wyrażony w art. 224 ust. 4 NPzp podkreśla szczególną wagę złożenia wyjaśnień w tym zakresie, tym samym lakonicznie, oraz pozbawione dowodów wyjaśnienia Odwołującego nie pozostawiły Zamawiającemu wyboru, co do ich negatywnej oceny. Zgodnie z wyrokiem KIO z 06.02.2020 r., sygn. akt: KIO 170/20: *„złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. W orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny”*. W złożonym, w celu wyjaśnienia zaoferowanej ceny, kosztorysie robót Odwołujący zawarł pozycje „frezowanie korzeni – 54 szt.” (powinien wycenić 69 szt.), „sadzenie drzew i krzewów liściastych form naturalnych na terenie płaskim w gruncie kat. I-II z zaprawą do połowy głębokości dołów; średnica/głębokość: 0.5 m – 3 szt.” (powinien wycenić 72 szt.). Twierdzenie Odwołującego,

że brakujące frezowanie korzeni oraz nasadzenia drzew zostały ujęte w innych pozycjach jest głęboko nielogiczne, tym samym trudno uznać je za wiarygodne.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 pkt 3) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy. Wykonawca przedstawił ofertę, w treści której złożył oświadczenie, że wykona zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców. Natomiast w treści wyjaśnień zaoferowanej ceny Odwołujący twierdzi, że „wykonawca wykorzystując swoje kontakty handlowe, utrwaloną już pozycję na rynku, która w sposób oczywisty wpływa na jego pozycję negocjacyjną, uzyskał w efekcie negocjacji z podmiotami, z którymi zamierza współpracować przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego warunki, które pozwoliły mu na zaoferowanie ceny na wskazanym w ofercie poziomie” oraz w pkt. Wyjaśnień „Koszty osobowe” Odwołujący stwierdza, że „w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż Wykonawca planuje zrealizować zamówienie korzystając przede wszystkim z zasobów własnych”, co oznacza, że przy realizacji zamówienia będzie również korzystał z zasobów (pracowników) innych podmiotów, czyli podwykonawców. Również w dołączonych do odwołania dowodach (dowód nr 6) Odwołujący posługuje się terminem oferta podmiotu trzeciego, natomiast oferta dotyczy wykonania izolacji z folii kubełkowej. Analogiczna sytuacja miała miejsce, w przypadku ofert dołączonych do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, które dotyczyły m.in.:

- wykonania robót elektrycznych,
- wykonania konstrukcji z drewna klejonego,
- dostawy oraz montażu podłogi sportowej,
- wykonania oraz montażu stolarki okiennej i drzwiowej,
- wykonania instalacji wentylacji,
- dostawy oraz montażu wyposażenia hali sportowej.

W ocenie Zamawiającego jeżeli inny podmiot wykona część zamówienia w pełnym zakresie w imieniu wykonawcy staje się jego podwykonawcą. Gdyby Odwołujący np. tylko zakupił podłogę sportową, ale sam ją zmontował, nie można by mówić o podwykonawstwie, natomiast jeśli podmiot trzeci zrealizuje część zamówienia w pełnym zakresie tzn. dostarczy oraz zamontuje podłogę sportową staje się podwykonawcą. I nie ma tu znaczenie fakt, że Odwołujący nie posługuje się wprost terminem „podwykonawca”, ponieważ o tym jaką rolę podmiot trzeci pełni przy realizacji zamówienia nie decyduje, nazewnictwo stosowane przez Odwołującego, tylko to w jakim zakresie zrealizuje zamówienie.

W wyroku z 26.09.2016 r., KIO stwierdziła, że „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji”. Podobne stanowisko KIO wyraziła w wyroku z 09.11.2017 r. sygn. akt: KIO 2245/17, zgodnie z którym: „zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacz

do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Biorąc powyższe pod uwagę oczywistym jest, że Wykonawca zmienił treść ofert po jej złożeniu co jest niezgodne z przepisami Ustawy. Natomiast jeśli wbrew logice przyjąć, że podmioty te nie będą podwykonawcami to należy stwierdzić, że przedstawione oferty nie stanowią wartości dowodowej ponieważ są to ceny, za które podmioty trzecie są w stanie zrealizować zamówienie a nie Odwołujący. Ponadto ceny wskazane przez Odwołującego w kosztorysach są niższe niż te w złożonych ofertach. Co tylko potwierdza, że wskazane przez Odwołującego ceny nie są cenami rynkowymi. Tym samym wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny stają się niewiarygodne ponieważ korzystanie z podwykonawców jest jednym z argumentów, dzięki którym Odwołujący mógł zaoferować cenę na tak niskim poziomie.

Zarzut naruszenia art. 218 ust. 2 w zw. z art. 226 pkt 5) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jakoby jej treść nie spełniała warunków zamówienia. Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż kosztorys jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, stąd też zamawiający w niniejszej sprawie nie mógł odrzucić oferty Odwołującego ze względu na ewentualne rozbieżności wynikające z zakresu robót uwzględnionych w kosztorysach. Zamawiający oceniał złożone kosztorysy w kontekście oceny oferty w zakresie zaoferowanej ceny oraz sposobu wykonania zamówienia, a nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z wyrokiem KIO z 15.04.2019 r., sygn. akt: KIO 522/19: „Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia. Skoro wykonawca składa wyjaśnienia dotyczące wyceny materiałów, to za oczywiste uznać należy, że wycena materiałów niezgodnych z specyfikacją techniczną zawartą w SIWZ powoduje jednocześnie niezgodność oferty z SIWZ, o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”. Nie sposób dać wiary twierdzeniom Odwołującego, że zaoferowanie balustrady ze stali jest równoznaczne zaoferowaniu balustrad ze stali nierdzewnej, są to materiały o różnych właściwościach, a ich nazewnictwo nie jest zamiennie stosowane. Odwołujący przyznał, że zaoferował błędną metodę izolacji natomiast w ocenie Zamawiającego, to z czego ten błąd wynikał nie ma wpływu na ocenę niezgodności oferty z warunkami zamówienia. W tym miejscu warto przywołać dalszą część wyżej cytowanego wyroku „Wykonawca powołuje się na różnicę w nazewnictwie i drobną omyłkę, jednakże w ocenie Izby omyłka ta sprowadza się de facto do zaoferowania produktów innych niż wymagane przez Zamawiającego, co w konsekwencji powoduje niezgodność oferty z SIWZ”. Jak słusznie podkreśla Odwołujący zastosowanie instytucji wyjaśnień wymaga wystąpienia po stronie zamawiającego

wątpliwości. W związku z tym, że sposób w jaki Odwołujący zamierzał zrealizować zamówienie został jednoznacznie opisany, zamawiający nie miał wątpliwości co do sposobu realizacji zamówienia. Dalej w cytowanym wyżej wyroku Izba stwierdza: „W ocenie Izby brak uwzględnienia w kalkulacji odpowiedniego sprzętu lub materiału oraz przewidzenie przez wykonawców ... użycia materiałów niezgodnych z SST (co do zasady lub w niezgodnych z tym dokumentem ilościach, proporcjach itp.) stanowi nie tylko o niedoszacowaniu kosztów wykonania przedmiotu umowy, ale równocześnie świadczą o niezgodności oferty wykonawcy z wymogami SIWZ. Niezgodności, która - wobec jednoznacznego oświadczenia wykonawcy - nie może zostać usunięta jako inna omyłka”.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 287 ust. 3 NPzp poprzez uznanie, że informacja w zakresie uzasadnienia faktycznego odnośnie odrzucenia oferty Wykonawcy odpowiada prawu. W związku z faktem, że Odwołujący odniósł się do wszystkich podstaw odrzucenia, które Zamawiający podnosił w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty należy przyjąć, że uzasadnienie prawne i faktycznie zostało sporządzone w sposób jasny i wyczerpujący.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” wraz udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania, kopii oferty Odwołującego, wezwania z 24.02.2021 r. (pisma Odwołującego z 25.02.2021 r., pisma Zamawiającego z 26.02.2021 r.), odpowiedzi - wyjaśnienia z 03.03.2021 r. (cz. jawna i tajna) wraz z załącznikami: 1) kosztorys – branża elektryczna (ostatecznie załączono, omyłkowo 2-krotnie); 2) kosztorys – branża budowlana; 3) kosztorys – branża sanitarna (ostatecznie nie załączona, omyłkowo 2-krotnie branża elektryczna, jak wynika z plików); 4) oferta Elektrobud – Grudziądz sp. z o.o. – branża elektryczna; 5) oferta KONSBUD Drewno Kolejowe – branża konstrukcyjna; 6) oferta Drutex – stolarka; 7) oferta Solair Instalacje Sp. z o.o. – wentylacja; 8) umowa z Eversport Sp. z o.o. – podłogi sportowe; 9) oferta MTB

Group – wyposażenie hali sportowej; 10) umowy o pracę dla personelu skierowanego do realizacji zamówienia – wymagania Zamawiającego odnośnie konieczności zatrudniania na umowę o pracę (pkt XVII SWZ); Do uzasadnienia konieczności zastrzeżenia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa: 1) wewnętrzne uregulowania mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych – Polityka Bezpieczeństwa Informacji; 2) informacje o warunkach zatrudnienia zawierające klauzule o konieczności zachowania w poufności informacji niejawnych.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) kosztorys branży sanitarnej;
- 2) kosztorys budowlany;
- 3) karta techniczna nawierzchni sportowej kombi firmy Novol;
- 4) oferta Sławex;
- 5) oświadczenie MTB Group (w tym wypadku de facto złożono wydruk korespondencji z firmą Novol, a nie wskazane oświadczenie, którego nie załączono);
- 6) wskaźniki cenotwórcze wraz z wykazem inwestycji;
- 7) oferta F.P.U.H MORO;
- 8) oferta Livoro Group

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożone przez Zamawiającego na rozprawie - na ustalenie szacunkowej wartości zamówienia w wymaganym przez NPzp terminie:

- 1) kopie zaktualizowanego kosztorysu inwestorskiego ze stycznia 2021 r.,
- 2) oświadczenie pracownika Zamawiającego o dokonaniu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia 21 stycznia 2021 r.,
- 3) kopie wewnętrznego dokumentu (wniosku o przeprowadzenie postępowania przedmiotowego).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie w zakresie zarzutu od 2 do 5.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia:

- 1) art. 28 w zw. z art. 34 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 NPzp, poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia z rażącym naruszeniem prawa;
- 2) art. 16 pkt. 1 w zw. a art. 224 ust. 1 i 6 NPzp poprzez podejmowanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania

wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 pkt 8) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, że nie można przypisać jej takiego przymiotu;

4) art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 pkt 3) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy; pomimo, iż ofercie złożonej przez Wykonawcę w toku postępowania nie można przypisać takiego przymiotu

5) art. 218 ust. 2 w zw. z art. 226 pkt 5) NPzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jakoby jej treść nie spełniała warunków zamówienia pomimo, iż oferta złożona przez Wykonawcę w toku postępowania spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, ewentualnie:

art. 223 ust. 1 NPzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego odnośnie treści oferty Odwołującego pomimo iż Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia;

6) art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 287 ust. 3 NPzp poprzez podejmowanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że informacja w zakresie uzasadnienia faktycznego odnośnie odrzucenia oferty Wykonawcy odpowiada prawu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, w tym także wezwania z 24.02.2021 r., odpowiedzi - wyjaśnienia z 03.03.2021 r. (cz. jawna i tajna) wraz z załącznikami. Zgodnie z wezwaniem Zamawiający wskazał, że:

„Na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

3. wartości robót branży:

- konstrukcyjno – budowlanej;
- drogowej,
- sanitarnej,
- elektrycznej;

4. wartości wyposażenia sportowego;

5. wartości nawierzchni sportowej.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Dokument objęty wezwaniem należy przesać do dnia 1 marca 2021 r. (...)

Termin na wyjaśnienia został przedłużony w odpowiedzi na pismo Odwołującego z 25.02.2021 r. do 03.03.2021 r. (pismem z 26.02.2021 r.).

W odpowiedzi – Odwołujący udzielił wyjaśnień 03.03.2021 r. składających się z cz. jawnej oraz cz. tajnej wraz z załącznikami. Z uwagi na ostatnią z tych okoliczności Izba przytacza poniżej jedynie cz. jawna tych wyjaśnień:

„W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 24 lutego 2021 r. dotyczące Postępowania, mając na uwadze zgodę Zamawiającego wyrażoną w piśmie z dnia 26 lutego 2021 r. w przedmiocie wydłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, niniejszym składamy wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naszej oferty. Na marginesie należy zaznaczyć, iż poniższe wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Spółki – w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) – wobec czego podlegają ujawnieniu.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 288 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych wycen, kalkulacji, cech i uwarunkowań... etc., dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty –

a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Nadto podkreślenia wymaga, iż przepisy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt: XIX Ga 128/08).

Również w literaturze przedmiotu podkreśla się, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest definicji legalnej rażąco niskiej ceny. Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej wskazano m.in.: Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Mając na uwadze powyższe oraz dotychczasowe, utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych oraz KIO, należy wskazać ogólne definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. O cenie rażąco niskiej można zatem mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Kolejno wskazać należy, iż w literaturze przedmiotu używając pojęcia „rażąco niska” referuje się do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem przyjętego miernika. Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego. Wartością taką jest szacunkowa wartość zamówienia ustalana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania powiększona o należny podatek od towarów i usług.

Mając na uwadze sposób rozumienia pojęcia „cena rażąco niska” oraz obowiązki Zamawiającego wynikające z treści art. 224 ustawy Pzp na uwagę zasługuje fakt, że średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert w Postępowaniu wynosi 9 440.898,54 zł brutto, zaś cena oferty Wykonawcy to 8 448.000,00 zł brutto, przy kwocie którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia 9 000.000,00 zł. Nadto, wskazać należy, iż cena oferty Wykonawcy stanowi 93,87 % wartości budżetu założonego przez Zamawiającego.

vide informacja z otwarcia ofert z dnia 19.02.2021 r.

Powyższe już na pierwszy rzut oka jednoznacznie pozwala stwierdzić, iż przyjęta przez Wykonawcy kalkulacja oferty, nie tylko nie stanowi zaniżenia ceny ofertowej względem przyjętego miernika tj. kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ale jako jedna z dwóch mieści się w budżecie Zamawiającego.

Powyższe pozwala ocenić, iż w ramach przyjętego przez Zamawiającego budżetu występujące dysproporcje przy szacowaniu oferty Wykonawcy są minimalne (niecałe 7 %), a przez to nie sposób przyjąć, że cena oferty Wykonawcy nosi znamiona „rażąco niskiej”.

Na marginesie podkreślenia jedynie wymaga, iż w ocenie Wykonawcy odstępstwa w wysokości do 15 % zakładanego budżetu są naturalnym zjawiskiem i związane są z przyjętą przez danego przedsiębiorcę polityką w zakresie satysfakcjonującej i uzasadnionej z biznesowego punktu widzenia poziomu marży, a co za tym idzie zwrotu z danej inwestycji.

W konsekwencji należy zauważyć, iż występujące dysproporcje wskazują na dopuszczalną, a co za tym idzie w pełni uzasadnioną rywalizację pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie konieczności zastrzeżenia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż składane przez Wykonawcę wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zawierają dwa rodzaje informacji. Po pierwsze są to informacje dotyczące planowanych kontaktów z podmiotami, z którymi Wykonawca zamierza współpracować przy realizacji zamówienia publicznego. Drugi rodzaj informacji stanowią dane dotyczące funkcjonowania spółki, sposobu organizacji

pracy w przedsiębiorstwie, metod kalkulacji cen stosowanych w ramach działalności operacyjnej, wysokości kosztów własnych, wysokości stosowanych marż.

Mając na uwadze powyższe zastrzegamy, iż informacje zawarte w oznaczonej części niniejszej odpowiedzi, jak i w załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z powyższym informacje te, jak i informacje zawarte w załącznikach wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), zwanej dalej „uznk” przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez Wykonawcę niepowetowanej szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Warto przy tym wskazać, że w części niejawniej Wykonawca przedstawił opracowania własne, które zostały przygotowane przez zespół pracowników wykonawcy na potrzeby Postępowania. Opracowania (zestawienia, tabele, informacje o czynnikach, kosztach) mają charakter unikalny, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca poniósł istotny koszt w celu ich przygotowania (wynikający m.in. z zaangażowania zespołu pracowników oraz użytych narzędzi niezbędnych do ich wytworzenia).

Wskazać należy na utrwalony w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś – kalkulacji i dowodów załączanych do wyjaśnień.

Zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie w utrwalonym na przestrzeni lat orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: (i) Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/ 1432/12, zgodnie z którym: "(...) zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencyjności na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się działań Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych." (ii) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 175/13: "(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej."(iii) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12: „W wyroku sygn. akt KIO 228/11, którego rozstrzygnięcie podziela skład orzekający rozpoznający odwołanie, wyrok znalazł także odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, Izba uznała, że: uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. (...) Wypełniona w ocenie składu orzekającego została definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Zgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne

przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza uzasadniony interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi zatem wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny.

Poza tym, know-how Wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należytą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu Wykonawcy. Powyższe ma szczególne znaczenie na rynku robót budowlanych, których dotyczy Postępowanie, na którym istnieje duża rywalizacja pomiędzy wykonawcami w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do informacji o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty – jest to know-how Wykonawcy, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez Wykonawcę. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym – może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez Wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez Wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena.

Korzystając z posiadanych zasobów oraz kontaktów biznesowych wykonawca skonstruował bowiem najkorzystniejszą dla Zamawiającego ofertę. Przekazanie konkurencji przewag biznesowych wykonawcy, może natomiast w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy przedkładanie porównywalnych ofert. Dysponując tymi informacjami konkurenci będą mogli m. in.: zastosować analogiczny sposób kalkulacji ceny, w tym zasad określania marży, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagrodzeń. W/w elementy – tj. polityka cenowa Wykonawcy, polityka wynagrodzeń, poziom marży to elementy, które składają się na całość informacji dotyczących zasad prowadzenia przez Wykonawcę działalności gospodarczej i które wykonawca kształtował w perspektywie długoterminowej. Ostatecznie wypracowane w tym zakresie rozwiązania są efektem znacznego nakładu Wykonawcy i składają się na jego strategię biznesową, zatem ich wartość gospodarcza dla Wykonawcy nie może zatem budzić wątpliwości.

Reasumując, zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca oświadcza, że wszystkie zastrzeżone informacje nie były i nie są ujawnione do publicznej wiadomości, w tym w szczególności informacje, w jaki sposób wykonawca kalkuluje cenę, jakie czynniki mają wpływ na jej wysokość i jaką postuluje się marżę.

Powyższe wyjaśnienia oraz załączniki do nich nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a jednocześnie Wykonawca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności, zgodnie z obowiązującą w przedsiębiorstwie Wykonawcy polityką ochrony informacji. Nadto wskazać należy, iż każdy z pracowników Wykonawcy zobowiązał się poprzez pisemne oświadczenie do zachowania w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych.

Zważywszy na istotną wartość gospodarczą, którą niosą za sobą informacje przekazane w wyjaśnieniach Wykonawcy w sposób oczywisty nie dopuszcza do ich ujawnienia, nie są one więc podawane do wiadomości publicznej. Nie są to niewątpliwie informacje, które może pozyskać osoba zainteresowana, która nie posiada szczególnych uprawnień do dysponowania tymi informacjami.

Niewątpliwie zastrzeżone informacje nie mogą zostać pozyskane przez osobę zwykle zajmującą się świadczeniem usług tego rodzaju w jakikolwiek sposób, w tym m. in. drogą elektroniczną (w Internecie), czy od kontrahentów Wykonawcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że ujawnienie danych objętych wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny przez Zamawiającego stanowiłoby pierwsze podanie tych informacji do wiadomości publicznej.

Wykonawca podejmuje zintensyfikowane i permanentne działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania ich poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich. Wykonawca wskazuje na wybrane, stosowane przez niego, mechanizmy, szczególnie istotne z punktu widzenia zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w przetargach publicznych:

- wewnętrzne uregulowania mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych,*
- wykonywanie dla każdego projektu indywidualnego planu realizacji projektu, w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności danych i informacji,*
- wprowadzenie programu kompleksowego audytu wewnętrznego w celu zapewnienia, że standardy bezpieczeństwa informacji są dotrzymane,*
- wprowadzenie odpowiednich klauzul poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi.*

Podsumowując wskazać należy, iż przedstawione w wyjaśnieniach informacje dotyczą zarówno rozwiązań technicznych, jak również wypracowanych standardów pracy. Dotyczą wynagrodzenia personelu, kosztów dostaw oraz pozostałych kosztów, ryzyk i uwzględniającej zysk marży. Przedmiotowe opracowania zostały indywidualnie wytworzone

na potrzeby Postępowania, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy, a więc mieszczą się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanej w art. 11 ust. 2 unzk. Wykonawca w uzasadnieniu objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa przedłożył również stosowne dowody na potwierdzenie podjętych przez niego działań mających na celu zachowanie poufności przekazanych informacji.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 11 ust. 4 unzk „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.” Mając na uwadze dotychczasową argumentację oraz działania podejmowane przez Wykonawcę wskazać należy, iż zarówno na obecnym etapie, jak również na każdym innym nie wyraża on zgody na korzystanie ze wskazanych powyżej informacji lub rozporządzanie nimi bez uzyskania uprzedniej zgody.

Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jak również wykazał powyżej spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 unzk, wnosimy o nieudostępnianie ich podmiotom nieuprawnionym, w szczególności innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zważywszy, iż nawet jednorazowe ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, może mieć dla Wykonawcy istotne znaczenie, zastrzegamy, iż jeżeli przedstawione wyjaśnienia budzą w jakimkolwiek zakresie wątpliwości Zamawiającego lub wymagają dalszego uszczegółowienia, wyrażamy gotowość do udzielenia Zamawiającemu dalszych wyjaśnień. Dlatego, przed podjęciem decyzji, co odtajnieniu jakichkolwiek informacji podlegających zastrzeżeniu zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, wnosimy o wcześniejsze poinformowanie Wykonawcy, o zakresie budzącym wątpliwości Zamawiającego i umożliwienie mu ustosunkowania się do decyzji Zamawiającego lub skorzystania z przysługujących w tym zakresie środków ochrony prawnej.”

Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Do pozostałych kwestii Izba odnieść się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że załączone do wyjaśnień oferty handlowe świadczą o tym, że Odwołujący nie zrealizuje zamówienie samodzielnie. Należy podkreślić, że na rozprawie Odwołujący podtrzymał swoje oświadczenie z oferty o samodzielnej realizacji zamówienia. Podkreślając zarazem, że w ofercie należało wskazać konkretnych podwykonawców o ile są już znani. Jednocześnie należy zgodzić się, że dotychczasowe orzecznictwo jest dalej aktualne, iż oświadczenie co do nazw podwykonawców nie stanowi treści oferty – ma charakter informacyjny. W wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt: KIO 192/17, Izba wyraziła pogląd, że za brakiem możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w przypadku niewskazania w ofercie nazw podwykonawców na żądanie Zamawiającego, przemawia m.in. to, iż stosownie do przepisów Pzp wskazany w ofercie podwykonawca na etapie realizacji umowy może być zastąpiony innym oraz dopuszczona jest możliwość późniejszej weryfikacji podwykonawcy. Ponadto żądanie wskazania podwykonawcy odnosi się do wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania firm podwykonawców, co uwzględniając art. 71 dyrektywy klasycznej, należy rozumieć jako podanie ewentualnych proponowanych podwykonawców. Tym samym „zamiar”, o którym mowa w art. 36b ust. 1 Pzp, odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w wyrokach: z 04.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1756/17, z 04.04.2017 r., sygn. akt: KIO 534/17 i KIO 540/17, z 21.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2336/17. W wyroku z 17.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2320/17, Izba wyraziła również pogląd, że nie ma uzasadnienia dla bardziej rygorystycznego traktowania wykonawców, którzy na etapie składania ofert jeszcze nie znają podwykonawców, ale już planują część zamówienia powierzyć innym podmiotom, niż tych, którzy dopiero na etapie realizacji zamówienia zdecydują się na powierzenie części zamówienia innemu podmiotowi. Opowiadając się za omawianym kierunkiem wykładni w wyroku z 22.02.2017 r., sygn. akt: KIO 234/17, Izba wyraziła z kolei pogląd, iż sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot przedstawiony w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Wszelkie niezgodności powinny być oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Powyższe zostało wypracowane w orzecznictwie, odnosi się to także do możliwości zmiany zakresu podwykonawstwa. W wyroku KIO z 04.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1528/17, Izba wyraziła przekonanie, że wskazanie przez wykonawcę zakresu prac, jakie zamierza powierzyć podwykonawcy, ma charakter informacyjny i nie przesądza o zgodności czy o braku zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nadto, w wyroku KIO z 02.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1082/19: *"Przepisy art. 36a, art. 36b oraz art. 36ba pzp nie statuują bezwzględnego obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac i to pod rygorem odrzucenia oferty."* Izba przywołuje także wyrok KIO z 17.07.2018 r., sygn. akt: 1304/18: *"(...)Skoro zatem powierzenie podwykonawcy części zamówienia może nastąpić dopiero w trakcie realizacji zamówienia, tym bardziej dopuszczalne jest doprecyzowanie zakresu podwykonawstwa w okresie od złożenia oferty do zawarcia umowy. (...)"*(za wyrokiem KIO z 27.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1060/19). W każdym razie oferty załączone do wyjaśnień z 03.03.2021 r. w zakresie rażąco niskiej ceny miały na celu wykazanie realności wyceny przygotowanej przez Odwołującego i przyjętych założeń cenotwórczych, a nie zmianę treści oferty w zakresie podwykonawstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Zamawiający na rozprawie przedstawił dowody co do zaktualizowanego kosztorysu inwestorskiego ze stycznia 2021 r., jak również co do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia 21.01.2021 r. (oświadczenie pracownika Zamawiającego o dokonaniu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia 21.01.2021 r., kopie wewnętrznego dokumentu /wniosku o przeprowadzenie postępowania przedmiotowego/). Nadto, wyjaśnił również, że bazował w informacji z 24.03.2021 r. w zakresie cen jednostkowych na kosztorysie inwestorskim z 2017 r., gdyż był bardziej korzystny dla Odwołującego niż kosztorys inwestorski ze stycznia 2021 r. W konsekwencji bazując na złożonych dowodach Izba oddaliła zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu piątego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W tym wypadku, z uwagi na to, że Zamawiający nie oczekiwał złożenia kosztorysu ofertowego do oferty (okoliczność bezsporna nie kwestionowana, a nawet potwierdzona na rozprawie przez Zamawiającego) z racji ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie można w sposób bezrefleksyjny i automatyczny podważać zgodność oferty Odwołującego ze szczegółowymi warunkami zamówienia.

Zasadnie Odwołujący wskazywał na konieczność, a nawet oblig (wynikający z orzecznictwa - (vide np. wyroki Kio w sprawach o sygn. akt: KIO 1926/17, KIO 2383/17, KIO 53/19).) przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie treści oferty,

w sytuacji gdy konsekwencją jest odrzucenia oferty Wykonawcy z tej podstawy prawnej. Przy czym z uwagi na to, że w przedmiotowym stanie faktycznym, nie było obowiązku załączenia kosztorysu ofertowego do oferty (kosztorys został złożony jedynie w celach dowodowych przy wyjaśnieniach z 03.03.2021 r. w zakresie ceny rażąco niskiej), takie wyjaśnienia w zakresie treści oferty są tym bardziej konieczne i zasadne. Zamawiający zakwestionował w zakresie wycenienia, w złożonym kosztorysie ofertowym, do wyjaśnień z 03.03.2021 r., dotyczącym branży budowlanej, w poz. 144 balustrady tarasowej z pochwycem stalowym zamiast balustrady ze stali nierdzewnej, choć w opisie chodzi jedynie o pochwyt, a nie balustradę sensu stricto oraz w tym samym kosztorysie w poz. 25 izolacji z papy asfaltowej na sucho pionowe – jedna warstwa zamiast izolacji wykonanej z folii kubełkowej, choć numery KNR-ów były prawidłowe i dotyczyły izolacji wykonanej z folii kubełkowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu szóstego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym wypadku, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W jej ocenie, uzasadnienie faktyczne zawierało wszystkie kluczowe elementy, które było podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, w tym szczegółową listę w formie załącznika do informacji z 24.03.2021 r. pozycji kosztorysu ofertowego z branży budowlanej dołączonego do wyjaśnień z 03.03.2021 r. Odwołującego. Uzasadnienie pozwalało odnieść się w sposób miarodajny Odwołującemu do tez Zamawiającego i wnieść przysługujący Odwołującemu środek ochrony prawnej. Drobne uchybienia, takie jak brak wskazania numerów zakwestionowanych pozycji w kosztorysie (numery KNR-ów i opisy), jak i brak podania którego ze złożonych kosztorysów zakwestionowane pozycje dotyczą – nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego i trzeciego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu. W tym zakresie Izba uznała, że konieczne jest dodatkowe dopytanie w zakresie wezwania w zakresie ceny rażąco niskiej.

Izba, względem nakazanego dopytania w sentencji, kierowała się tym, że wezwanie nie było dostatecznie precyzyjne i nie wyrażało kluczowych intencji Zamawiającego, np. w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego np. co do kosztów pracodawcy, które ponosi przy wynagrodzeniu danego pracownika. Nadto, Izba wzięła pod uwagę specyficzną sytuację, która zaistniała z branży sanitarnej, która Odwołujący wykazał (niezamierzone zdublowanie kosztorysów z branży elektrycznej w wyjaśnieniach z 03.03.2021 r. kosztem kosztorysu z branży sanitarnej – dwukrotnie załączono pliki dotyczące tego samego kosztorysu, daty ich zaś są z 15.02.2021 r.).

Dodatkowo, wobec wątpliwości Zamawiającego w zakresie określonych pozycji jednostkowych – złożonych w wyjaśnieniach z 03.03.2021 r. – branża budowlana (łącznie 20 pozycji /lista stanowiła załącznik do informacji o odrzuceniu z 24.03.2021 r./). Podobnie, co do poz. 97 (montaż powierzchni podłogi sportowej), poz. 158 (montaż szafek ubraniowych w szatni), poz. 176 (frezowania korzeni), poz. 204 (nasadzeń drzew). Izba uwzględniła że wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy, złożenie do oferty kosztorysów ofertowych nie było wymagane, a Odwołujący złożył je do wyjaśnieniach z 03.03.2021 r. w zakresie ceny rażąco niskiej, jako środek dowody, a pierwotne wezwanie z 24.02.2021 r. ich nie dotyczyło. Wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego w zakresie powyższych pozycji w odwołaniu, Izba nie mogła przyjąć muszą one zostać złożone w toku postępowania wyjaśniającego wraz z dowodami, stąd też nakazanie stosownego dodatkowego wezwania. Na możliwość dodatkowego wezwania (dopytania) w zakresie wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej zasadnie wskazywał Odwołujący w odwołaniu przytaczając stosowne orzecznictwo, tym bardziej wobec nieprecyzyjności wezwania i wyniknięcia kwestii cen jednostkowych, do których nie referowało samo wezwanie. Jednocześnie w SWZ znajdowało się stwierdzenie, że: *„niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie będą podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia wskazanego w ofercie”* (Rozdz. XXV Sposób obliczania ceny, ust. 3 pkt 3 /wskazano pkt 1/). W konsekwencji konieczne stało się dopytanie w zakresie konkretnych cen jednostkowych, które uznał Zamawiający za istotne w kontekście całego przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się jeden zarzut z sześciu (zarzut siódmy Izba uznała jako konsekwencje pozostałych i nie wliczała odrębnie), zaś za chybione należało uznać pięć zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 4/6 i chybione w stosunku 2/6. Kosztami postępowania w części 2/6 obciążono zatem Odwołującego, a w części 4/6 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (3.600 zł), co daje łącznie kwotę 13.600,00 zł.

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 0 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9.066,67 zł. ($13.600,00 \text{ zł} \div 6 = 2.266,67 \times 4 = 9.066,67$).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego

w wysokości 13.600,00 zł (10.000,00 zł tytułem wpisu oraz 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 4.533,34 zł ($13.600,00 \text{ zł} \div 6 = 2.266,67 \times 2 = 4.533,34$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9.066,67 zł ($13.600,00 - 4.533,34$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 9.066,67 zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający ($0 + 9.066,67 = 9.066,67$).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp. a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w związku z ust. 3 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). Jednocześnie zgodnie z art. 574 Pzp do kosztów postępowania odwoławczego wlicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....