

Sygn. akt: KIO 42/23

WYROK
z dnia 20 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 18 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **OBO Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Krosno**

przy udziale wykonawcy **AGZ Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę **OBO Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Gmina Miasto Krosno, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, pn. *„Kreujemy + Rozwijamy + Ożywiamy + Stymulujemy + Wykonanie Nakreślamy + Odmieniamy = Krosno” – „Budowa alejek rowerowo-spacerowych wzdłuż rzeki Wisłok”, nr ref. ZP.271.121.2022.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod numerem 2022/BZP 00437156/01 z dnia 2022-11-14.

Wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu naruszających ustawę Pzp w toku postępowania, a to:

- 1) niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Wykonawcy AGZ Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie (dalej jako: „AGZ”) jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której to oferta AGZ zawierała rażąco niską cenę, a przedstawione przez AGZ wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego były nierzetelne, a wskazane przez AGZ rzekome „błędne przepisane wartości z kosztorysów”, bez wskazania dowodów czy nawet uprawdopodobnienia tak pierwotnie jak i wtórnie dokonanych wyliczeń, Zamawiający nie powinien uznać za wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny, szczególnie, że owo wyjaśnienie polegało na zmianie treści formularza ofertowego, co stanowi naruszenia art. 223 ust 1 Pzp bowiem doprowadziło do zmiany treści oferty, nadto wykonawca nie wyjaśnił na czym miałyby polegać owe błędy w przepisywaniu wartości kosztorysowych, jakich pozycji miałyby one dotyczyć i w jakim zakresie.
- 2) wadliwej oceny złożonej przez wykonawcę AGZ oferty oraz wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, poprzez błędne uznanie, że wykonawca wykazał, że zaoferowana przez niego cena w elemencie „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” nie jest ceną rażąco niską, mimo, iż na wprost Wykonawca przyznał, że nie uwzględnił w tym dziele wszystkich elementów, co wynikało jak wyjaśnił „z błędnego przepisania wartości z kosztorysów”(co jest nieprawdopodobne biorąc pod uwagę, że Zamawiający w postępowaniu udostępnił szczegółowe przedmiary robót poszczególnych branż). By dalej wskazać, jakoby „elementy małej architektury ujęte zostały w innych branżach”, a to – jak wynika z przedstawionego po raz pierwszy w piśmie z dnia 20.12.2022 r. wyliczenia – w branży drogowej wraz z organizacją ruchu - co samo w sobie, nie mogło stanowić wyjaśniania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, nie przedstawiono na tę okoliczność bowiem

żadnego wyliczenia czy szczegółowego wykazu składników cenotwórczych z tych dwóch pozycji (mimo iż zgodnie z art. 224 ust 5 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy), a nadto takie wyjaśnienie i przedstawione „na nowo” wyliczenie poszczególnych działów z formularza ofertowego stanowiło o zmianie treści oferty, naruszeniu zasady równego traktowania oferentów, co winno skutkować odrzuceniem oferty AGZ, a te uchyczenia Zamawiającego w konsekwencji doprowadziły do nieprawidłowej oceny złożonej oferty, poprzez brak uznania, że oferta w/w, wykonawcy podlega odrzuceniu.

- 3) zaniechania odrzucenia oferty AGZ Sp. z o.o., jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie jako niezgodnej z warunkami zamówienia, które to jak czytamy w 19.5 lit d) SWZ jednoznacznie zobowiązują Oferenta aby „cenę obliczoną zgodnie z powyższym opisem wykonawca wpisze w stosownym punkcie formularza oferty”, co świadczy o braku uwzględnienia w ofercie AGZ całości prac wynikających z dokumentacji postępowania,
- 4) zaniechania wezwania AGZ Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny w zakresie działu „budowy oświetlenia” mimo, iż wskazana przez AGZ w ofercie cena za tę istotną część składową zamówienia wynosiła 500.000,00 zł i była niższa o 37% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 5) zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, tj. wyboru oferty OBO Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

w dniu 4 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca OBO Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 i ust 5 Pzp w zw. z art. 226 ust 1, pkt 5 i pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AGZ mimo iż wystąpiło co najmniej kilka okoliczności, z których każda samodzielnie uzasadniała odrzucenie oferty wykonawcy AGZ, a to:
 - oferta AGZ zawiera rażąco niską cenę (koszt) w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco - w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego w dziale „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku”, stanowiącego istotną część składową ceny - odbiega od cen rynkowych zaoferowanych przez innych oferentów (o 68%) i nie została w sposób przewidziany ustawą wyjaśniona, co za tym idzie wskazana przez Wykonawcę cena nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia i wynagrodzeniem ryczałtowym, a jej zniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków ujętych w ofercie,

- wezwane do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego nie wykazało, jak i nie udowodniło, że cena ta nie jest rażąco niska, w szczególności w związku z brakiem przedstawienia szeregu dowodów, w tym wyliczeń, zestawień cenotwórczych wykazujących jakież to pozycje zostały rzekomo źle przepisane, czy też wpisane (bo AGZ jest niekonsekwentny w wyjaśnieniach) do branży drogowej wraz z organizacją ruchu,
 - złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie branży „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” ceny (kosztu) w postaci wynagrodzenia ryczałtowego, a wyjaśnienia AGZ stanowią naruszenie zapisów SWZ gdzie w 19.5 lit d) jednoznacznie zobowiązano aby „cenę obliczoną zgodnie z powyższym opisem wykonawca wpisze w stosownym punkcie formularza oferty”, przesądzają także o braku uwzględnienia całości prac wynikających z dokumentacji postępowania (przedstawienie zatem wyjaśniania AGZ jakoby oferta w zakresie wykonania branży drogowej wraz z organizacją ruchu wynosiła 8.490,000 zamiast pierwotnie wskazanych w ofercie 9.400.000,00 zł, a cena za wykonanie części składowej zamówienia w postaci małej architektury miała kosztować 1.450.000,00 zł zamiast wskazanej w ofercie kwoty 540.000,00 zł nie może być uznane za wyjaśnienie i uzasadnienie ceny złożonej w ofercie, co więcej tej treści wyjaśnienia stanowią o istotnej zmianie treści oferty z naruszeniem art. 223 ust 1 Pzp, ewentualnie należy uznać, że w ogóle nie doszło do złożenia wyjaśnień, gdyż za takie nie mogą być uznane złożone przez AGZ wyjaśnienia.
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art 224 ust 6 Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta AGZ została sporządzona zgodnie z wymogami Zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości składowe oferty wykonawcy AGZ budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i są rażąco niskie oraz poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca AGZ wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i przez to błędne nieodrzućenie oferty wykonawcy AGZ;
 - 3) art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy AGZ, mimo że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu łącznej ceny za 6 ujawnionych branż dawała łączną kwotę na zrealizowanie całego zadania które składało się z 9 części zadania, co stanowi o błędnym wyliczeniu względnie o pominięciu do wycen branż: konstrukcyjnej, wodociągowej oraz gazowej a więc oferta AGZ była niepełna, niewystarczająca do wykonania zadania i sprzeczna z dokumentacją projektową.
 - 4) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AGZ w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia,
 - 5) art. 253 ust. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i niewypełnienie wymagań wskazanego przepisu, tj. brak wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego, przyczyn

w oparciu, o które Zamawiający uznał, że oferta złożona przez AGZ nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu.

- 6) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia w/w oferty złożonej jako oferta stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.
- 7) art. 223 ust 1 Pzp jako, że Wyjaśnienia wykonawcy AGZ co do zmiany cen poszczególnych części składowych oferty spowodowały istotną zmianę treści oferty tj. wytworzenie nowego zupełnie odmiennego oświadczenia woli wykonawcy, który wręcz dostosował treść oferty do wymagań zamawiającego w zakresie ceny szczególnie, że do istotnej treści oferty zaliczamy takie postanowienia, których treść obrazuje zamawiającemu w jakich kwotach zostaną przez Wykonawcę zrealizowane poszczególne pozycje składające się na przedmiot zamówienia, nie może przy tym dojść do powstania nowej treści oferty, jak w tym przypadku, takiej której pierwotnie oferta nie zawierała, podczas gdy pozostali oferenci wskazali poszczególne ceny dla każdej z branż, a ceny te decydowały nie tylko o ich konkurencyjności ale również stanowiły podstawę do badania ich ofert w kontekście rażąco niskiej ceny.
- 8) art. 253 ust. 1 Pzp, jak również zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp jako, że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego uznał, że oferty złożone przez AGZ nie zawierają ceny rażąco niskiej.
- 9) art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp. poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty OBO Polska Sp. z o.o.

Odwołujący na podstawie art. 534 ust. 1 Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. Rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości oraz:
 - 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy AGZ jako najkorzystniejszej,
 - 2) nakazanie Zamawiającemu podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy AGZ,
 - 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej,
 - 4) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z dokonaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców w

postępowaniu oraz poinformowanie wykonawców o czynnościach, o których mowa w art. 253 ust. 1 Pzp, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

2. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne sprawy i podał, że dnia 2022-11-14 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych opublikowano ogłoszenie o zamówieniu dotyczące niniejszego postępowania.

Dalej Odwołujący podał, że pismem z dnia 14.12.2022 r. Zamawiający, działając na zasadzie art. 224 ust 1 i 2 Pzp wezwał AGZ do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający powziął bowiem wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez AGZ ceny oferty wskazanej w formularzu ofertowym pod pozycją „1 lit e mała architektura i urządzenia w strefach odpoczynku” w kwocie 500 000,00 zł, jako, że była to kwota o 74,57 % niższa od szacowanej wartości przedmiotowej pozycji powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 67,68% niższa od średniej arytmetycznej cen we wszystkich złożonych ofertach. Jak wskazał Zamawiający „Mała architektura i urządzenia w strefach odpoczynku” jest istotnym elementem inwestycji, którego wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny. Dalej Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 20.12.2022 r. AGZ w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przyznała wprost, że „rażąco niska cena w elemencie „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” wynika z błędnego przepisania wartości z kosztorysów.” Dokonując jednocześnie zmiany treści oferty w pozycjach 1 lit a i 1 lit e. AGZ wskazał bowiem, że zaoferowana przez niego cena w elemencie „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” nie jest ceną rażąco niską, mimo, iż wprost AGZ przyznał, że nie uwzględnił w tym dziale wszystkich elementów, co wynikało jak wyjaśnił „z błędnego przepisania wartości z kosztorysów.” By dalej wskazać, jakoby „elementy małej architektury ujęte zostały w innych branżach”, a to – jak wynika z przedstawionego po raz pierwszy w piśmie z dnia 20.12.2022 r. wyliczenia – w branży drogowej wraz z organizacją ruchu - co samo w sobie, nie mogło stanowić wyjaśniania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, nie przedstawiono na tę okoliczność bowiem żadnego wyliczenia czy szczegółowego wykazu składników cenotwórczych z tych dwóch pozycji (mimo iż zgodnie z art. 224 ust 5 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy), a nadto takie wyjaśnienie i przedstawione „na nowo” wyliczenie poszczególnych działów z formularza ofertowego stanowiło o zmianie treści oferty, doprowadziło wręcz do negocjowania cen za poszczególne części składowe oferty co jest niedopuszczalne w

świetle art. 223 ust 1 Pzp, a nadto naruszeniu zasady równego traktowania oferentów, którzy to wraz w ofertach wskazali jednoznacznie poszczególne ceny dla każdej z branż, a ceny te decydowały nie tylko o ich konkurencyjności ale również stanowiły podstawę do badania ich ofert w kontekście rażąco niskiej ceny.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. (Dz. U. 2021 poz. 2458) w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno- użytkowym, na etapie sporządzania kosztorysu Inwestorskiego (zwane dalej „Rozporządzenie”) Zamawiający musi stosować regulacje zawarte we wskazanym Rozporządzeniu. Zamawiający konstruując załączniki do SWZ, posługuje się siatką pojęciową zaczerpniętą z Rozporządzenia, co skutkuje koniecznością przygotowania ofert zgodnie z przepisami Rozporządzenia. Również wykonawcy posługują się definicjami wskazanymi w Rozporządzeniu, gdyż w przedstawianych ofertach nie przedstawiają odmiennych definicji używanych terminów. Takie rozwiązanie ma zagwarantować, że oferty sporządzane przez potencjalnych wykonawców będą skalkulowane na tych samych zasadach, a w konsekwencji będą dla Zamawiającego porównywalne oraz pozwolą ocenić czy Zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia.

Zamawiający, w ocenie Odwołującego, winien więc odrzucić ofertę AGZ jako, że finalnie brak jest rzetelnych i wiarygodnych wyjaśnień AGZ, a te które zostały złożone doprowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, czego Zamawiający się nie dopatrył i w konsekwencji doszło do nieprawidłowej oceny złożonej oferty, poprzez brak uznania, że oferta w/w, wykonawcy podlega odrzuceniu.

Dalej Odwołujący podał, że w dniu 02.12.2022 r. Odwołujący zawnioskował do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji przetargowej. W dniu 02.12.2022 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu wnioskowaną dokumentacją innych oferentów. Po przeanalizowaniu treści tych dokumentów Odwołujący doszedł do przekonania, że oferta AGZ powinna podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego. W związku z tym dnia 06.12.2022 r. skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazywał na nieprawidłowości i domagał się odrzucenia oferty AGZ wskazując na podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty. W dniu 30.12.2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Wykonawcę AGZ.

Konsekwentnie więc, Odwołujący podtrzymał stanowisko, że oferta wykonawcy AGZ zawiera rażąco niską cenę, i jest sprzeczna z treścią SWZ a wyjaśnienia Wykonawcy ogólnikowe, nie zawierające żadnych dowodów czy kalkulacji ceny oferty, powinny zostać uznane jako niezłożone i skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, podobnie jak wynikająca z treści wyjaśnień zmiana oferty AGZ, winna skutkować odrzuceniem oferty tegoż wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Odwołujący przywołał orzecznictwo w postaci, wyroku z 24.11.2017 r. KIO 2380/17, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.07.2014 r., sygn. akt. XXIII Ga 1293/14, wyroku KIO z dnia 21 października 2020 r., sygn. akt. KIO 2351/20, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 600/21.

Uszczegóławiając Odwołujący podał, że AGZ w złożonej przez siebie ofercie w pkt 1 wskazał dla każdej z wymaganych przez Zamawiającego branż ceny za jakie wykona dany zakres prac przypadający na daną część zadania i tak kolejno w pkt. 1 lit a „ branża drogowa wraz z organizacją ruchu” wskazał kwotę 9.400.000,00 zł, a w pkt 1 lit e oferty „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” wskazał 500.000.00 zł. Przedstawienie zatem przez AGZ w kwestii rażąco niskiej ceny wyjaśnienia jakoby oferta w zakresie wykonania branży drogowej wraz z organizacją ruchu wynosiła 8.490,000 zamiast pierwotnie wskazanych w ofercie 9.400.000,00 zł, a cena za wykonanie części składowej zamówienia w postaci małej architektury miała kosztować 1.450.000,00 zł zamiast wskazanej w ofercie kwoty 540.000,00 zł nie może być uznane za wyjaśnienie i uzasadnienie ceny złożonej w ofercie, szczególnie, że tej treści wyjaśnienie stanowi istotną zmianę oferty i naruszenie art. 223 ust 1 Pzp, ewentualnie, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że w ogóle nie doszło do złożenia wyjaśnień, gdyż za takie nie mogą być uznane złożone przez AGZ wyjaśnienia. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 lutego 2016 r.; sygn. akt KIO 76/16 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1224/19. Uwzględniając art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma legitymację do zażądania w toku b

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę treść oferty AGZ nie ulega wątpliwości, że zawiera ona rażąco niską cenę, a wynika to z faktu, że zaoferowana istotna część zadania a to „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” w kwocie 500.000,00 zł jest ceną rażąco niską, nie ma możliwości, ażeby wykonać tę część zadania w cenie zaproponowanej przez AGZ ponieważ nie funkcjonują takie na rynku.

Odwołujący wskazał, że jak wskazuje się w doktrynie i judykaturze, za rażąco niską należy uznać cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczone są m. in. przez 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 (por. wyrok SO w Warszawie z dnia 9.04.2010 r., sygn. IV Ca 1299/09).

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z treści art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez Zamawiającego cena za przedmiot zamówienia, z przepisu tego wprost wynika, że chodzi o odniesienie ceny do

przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Zatem w sytuacji, w której cena zaoferowana przez AGZ faktycznie w sposób znaczący odbiegała od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że cena ta jest rażąco niska. AGZ nie przedstawił ponadto jakichkolwiek dowodów potwierdzających jego twierdzenia w powyższym zakresie.

Nadto Odwołujący wskazał, że AGZ w swojej ofercie ujął ceny dumpingowe i niemożliwe do wynegocjowania, co szczegółowo opisano w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wskazał, że jego uzasadnione wątpliwości budzi możliwość i realność zweryfikowania oferty AGZ przez Zamawiającego, a to leżało w zakresie jego obowiązków.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie ma obowiązku wykazywać, że cena oferty AGZ jest ceną rażąco niską, to Zamawiający winien badać ofertę pod względem jej rzetelności, prawidłowości i okoliczności czy zawiera ceny realne, rynkowe oraz że zapewnia zarówno wykonanie każdej części zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, jak również osiągnięcie zysku przez wykonawcę. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty mimo, iż zawierała ona w poszczególnych pozycjach ceny rażąco niskie, w której to wartości nie da się wykonać zamówienia zgodnie z SWZ, a to stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14.03.2017 r., sygn. XXIII Ga 867/16.

Odwołujący na marginesie wskazał, że omawiane pojęcie istotnej części składowej odnosić należy do ceny oferty, a nie samego przedmiotu zamówienia. Mamy tu więc do czynienia z obowiązkiem badania istotności składnika cenowego, a nie rzeczowego. Istotna będzie zatem taka część składowa oferty, która w znacznym stopniu wpływa na koszty ponoszone przez Wykonawcę a taką bez wątpienia była branża „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku”. Skoro bowiem przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek badania, czy istotne części składowe oferty nie są rażąco niskie, to obowiązek ten został nałożony w konkretnym celu. Odwołujący podkreślił, że gdyby AGZ zawarł w swojej ofercie w zakresie branży „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” prawidłowe wartości i zakresy koniecznych do wykonania prac oraz odpowiednią realną cenę wszystkich pozycji z projektu, to jego oferta przewyższałaby wartość oferty odwołującego i skutkowałaby wyborem oferty firmy OBO.

Odwołujący podniósł, że jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, wyrazem zasady przejrzystości jest art. 253 ustawy Pzp, który ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez Zamawiającego procedur przetargowych. Wobec powyższego wykonawca dopiero po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Wykonawca ma prawo posiadania pełnej wiedzy o przesłankach, którymi kierował się Zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia. Odwołujący

przywołał wyrok Izby z dnia 11.08.2017 r., sygn. KIO 1577/17, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił natomiast, dlaczego uznał, że oferty złożone przez AGZ nie zawierają ceny rażąco niskiej. Powyższe okoliczności uzasadniają sformułowanie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, jak również zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 10 stycznia 2023 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

W dniu 14 stycznia 2023 r. wykonawca AGZ Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie.

W dniu 17 stycznia 2023 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, pisma procesowe stron i uczestnika postępowania wraz załącznikami, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca AGZ Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie (dalej Przystępujący lub AGZ). Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z pkt 2.2 SWZ przedmiotem zamówienia jest budowa alejek rowerowo-spacerowych wzdłuż rzeki Wisłok w Krośnie wraz z budową infrastruktury technicznej.

Zakres prac przewidzianych dla przedmiotowej inwestycji obejmuje m.in.:

- usunięcie warstwy humusu,
- wykonanie nasypów z dokopu i wkopów pod planowane alejki,
- budowę ciągów pieszo — rowerowych o długości około 2, 17 km,
- budowę zejść do plaż w km ok. 152+584,5 i w km ok. 152+698,7 rzeki Wisłok,
- przebudowę i budowę schodów terenowych przy obiekcie mostowym w ciągu ul. Niepodległości, • budowę łącznika ciągów pieszo — rowerowych z ul. Niepodległości,
- budowę stref odpoczynku,
- budowę dojazdów do nieruchomości,
- wykonanie obrukowania skarpy,
- wykonanie umocnienia skarp płytami ażurowymi betonowymi,
- wykonanie ograniczenia skarp przy użyciu palisad,
- budowę urządzeń służących odwodnieniu,
- wykonanie poboczy gruntowych oraz poboczy z kruszywa,
- zmianę ukształtowania terenu na gruntach przyległych do wód,
- reprofilację terenu, humusowanie wraz z obsianiem trawą,
- wykonanie zieleńców (zieleń niska — obsiew trawą),
- rozbiórkę ogrodzeń kolidujących z inwestycją,
- rekultywację terenu,
- budowę konstrukcji oporowych (wg projektu branżowego),
- wykonanie urządzenia wodnego, tj. ubezpieczenia prawego brzegu rzeki Wisłok — m. in. opaski faszynadowo-kamiennej, narzutu kamiennego (wg projektu branżowego),
- budowę oświetlenia (wg projektu branżowego),
- budowę monitoringu (wg projektu branżowego),
- budowę elementów małej architektury (wg projektu branżowego),
- przebudowę / zabezpieczenie istniejących sieci (wg projektów branżowych),
- wycinkę kolidującej zieleni (drzew, krzewów) oraz wykonanie zieleńców (zieleń niska — obsiew trawą) (wg projektu branżowego),
- wykonanie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, oznakowania poziomego i pionowego, balustrad (wg projektu branżowego),
- inne prace niezbędne do wykonania zadania, a nie wymienione powyżej.

W pkt 18 SWZ Zamawiający opisał sposób przygotowania ofert:

18.1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

18.2. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

(...)

W pkt 19 SWZ Sposób wyliczenia ceny – Zamawiający wskazał, że:

19.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o załączoną dokumentację projektową dla zadania, a zamówienie podlega rozliczeniu ryczałtowemu.

19.2. Wykonawca powinien dokładnie przeanalizować wszystko, co zostało zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz dokumentacji projektowej, aby przygotować swoją propozycję ceny oferty, będąc w pełni świadomym, że nie będzie ona podlegała zmianom w czasie trwania umowy, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w umowie.

19.3. Cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty wykonania robót budowlanych i zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ, np.:

- a) koszty ogólne, koszty zakupu, koszty pośredni, zysk;
- b) koszty dojazdu, podatków, opłat i inne czynników;
- c) koszty ubezpieczenia;
- d) koszty wynikające z zapewniania sprzętu, materiałów i innych środków;
- e) koszty usuwania wad i usterek stwierdzonych w realizowanym zamówieniu w okresie gwarancji.

19.4. Wynagrodzenie wykonawcy będzie wynagrodzeniem ryczałtowym i zostanie określone w oparciu o złożoną ofertę cenową. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

19.5. Kształtując cenę należy mieć na uwadze, że:

- a) zakres prac, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z niniejszą SWZ wraz z załącznikami,
- b) cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające ze SWZ wraz z załącznikami, jak również nie ujęte w niej, a niezbędne do wykonania zadania m.in.:
 - koszty zatrudnienia przez wykonawcę personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników niezaliczane do płac bezpośrednich, wynagrodzenia uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od wynagrodzeń, wynagrodzenia bezosobowe, które według wykonawcy obciążają daną budowę,
 - koszty zapewnienia na terenie budowy w granicach przekazanych przez Zamawiającego należytego ładu, porządku, opracowania planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz z wykonaniem jego zaleceń, obejmujących m.in. oznakowanie robót i zabezpieczenia warunków bhp, p.poż., wykonanie niezbędnych szczelnych zabezpieczeń (wydzielenia) stanowisk roboczych i miejsc wykonywanych robót oraz koszty zapewnienia takiej organizacji robót, aby nie utrudniły funkcjonowania placówki,

- koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego budowy oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów, koszty doprowadzenia i wyposażenia zaplecza tymczasowego w niezbędne media wraz z kosztami ich zużycia oraz uzyskaniem wymaganych warunków technicznych, koszty urządzenia placu budowy,
- koszt wykonania harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz jego aktualizacji w trakcie realizacji robót,
- koszty szczelnego zabezpieczenia stref wykonywanych robót budowlanych, koszty zabezpieczenia przed uszkodzeniem oraz naprawy i odtworzenia istniejących elementów zagospodarowania terenu uszkodzonych lub zniszczonych przez wykonawcę lub podmioty działające na jego rzecz w trakcie realizacji prac objętych zamówieniem,
- koszty wszelkich badań jakości materiałów, robót, prób i rozruchów, odbiorów technicznych wymaganych przepisami, z włączeniem badań i prób wykonywanych na dodatkowe żądanie Zamawiającego,
- koszty wykonania i utrzymania w stanie nadającym się do użytku wszystkich robót tymczasowych niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy,
- koszty uzyskania wymaganych zezwoleń oraz opłat za zajęcie niezbędnego na cele budowy terenu,
- koszty uporządkowania terenu budowy po wykonanych robotach do stanu pierwotnego wraz z naprawą ewentualnych szkód użytkownikowi oraz osobom trzecim,
- koszty pełnego nadzoru geologicznego przez uprawnionego geologa wraz z potwierdzeniem warunków gruntowych z założonymi projektowymi,
- koszty przebudowy przyłącza kanalizacji deszczowej i przyłącza elektroenergetycznego,
- koszty utylizacji materiałów z rozbiórki wraz z innymi kosztami towarzyszącymi z udokumentowaniem, że materiał został w prawidłowy sposób zagospodarowany lub zutylizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- koszt dokonania zmian w dokumentacji projektowej wprowadzonych na wniosek wykonawcy i wynikających z przyczyn od niego zależnych. W takim przypadku wszelkie kwestie formalne wymagane prawem budowlanym, jak też koszt robót budowlanych wynikających z tych zmian leżą w gestii wykonawcy. Zmiana taka wymaga akceptacji Projektanta i zatwierdzenia przez Zamawiającego,
- koszty ubezpieczenia wykonywanych robót budowlanych oraz urządzeń/materiałów od wszystkich ryzyk, które mogą wstąpić w czasie realizacji umowy oraz ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzeniem prac budowlano-montażowych z tytułu szkód na mieniu lub

- osobach trzecich, jakie mogą powstać w związku z wykonywaniem prac budowlanych na kwotę nie mniejszą niż cena ofertowa, dowód ww. ubezpieczenia wykonawca jest zobowiązany dostarczyć przy podpisaniu umowy,
- koszty zapewnienia stałych i bezpiecznych dojazdów dla istniejących budynków położonych w bliskim sąsiedztwie wykonywanych robót,
 - koszty czyszczenia kół środków transportowych oraz dróg z zanieczyszczeń spowodowanych transportem ziemi i gruzu z terenu budowy,
 - koszt dokumentacji powykonawczej,
 - koszty opracowania instrukcji użytkowania i konserwacji obiektu oraz sprzętu, wyposażenia i urządzeń dostarczonych i zamontowanych w ramach zrealizowanego przedmiotu zamówienia,
 - koszty zapewnienia takiej organizacji robót, aby prowadzone prace nie ograniczały w żaden sposób możliwości dojazdu służb technicznych, porządkowych i ratowniczych, ochrony do urządzeń ppoż. oraz nie stanowiły przeszkody na drogach ewakuacyjnych,
 - wszystkie inne, nie wymienione wyżej prace, czynności, usługi, materiały, sprzęt, robociznę oraz ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych objętych ww. zamówieniem oraz podyktowane przepisami technicznymi i prawnymi,
- c) niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie będą podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia wskazanego w ofercie,
- d) cenę obliczoną zgodnie z powyższym opisem wykonawca wpisze w stosownym punkcie formularza oferty.

Charakter przyjętego wynagrodzenia oznacza, że jeżeli rzeczywisty rozmiar lub koszt prac koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia przewyższy planowany, wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia.

Przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca nie może więc żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 S 1 K.c.).

W dniu 28 listopada 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 6: Branża Hydrotechniczna - Wykonawca prosi Zamawiającego o potwierdzenie, że w poz. 6 „Rozścielenie faszynady półce brzegowej, skarpie i w dnie” przedmiaru robót (opis zgodny z oryginałem) w ilości 1365,00 m³ zawarta jest całość materiału potrzebna do wykonania wyściółki faszynowej pod wykonanie opaski brzegowej i narzutu kamiennego wraz z mocowaniem z kieszek faszynowych.

Odpowiedź nr 6:

Zamawiający wyjaśnia, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym zadaniem Wykonawcy jest wykonanie całego zakresu robót zgodnie z projektem budowlanym i pozwoleniem na budowę. Ilości podane w przedmiarze robót są ilościami szacunkowymi. Roboty pominięte w przedmiarze, a wynikające z projektu budowlanego, muszą być realizowane w ramach zamówienia podstawowego i nie są robotami dodatkowymi, za które w ramach dodatkowego zamówienia przysługiwałoby odrębne wynagrodzenie.

Zgodnie z § 2 wzoru umowy Zakres i sposób wykonania przedmiotu umowy:

Na przedmiot umowy określony w § 1 składa się zakres rzeczowy robót budowlanych, który szczegółowo określa: specyfikacja warunków zamówienia, dokumentacja techniczna oraz oferta Wykonawcy wraz z Tabelą Elementów Rozliczeniowych (TER) stanowiące integralną część umowy.

Integralnymi składnikami Umowy są dokumenty, które do celów interpretacji mają pierwszeństwo zgodnie z następującą kolejnością:

- 1) Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) wraz z pytaniami i odpowiedziami oraz zmiany treści SWZ,
- 2) Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ),
- 3) wyjaśnienia udzielane na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych,
- 4) dokumentacja techniczna – projekt budowlany, projekt wykonawczy, STWiORB,
- 5) niniejsza umowa wraz z załącznikami i aneksami,
- 6) oferta Wykonawcy wraz z formularzami.

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert złożonych przez następujących wykonawców:

- 1) AGZ Sp. z o. o., ul. Gen. J. Hallera 6/3, 38-400 Krosno,
- 2) OBO Polska Sp. z o. o., ul. Stanisława Trembeckiego 11A, 35-234 Rzeszów,
- 3) ARMANCO Sp. z o. o., ul. Lwowska 17, 38-400 Krosno,
- 4) Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „BOGBUD” B. W., ul. Zielona 10, 38-480 Rymanów,
- 5) GEOSOLID Sp. z o. o., ul. Tadeusza Szafrana 5A LU1, 30-363 Kraków.

Ceny ofert:

- 1) 12 490 035,00 zł,
- 2) 12 787 898,97 zł,
- 3) 13 400 000,00 zł,
- 4) 13 861 518,30 zł,
- 5) 13 406 648,77 zł.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia: 8 177 049,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień wskazując, że: W trakcie badania Państwa oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu ustalono, że zaoferowana przez Państwa cena za wykonanie jednego z elementów zamówienia, tj. małej architektury i urządzeń w strefach odpoczynku (poz. „e” w pkt 1 formularza ofertowego) nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Zamawiający ustalił, iż cena ww. pozycji jest niższa o 74,57 % od szacowanej wartości przedmiotowej pozycji powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 67,68 % od średniej arytmetycznej cen we wszystkich złożonych ofertach.

„Mała architektura i urządzenia w strefach odpoczynku” jest istotnym elementem inwestycji, którego wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny i od którego, ze względu na jego merytoryczne znaczenie zależy osiągnięcie jednego z zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane.

W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwraca się do Państwa z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za wykonanie małej architektury i urządzeń w strefach odpoczynku.

Powyzsza regulacja nakłada na Zamawiającego obowiązek wszczynania procedury w każdym przypadku, gdy cena całkowita oferty lub jej istotne części składowe są niższe o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub od średniej arytmetycznej cen we wszystkich złożonych ofertach.

Element zamówienia jakim jest „Mała architektura i urządzenia w strefach odpoczynku” jest dla Zamawiającego istotny zarówno pod względem wartościowym jak i merytorycznym, ponieważ może zaważyć na zrealizowaniu zamówienia jako całości. (...)

W wyjaśnieniach należy również uwzględnić wszystkie inne koszty i okoliczności, które mają wpływ na obniżenie ceny. (...)

W odpowiedzi na to wezwanie AGZ w dniu 20 grudnia 2022 r. udzielił następujących wyjaśnień: W odpowiedzi na pismo znak ZP.272.121.2022 z dnia 14.12.2022 informujemy iż podtrzymujemy zaoferowaną kwotę ryczałtową 12.490.035,- zł. (słownie: dwanaście milionów czterysta dziewięćdziesiąt tysięcy trzydzieści pięć złotych). Powyższa kwota została wyliczona na podstawie materiałów dołączonych do postępowania. Technologia wykonania robót jak i materiały spełniają warunki określone w dokumentacji.

Informujemy iż rażąco niska cena w elemencie „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” wynika z błędnego przepisania wartości z kosztorysów. (elementy małej architektury ujęte zostały w innych branżach).

Prawidłowy podział przedstawiono poniżej:

- a) branża drogowa wraz z organizacją ruchu - 8.490.000,- zł,

- b) branża hydrotechniczna - 1.650.000,- zł,
 - c) budowa oświetlenia - 500.000,- zł,
 - d) budowa monitoringu - 400.035,- zł,
- mała architektura i urządzenia w strefach odpoczynku - 1.450.000,- zł.
- Suma poszczególnych elementów: 12.490.035,- zł

W dniu 30 grudnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej wskazując, że: Po dokonaniu oceny ofert ustalono, co następuje:

- 1) oferta nr 1 (tj. oferta Przystępującego) - zaproponowana przez wykonawcę cena za wykonanie jednego z elementów zamówienia, tj. małej architektury i urządzeń w strefach odpoczynku (poz. „e” w pkt 1 formularza ofertowego) nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Ustalono, iż cena ww. pozycji jest niższa o 74,57 % od szacowanej wartości przedmiotowej pozycji powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 67,68 % od średniej arytmetycznej cen we wszystkich złożonych ofertach.

W związku z tym Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za wykonanie małej architektury i urządzeń w strefach odpoczynku.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, z których wynika, że elementy małej architektury zostały ujęte w innych branżach i uwzględniono je w pkt 1, poz. „a” formularza ofertowego (branża drogowa wraz z organizacją ruchu).

Wobec powyższego należy uznać, że cena za wykonanie elementu zamówienia - mała architektura i urządzenia w strefach odpoczynku - nie jest rażąco niska i oferta nr 1 nie podlega odrzuceniu.

Ponadto wykonawca nr 1 spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości, a żaden z podnoszonych zarzutów nie potwierdził się.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Należy podkreślić, iż zgodnie przepisem 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesowi obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że w odniesieniu do zarzutów dot. ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. 537 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy.

Powyższe reguły dowodowe oraz ustalony stan faktyczny w sprawie doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzuty wobec zaniechań i czynności dokonanych przez zamawiającego w stosunku do oferty Przystępującego nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu.

Termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Oferta jest dedykowana dla konkretnego zamawiającego w odpowiedzi na jego konkretne potrzeby. Zawiera zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia za podaną cenę. W ocenie Izby, wykonawcy w niniejszym postępowaniu zobowiązywali się do wykonania zamówienia w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, zawierający m.in. projekt budowlany i pozwolenie na budowę za cenę określoną jako ryczałtowa - to stanowiło ich ofertę i w tym kontekście należało badać zarówno cenę pod kątem ceny rażąco niskiej oraz zgodności oferty z warunkami zamówienia. Izba doszła do tego przekonania, że brak było podstaw do nadania

wycenie w formularzu ofertowym pięciu branż waloru istotności, po analizie warunków zamówienia przygotowanych przez Zamawiającego. Zamawiający ustalił wynagrodzenie za realizację zamówienia jako wynagrodzenie ryczałtowe, a tym samym zobowiązał wykonawców do ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia i wykonania całego zakresu robót zgodnie z projektem budowlanym i pozwoleniem na budowę, niezależnie tak naprawdę od przedmiarów, w których, jak wskazał zamawiający ilości robót były szacunkowe, a ewentualne roboty pominięte w przedmiarze, a wynikające z projektu budowlanego i tak muszą być realizowane przez wykonawcę w ramach zamówienia podstawowego i nie są robotami dodatkowymi, za które w ramach dodatkowego zamówienia przysługiwałoby odrębne wynagrodzenie. Izba w dalszym ciągu podziela pogląd, wyrażony w przywołanym przez Przystępującego wyroku KIO z dn. 10 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO 1943/21 i uznaje go za adekwatny do niniejszej sprawy, że kwestią istotną w niniejszej sprawie jest kwestia rodzaju wynagrodzenia jaki zamawiający określił za przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazywał w dokumentach postępowania, iż mamy do czynienia z ceną ryczałtową. W ocenie Izby badanie istotnych elementów ceny gdy jest ona ceną ryczałtową może być uzasadnione w określonych okolicznościach, gdy zamawiający pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nada określonym dokumentom stanowiącym podstawę wyceny istotną rolę w rozliczaniu zamówienia i określi sposób ich przygotowania.

W niniejszym przypadku to na wykonawcy ciążył obowiązek wyceny przedmiotu zamówienia w oparciu o dokumentację przedstawioną mu przez zamawiającego i określenie faktycznego zakresu zamówienia gdyż przedmiary stanowiły jedynie dokument pomocniczy, a Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów obrazujących sposób wyceny zamówienia. W związku z tym, nie mogły być następnie podstawą do wyjaśnienia ceny za poszczególne branże, tym bardziej, że Zamawiający nie wymagał złożenia żadnych dokumentów obrazujących podstawę wyceny tych branż. Odwołujący podnosił, iż wskazanie cen za poszczególne branże było istotne w związku z tym, iż następnie te wyceny trzeba będzie przenieść do Tabeli elementów rozliczeniowych (TER) i powinny być one zbieżne z elementami zawartymi w przekazanych wykonawcom przedmiarach robót. Twierdzenie, to nie znalazło uzasadnienia w brzmieniu warunków zamówienia. Brak w SWZ postanowień wiążących przedstawione ceny za poszczególne branże z sporządzanym jako załącznik do umowy TER. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Przystępującego, że wycena poszczególnych branży nie ma żadnego znaczenia dla rozliczania umowy zgodnie z treścią jej projektu. Braku jakiegokolwiek powiązania elementów ceny wskazywanych w formularzu ofertowym tj. ceny dla pięciu branż z dalszą realizacją umowy i jakimikolwiek obowiązkami wykonawcy, także potwierdza pomocniczość i li tylko informacyjny charakter tych cen. Z tych też względów Izba nie podzieliła stanowiska

Odwołującego, że ceny za poszczególne branże stanowią oferty. Oferta jest jedna i obejmuje cały przedmiot zamówienia.

Izba podziela stanowisko zamawiającego oraz wyrażone w orzecznictwie np. w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dn. 24 czerwca 2019 r. o sygn. akt II Ca 928/19, iż co do zasady przyjmuje się, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna (z uwzględnieniem podstaw zmiany umowy wskazanych we wzorze umowy). Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny za poszczególne elementy robót, czy też jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Tymczasem zarzuty Odwołującego koncentrują się właśnie na cenach określonych branż – braku wyjaśnienia zaoferowanej ceny czy też braku wezwania do wyjaśnienia, które jak zostało wskazane powyżej nie są istotne dla oceny oferty. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. W ocenie Izby, ceny zaoferowane przez wykonawców za przedmiot zamówienia znacznie przekraczające wartość szacunkową zamówienia i dość do siebie zbliżone trudno uznać za rażąco niskie. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę.

Wobec powyższego, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał ani nie uprawdopodobnił wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny i konieczności odrzucenia oferty Przystępującego, czy też dalszego wzywania go do wyjaśnień odnośnie działu „budowa oświetlenia”. W związku z tym, Izba uznała również za bezpodstawne zarzuty skierowane wobec wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego.

W ocenie Izby, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie doprowadziły również do naruszenia zakazu prowadzenia pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym negocjacji złożonej oferty lub jej istotnej zmiany. Cena ryczałtowa i warunki wykonania zamówienia nie uległy zmianie, tak więc wskazanie na omyłkowe ujęcie elementów branży „mała architektura i urządzenia w strefie odpoczynku” w innych branżach, w ocenie Izby nie stanowi zmiany oferty, gdyż ta co do jej istoty pozostaje niezmienna. Wykonawca za określoną kwotę zobowiązał się wykonać określony przez Zamawiającego przedmiot zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania co do treści oferty, stwierdzić należy, iż oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia należy każdorazowo oceniać jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione oraz jaki zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada

wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SWZ. W tym kontekście Izba doszła do przekonania, że oferta Przystępującego nie narusza postanowień warunków zamówienia, a Odwołujący nie wykazał, że jest inaczej. W związku z tym, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że Zamawiający podzielił zadanie na 9 kosztorysów, lecz w formularzu ofertowym żądał wyceny 5 branż tak więc jeśli suma wartości tych 5 branż stanowi cenę oferty to oznacza, iż wykonawca nie uwzględnił w ofercie wyceny pozostałych branż (konstrukcyjno-budowlana oraz wodociągowo-gazownicza). We wszystkich ofertach poza ofertą Odwołującego ceny branż wskazanych w Ofercie sumują się do ceny oferty. W ocenie Izby Odwołujący przedstawił swoje przypuszczenie w tym zakresie, nie udowadniając, że wykonawcy nie ujęli kosztów pozostałych branż w cenie oferty. Podejście Odwołującego jest nieracjonalne ze względu na fakt, że cena za realizację zamówienia jest ceną ryczałtową, jak już wielokrotnie wskazywano powyżej, Zamawiający nie wymagał ujęcia w poszczególnych branżach konkretnych prac, a ponadto nie opisał w tym zakresie sposobu obliczenia ceny. Przystępujący oświadczył, że zamierza zrealizować za wskazaną ceną całość przedmiotu zamówienia. Ponadto Izba zwróciła uwagę na argumentację Przystępującego który w tym aspekcie wskazywał, że pozostałe branże czyli konstrukcyjna, gazownicza do których referował Odwołujący ujęte powinny być w branży drogowej gdyż są one nierozdzielnie związane z realizacją dróg. Tym samym, w ocenie Izby również ten zarzut podlegał oddaleniu.

Z tych samych względów co wskazane powyżej, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp tj. zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Także zarzut dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podlegał oddaleniu, jako niewykazany i nieudowodniony. Odwołujący nie skonkretyzował nawet jakiego rodzaju czynu nieuczciwej konkurencji dopuścił się Przystępujący składając ofertę.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp, jak również naruszenia art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający, jak ustaliła Izba, uzasadnił podstawy wyboru i przyczynę uznania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny wskazując na złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia.

Co do wszystkich podnoszonych zarzutów Izba, ze względów wyżej omówionych, nie dopatrzyła się naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Nadmienić należy, iż kwestie odrzucenia oferty wykonawcy GEOSOLID i nierównego traktowania wykonawców w tym aspekcie, wykraczają w ocenie Izby poza zarzuty podniesione w odwołaniu i określone wskazanymi tam podstawami prawnymi i faktycznymi.

Próżno szukać w odwołaniu argumentacji w tym zakresie. Dlatego, też zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie podlegają rozpoznaniu.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: