

Sygn. akt: KIO 2003/21

Sygn. akt: KIO 2017/21

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez odwołujących:

A. **PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz), (sygn. akt: KIO 2003/21),

B. **BPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** (ul. Glinki 148, 85-861 Bydgoszcz), (sygn. akt: KIO 2017/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz)**,

- przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie:

A. **BPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** (ul. Glinki 148, 85-861 Bydgoszcz) - sygn. akt: KIO 2003/21,

B. **J., R. P.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c., z siedzibą w Nakle nad Notecią** (ul. Młyńska 22, 89-100 Nakło nad Notecią) - sygn. akt: KIO 2003/21 i KIO 2017/21,

orzeka:

1. Oddała odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2003/21 i KIO 2017/21;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących: **PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz BPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez każdego odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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**.

.....

Sygn. akt: KIO 2003/21

Sygn. akt: KIO 2017/21

Uzasadnienie

Odwolania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy. Przedmiot zamówienia obejmuje: „ Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznych na terenie miasta Bydgoszczy w 2021 roku - Zadanie 1 – północ” nr referencyjny/ numer sprawy: 011/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Numer ogłoszenia- 2021/BZP 00030968/01 - z dnia 12 kwietnia 2021r.

Sygn. akt: KIO 2003/21

Wnoszący odwołanie wykonawca - PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (wykonawca Projbud/PROJBUD lub Odwołujący) z uwagi na odrzucenie jego oferty i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. podniósł zarzuty naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, art. 224 ust. 1 i 6 PZP, art. 16 pkt 1) PZP, albowiem oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niską cenę, a ocena Zamawiającego, że przedstawione dowody i wyjaśnienia uzasadniają rażąco niskiej ceny, jest nieprawidłowa; złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzały realność zaoferowanej ceny i możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 2) art. 239 ust. 1 PZP z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych w sytuacji, gdy oferta wykonawcy Projbud była najkorzystniejszą w określonych przez Zamawiającego kryteriach oceny;
- 3) art. 239 ust. 1 PZP , art. 274 ust. 1 PZP polegające na zaniechaniu wezwania Wykonawcy Projbud do złożenia dokumentów podmiotowych wymaganych w postępowaniu, a następnie zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo iż powinna ona zostać oceniona najwyżej w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach.

Wykonawca Projbud wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności odrzucenia oferty Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. i unieważnienia zaskarżonej czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. ; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu wezwania Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów wymaganych w postępowaniu w trybie art. 274 ust. 1 PZP; przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania w całości, na potwierdzenie

okoliczności wskazanych w niniejszym odwołaniu. Także wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazał, że (...) Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. posiada interes we wniesieniu odwołania. Złożył on ofertę, która jest najkorzystniejsza we wszystkich określonych przez Zamawiającego kryteriach, jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i chce je zrealizować. Odrzucenie jego oferty i wybór oferty konkurencyjnej uniemożliwiło wybór oferty Projbud jako najkorzystniejszej, narażając go na poniesienie szkody (utruty korzyści z realizacji zamówienia). Niniejsze odwołanie ma na celu doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem, w którym to oferta Projbud zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, niepodlegająca odrzuceniu, a następnie- po złożeniu dokumentów podmiotowych- wybrana w postępowaniu, zaś sam Projbud Drogownictwo będzie mógł zrealizować zamówienia”.

W uzasadnieniu podał, że „W ramach postępowania pod nazwą „Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznych na terenie miasta Bydgoszczy w 2021 roku - Zadanie 1 –północ” nr referencyjny/ numer sprawy: 011/2021, o wartości niższej niż progi unijne, Zamawiający-Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (ZDMIKP) dąży do wyboru wykonawcy robót budowlanych, polegających zgodnie z częścią V SWZ na wykonaniu na ulicach miasta Bydgoszczy remontu cząstkowego nawierzchni bitumicznej jezdni i chodników w formie figur kształtnych tj. prostokątów i kwadratów z krawężnikami równoległymi i prostopadłymi do osi jezdni oraz krawędzi chodnika, zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia. Szczegółowy zakres i warunki wykonania przedmiotu zamówienia, określają następujące dokumenty, stanowiące załączniki do SWZ: 1) opis przedmiotu zamówienia (OPZ) z załącznikami tj.: specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (SST), rysunki szczegółów, arkusz meldunkowy; 2) wzór kosztorysów ofertowych zawierających przedmiary robót dla zamówienia podstawowego i dla prawa opcji, 3) wzór umowy. Poza podstawowym zakresem zamówienia Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji. Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z opcji w pełnym lub częściowym zakresie. Przedmiot robót w ramach prawa opcji jest tożsamy z zamówieniem podstawowym (jest jego dokładnym powieleniem).

W postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców. Wykonawca Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. złożył ofertę najtańszą, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia z okresem gwarancji 18 miesięcy (najdłuższy dopuszczony przez Zamawiającego) i czasem rozpoczęcia robót od daty zgłoszenia przez Zamawiającego 1 dzień (najkrótszy przewidziany przez Zamawiającego). Oferta Projbud była zatem najkorzystniejsza we wszystkich przewidzianych przez Zamawiającego kryteriach. W dniu 25 maja 2021r. Zamawiający

wezwał Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. W wezwaniu wskazał, że:

- 1) przedstawiony przez Wykonawcę „Kosztorys ofertowy”, budzi wątpliwości Zamawiającego w pozycjach 1-5, co wymaga złożenia wyjaśnień; pozycje 2, 3, 4, 5 wykonywane w tej samej technologii, a wymagające użycia większego nakładu materiału wycenione są niżej (w stosunku do pozycji 1); pozycje 2, 3, 4, 5 wymagają użycia odpowiednio o 25%, 50%, 75%, 100% więcej materiału aniżeli pozycja 1, a wycenione są odpowiednio o 71%, 70,5%, 70%, 69% taniej.
- 2) Zamawiający wnosi także o wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny dla pozycji kosztorysu ofertowego 2 – 17 i 21 oraz 23 – 39, wycenionych odpowiednio (60-93% mniej w stosunku do cen inwestorskich oraz 53-92% mniej w stosunku do średniej ceny wynikającej ze złożonych ofert).

W związku z tym, Zamawiający zobowiązany jest uzyskać wyjaśnienia Wykonawcy, a ten może przedstawić dowody dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w celu wykazania, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że Wykonawca jest w stanie należycie zrealizować zamówienie przy zachowaniu wymagań postawionych w dokumentach przetargowych (SWZ z załącznikami). W dniu 31.05.2021r. Wykonawca złożył wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami. W szczególności wyjaśnił przyczyny takiej a nie innej kalkulacji i różnic pomiędzy pozycjami od 1 do 5 kosztorysu ofertowego, wskazując, iż najpierw skalkulował ceny dla wszystkich pozycji na minimalnym możliwym poziomie, a następnie dla poz. 1 przyjął znaczną rezerwę, która pozwoli mu skompensować ryzyko gospodarcze i ewentualne, nieprzewidziane wydatki, które z największym prawdopodobieństwem mogą wystąpić w odniesieniu do pozycji o najczęstszym (w jego ocenie) występowaniu praktycznym. Pismem z dnia 30.06.2021r. Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. (oraz oferty jeszcze dwóch innych wykonawców) i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawców działających w formie spółki cywilnej Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. Zamawiający uznał, że argumenty użyte w celu wyjaśnienia niezrozumiałych różnic w pozycjach kosztorysowych 1-5, a mianowicie wycenienie kilkakrotnie niżej prac wykonywanych w tej samej technologii, która wymaga od Wykonawcy zużycia większej ilości materiałów, Zamawiający uważa za bezpodstawne, a wyliczenie przedstawione w załączeniu wyjaśnień za nierzetelne, Komisja przetargowa proponuje odrzucić ofertę wykonawcy, gdyż w ocenie Zamawiającego przedstawione dowody i wyjaśnienia nie uzasadniają rażąco niskiej ceny. W zakresie szczegółowych argumentów Zamawiający podniósł:

1) Wykonawca założył błędne ilości materiału (mieszanki bitumicznej) do wykonania prac w poszczególnych pozycjach od 1 do 5, albowiem założony przez Wykonawcę wzrost ilości materiału w pozycjach 2-5 w stosunku do pozycji 1 jest zbyt mały;

2) przedstawione przez Wykonawcę wyliczenie zakładało identyczne wydajności pracy brygady wykonującej prace w pozycjach 1-5, co Zamawiający uznaje za wadliwą wycenę pozycji, gdyż pozycje te mimo identycznej technologii wykonania wymagają innego nakładu prac (większa głębokość wykonywanego remontu, większa ilość materiału do wybudowania). Zamawiający zwrócił również uwagę, iż dla podobnych prac (pozycje 23 -27 kosztorysu) Wykonawca założył zmienną wydajnością (malejącą wraz z zwiększeniem śr. grubości przeprowadzanego remontu).

3) w przedstawionym wyliczeniu w pozycjach 6-10 remonty (nawierzchni z użyciem recyklera grubości 4, 5, 6, 7, 8 cm) nie skalkulowano użycia emulsji asfaltowej co jest niezgodne SST.

4) w pozycji 11 przedstawionego wyliczenia (uzupełnienie 1m² kruszywem twardym o ciągły uziarnieniu frakcji 0-31,5 mm gr 5 cm) założono użycia 0,0348 t, co zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe, albowiem z jego wyliczeń wynika, iż po przeliczeniu na m³ daje to kruszywo o masie 0,7 t/m³, a zgodnie z wiedzą Zamawiającego nie ma takiego kruszywa twardego

5) Wykonawca założył błędne ilości materiału (mieszanki bitumicznej) do wykonania prac w poszczególnych pozycjach od 23 do 27, albowiem założony przez Wykonawcę wzrost ilości materiału w pozycjach 24- 27 w stosunku do pozycji 1 jest zbyt mały

Z powyższego zdaniem Zamawiającego wynika, iż powyższe wyjaśnienia i wyliczenia świadczą, że wycena tych pozycji została wykonana nieprawidłowo i nierzetelnie, a tym samym nie potwierdza, iż cena w poszczególnych pozycjach kosztorysu nie jest rażąco niska. Pozostaje nierozwiana pod względem merytorycznym wątpliwość, czy Wykonawca jest w stanie za tę cenę prawidłowo, zgodnie z SST oraz wymaganiami Zamawiającego, w sposób należyty, dający rękojmię i gwarancję wykonanych prac wykonać remonty w mieście. Powyższa decyzja Zamawiającego jest nietrafna i narusza przepisy. Wykonawca w sposób należyty wyjaśnił dokonaną kalkulację ceny i wykazał możliwość należytego wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie. Wykonawca podtrzymuje złożone wyjaśnienia. Podnoszone obecnie wątpliwości wynikają albo- z niezrozumienia przez Zamawiającego treści wyjaśnień złożonych w postępowaniu, albo- stanowią bezzasadną próbę odnalezienia domniemanych nieścisłości w sytuacji, w której nie ma ku temu podstaw.

W pierwszej kolejności Wykonawca zwraca uwagę, że cena złożonej przez niego oferty nie odbiega znacząco od innych, złożonych w postępowaniu (od oferty wybranej jest tańsza o ok. 13%), podobnie jej stosunek do ceny średniej (zawyżonej przez jedną z ofert, droższą od drugiej najmniej korzystnej o niemal 30%) oraz do wartości zamówienia oszacowanej przez

Zamawiającego nie przekracza progu z art. 224 ust. 2 PZP. W niniejszej sprawie nie zachodziło zatem domniemanie, iż cena jego oferty jest ceną rażąco niską.

Po drugie podkreśla, iż argumentacja podniesiona dla uzasadnienia odrzucenia jego oferty jest z gruntu wadliwa, albowiem nie doszło w żaden sposób do wskazania, jak rzekome nieścisłości w dokonanej przez niego kalkulacji przekładają się na weryfikację przez Zamawiającego ceny całej oferty (w której założono znaczną nadwyżkę nad kosztorysem minimalnym, przedłożonym jako dowód wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny). Tymczasem w doktrynie podkreśla się, że jakkolwiek przesłanką powzięcia wątpliwości co do zaistnienia w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny może być ocena odnosząc się do jej istotnej części składowej, a zatem badaniu przez Zamawiającego podlegać mogą również oferty, w których istotna część składowa została wyceniona w sposób powodujący powstanie tych wątpliwości, to jednak przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie- zniżenie ceny całkowitej (tak W. Dzierżanowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, (Warszawa 2018r). Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę z uwagi nawet nie- na zniżenie cen jednostkowych, ale na wątpliwości co do prawidłowości ich wzajemnej korelacji (!), nie odnosząc się ani do tego, czy są one w jego ocenie zbyt niskie (porównał je jedynie między sobą, bez wyprowadzenia wniosku ogólnego), ani do tego, czy w efekcie za rażąco niską uznał cenę całej oferty.

Co się zaś tyczy samych wątpliwości, podniesionych jako podstawa odrzucenia, Wykonawca wskazuje (i odnosi się to do wszystkich wątpliwości stanowiących podstawę odrzucenia), że wykazał zasadność dokonanej wyceny, przedstawiając kosztorys sporządzony w oparciu o KNR, a zatem zastosowane przez niego normy zużycia materiałów i wydajności odpowiadają wiedzy fachowej i powszechnie stosowanym w budownictwie. Przedłożona przez niego kalkulacja oparta o KNR jest zatem dowodem, że wykonanie zamówienia w założonej cenie jest możliwe.

Co do poszczególnych zastrzeżeń:

Ad. 1) różnice w zużyciu materiału między pozycjami 1-5 Ad. 5) różnice w zużyciu materiału między pozycjami 23-27

Wykonawca wskazał, że dowodowa kalkulacja zakłada w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach ceny minimalne, przy czym w odniesieniu do najbardziej ryzykownej z jego punktu widzenia pozycji (odpowiednio pozycja 1 i 23 w dwóch kwestionowanych przez Zamawiającego grupach zadań) cenę ofertową podwyższył adekwatnie do dokonanej przez siebie oceny ryzyka. Zupełnie błędne jest zatem dokonywanie przez Zamawiającego porównania cen jednostkowych zadań 1-5 i 23-27 w ten sposób, iż jako bazową przyjmuje on cenę z poz. 1 i 23, jest to bowiem sprzeczne ze

sposobem kalkulacji ceny ofertowej przez Wykonawcę. Jeżeli Zamawiający chciał porównać proporcję cen w poz. 1 – 5 i odpowiednio 23-27, winien jako bazowe przyjąć ceny z poz. 5 i 27, a następnie weryfikować, czy ceny pozycji dotyczących remontów o mniejszej głębokości są pomniejszone w odpowiedni sposób. Skoro zatem różnice między tymi pozycjami zdaniem Zamawiającego są niewielkie, to tym bardziej uzasadnia to cenę ofertową (Wykonawca założył zmniejszenie nakładów mniejsze, niż uznane przez Zamawiającego za akceptowalne. Zamawiający nie dokonał przy tym oceny ceny w poz. 2-5 jako takiej, a jedynie – wskazał, że niewiarygodna jest w jego ocenie proporcja tych cen do ceny z poz. 1, co jednak nie odpowiada wymaganiom przepisów PZP.

Ad. 2) Analogicznie jak w przypadku oceny zużycia materiałów, Zamawiający nietrafnie ocenił wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie nakładu pracy na poszczególne roboty. Jak już wskazano, Wykonawca kalkulował w pierwszej kolejności- ceny minimalne dla poszczególnych robót, zgodnie z normatywami narzucanymi przez KNR, a następnie- cenę ofertową, w sposób biznesowo uzasadniony. W efekcie przyjęcie nakładu robocizny na tym samym poziomie dla poszczególnych pozycji wynika jedynie z biznesowej kalkulacji, nie zaś z nierzetelności w wyliczeniu ceny, a wszystkie przyjęte założenia co do wymaganych nakładów są zgodne ze sztuką i wiedzą fachową. Na marginesie można jeszcze wskazać, że w poz. 1-5 przewidziane są roboty zasadniczo- zbliżone, realizowane przy pomocy urządzeń, a zatem realna różnica w wymaganych nakładach pracy nie przebiega, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, liniowo i nie wzrasta liniowo proporcjonalnie do głębokości naprawianego ubytku.

Ad. 3) Wątpliwość ma charakter sztuczny i sprzeczny z dokumentacją postępowania. Użycie emulsji zostało założone w materiałach pomocniczych, skalkulowanych w kosztorysie. Obowiązujące normy i zasady sztuki dla remontów z użyciem recyklera nie narzucają ani obowiązku jego wykorzystania, ani minimalnych poziomów nakładu tego elementu. Zamawiający ponadto powołuje się na sprzeczność takiego założenia z SST- podczas gdy dokumentacja postępowania nie zawiera SST dla tego rodzaju prac.

Ad. 4) Zamawiający w sposób błędny wylicza gęstość kruszywa, pomijając konieczność uwzględnienia materiałów pomocniczych. Dodatkowo odrzucenie oferty w oparciu o ten element cenotwórczy jest bezpodstawne i sprzeczne z art. 226 ust. 1 i 6 PZP. Pozycja kosztorysowa, do której odniósł się Zamawiający, stanowi 0,019% (dziewiętnaście tysięcznych procenta) ceny ofertowej i jako taka w żadnym razie nie może być uznana za istotny składnik ceny, który może być przesłanką odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską jej cenę.

Powyższe, zdaniem wykonawcy, wskazuje, że wyjaśnienia Wykonawcy są kompletne i potwierdzają realność zaoferowanej ceny, a także bezzasadność odrzucenia oferty Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. i w efekcie- zasadność niniejszego odwołania

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił: wykonawca BPRD Sp. z o.o. z Bydgoszczy oraz wykonawca: J., R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. z siedzibą w Nakle nad Notecią (wykonawca ZUK) - wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący wniósł opozycję do zgłoszonego przystąpienia wykonawcy ZUK, które zostało podpisane – zdaniem Odwołującego – nieprawidłowo tylko przez jednego ze współwłaścicieli - p. O. P..

Sygn. akt: KIO 2017/21

Wnoszący odwołanie wykonawca - BPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (wykonawca BPRD lub Odwołujący) z uwagi na odrzucenie jego oferty i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. podniósł zarzuty naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę wobec niewyjaśnienia zdaniem Zamawiającego przez Odwołującego wątpliwości co do ceny złożonej oferty, w sytuacji, w której:

1) uzasadnienie odrzucenia nie wskazuje na wątpliwości zamawiającego co do ceny oferty, a na zakwestionowanie sposobu różnicowania cen w poszczególnych pozycjach kosztorysu, co stanowi nieuprawnione wejście Zamawiającego w kompetencje Wykonawcy i pozaustawowy argument dla odrzucenia oferty,

2) wątpliwości stanowiące podstawę odrzucenia oferty nie znalazły odzwierciedlenia w treści wezwania do wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia w pełni odpowiadały treści wezwania i odnosiły się do wszystkich wskazanych w nich zagadnień,

3) pozycje kosztorysu ofertowego, budzące wątpliwości Zamawiającego, nie stanowią istotnych składowych ceny ofertowej,

4) złożone wyjaśnienia i załączone do nich dowody w dostateczny sposób uzasadniają zaoferowaną cenę i jej istotne części składowe, a oferta wybrana przez Zamawiającego jest o ok. 1,7% droższa, niż oferta Odwołującego i nie wzbudziła ona wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, co naruszyło reguły uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP z uwagi na wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZUK, podczas gdy

najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego) była oferta BPRD,

3. art. 274 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP z uwagi na wezwanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy ZUK, którego oferta była mniej korzystna w oznaczonych przez Zamawiającego kryteriach, niż oferta złożona przez BPRD.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 PZP wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości- na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia zaskarżonych czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Odwołującego poprzedzających je czynności badania i oceny ofert, oraz powtórzenia czynności badania ofert, wezwania Odwołującego na podstawie art. 274 ust. 1 PZP do złożenia dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu w postaci: wykazu robót budowlanych, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 UPZP
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Wskazał, że „*Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 PZP, jest bowiem podmiotem, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, która była drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertą spośród złożonych w Postępowaniu, a mając na uwadze odrzucenie oferty Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. – ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający, podejmując czynności z naruszeniem przepisów ustawy, w tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę, jednocześnie- utrzymując w postępowaniu i dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty ZUK, droższej od złożonej przez Odwołującego o ok. 1,7%.*

Odwołujący składając niniejsze odwołanie dąży do przywrócenia do postępowania złożonej przez siebie oferty, a w dalszej kolejności- do jej wyboru jako najkorzystniejszej. Jego interes przejawia się zatem w możliwości (w razie uwzględnienia niniejszego odwołania) uzyskania zamówienia w ramach toczącego się Postępowania, w którym jedyna korzystniejsza od złożonej przez Odwołującego oferta została odrzucona, a jego oferta jest ważna i nie powinna zostać wyeliminowana z postępowania. Odwołujący jest podmiotem w pełni

zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia, który na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP utracił możliwość zawarcia z Zamawiającym umowy na realizację zamówienia. Tym samym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania i realizacji zamówienia. Uwzględnienie odwołania umożliwi z kolei Odwołującemu zawarcie umowy z Zamawiającym i uzyskanie zamówienia”.

W uzasadnieniu zarzutów podał:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym (art. 275 ust. 1 PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Remonty częściowe nawierzchni bitumicznych na terenie miasta Bydgoszczy w 2021 roku - Zadanie 1 –północ”, o wartości niższej niż progi unijne, określone w przepisach wskazanych w art. 3 PZP, o nr sprawy (nr referencyjny) wskazanym w nagłówku. Zamówienie dotyczy robót budowlanych, polegających na wykonaniu na ulicach miasta Bydgoszczy remontu częściowego nawierzchni bitumicznej jezdni i chodników. Opis Przedmiotu Zamówienia, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (SST), oraz wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte były w załącznikach do SWZ. Zamówienie przewidywało również prawo opcji, polegające na wykonaniu takiej samej ilości tego samego rodzaju zadań. Warunki udziału w postępowaniu oraz inne warunki realizacji zamówienia określały poszczególne postanowienia SWZ. Zgodnie z rozdziałem XXI SWZ jako kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał: 1) cenę (60%)- w którym to kryterium punkty były przyznawane proporcjonalnie do ceny zaoferowanej oferty i ceny najniższej spośród nieodrzuconych ofert, 2) gwarancję jakości (20 %), w którym punkty przyznawane były w zależności od zaoferowanego okresu gwarancji (12 miesięcy- 0 pkt, 15 miesięcy- 10 pkt, 18 miesięcy- 20 pkt) oraz 3) czas rozpoczęcia robót od daty zgłoszenia przez Zamawiającego, w którym punkty przyznawane były w zależności od zaoferowanego czasu rozpoczęcia robót licząc od daty otrzymania zlecenia od Zamawiającego (2 dni – 0 pkt, 1 dzień – 20 pkt). Zamawiający określił, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska łącznie największą liczbę punktów we wszystkich kryteriach dowód: dokumentacja postępowania- SWZ wraz z załącznikami i zmianami. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego oferty złożyło 5 wykonawców: Odwołujący, wykonawca ZUK, Projbud Drogownictwo Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o. oraz REDON Nakło Sp. z o.o. W kryteriach pozacenowych wszyscy Wykonawcy zaoferowali maksymalny okres gwarancji i minimalny czas reakcji na zgłoszenie, różnice pomiędzy ofertami sprowadzały się do ceny. Najtańszą ofertę złożył Wykonawca Projbud Drogownictwo Sp. z o.o., II z kolei najtańszą- Odwołujący, a kolejne odpowiednio ZUK, REDON Nakło Sp. z o.o. i Strabag Sp. z o.o. Ceny oferty Odwołującego i ZUK różniły się o ok. 1,7%. Oferta Odwołującego nie była tańsza o więcej niż

30% ani od średniej cen złożonych ofert, ani od wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Dowód: dokumentacja postępowania- złożone oferty, protokół postępowania w części zawierającej określenie wartości zamówienia.

W dniu 21 maja 2021r. jeden z wykonawców (ZUK) złożył pismo, w którym wskazywał na rzekome nieprawidłowości w ofertach wykonawców, którzy złożyli oferty korzystniejsze od niego (Odwołującego i wykonawcy PROJBUD). Kierując się twierdzeniami zawartymi w tym piśmie Zamawiający w dniu 25.05.2021r wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP wskazując, iż istotne części składowe ceny ofertowej budzą jego wątpliwości. Zamawiający wskazał przy tym na ceny pkt. 1-5 kosztorysu ofertowego, które w jego ocenie pozostają w niewłaściwej proporcji, a także na potrzebę wyjaśnienia poz. 2-11, 13, 15 oraz 21-27 i 34 kosztorysu ofertowego. Pismem z dnia 31.05.2021r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, załączył do nich dowody (w tym- objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) w tym- kalkulację szczegółową dla poszczególnych pozycji. Powołał się na dostępne sobie korzystne okoliczności realizacji zamówienia, w tym- w zakresie kosztów pracy i cen materiałów. Wyjaśnił również różnice pomiędzy pozycjami 1-5 dostrzeżone przez Zamawiającego. Dowód: dokumentacja postępowania- pismo ZUK z dnia 21.05.2021r., wezwanie do wyjaśnień z dnia 25.05.2021r., wyjaśnienia z dnia 31.05.2021r. wraz z załącznikami. Pismem z dnia 9.06.2021r. (udostępnionym Odwołującemu w dniu 05.07.2021r.) Zamawiający wezwał do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 274 ust. 1 PZP) wykonawcę ZUK, pomijając wezwanie wykonawców, którzy złożyli oferty korzystniejsze (Odwołujący i wykonawca PROJBUD). Dowód: dokumentacja postępowania- wezwanie z dnia 09.06.2021r.

W dniu 30.06.2021r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ZUK oraz o odrzuceniu ofert Odwołującego, Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. i STRABAG Sp. z o.o. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie wyjaśnił w sposób przekonujący różnic w pozycjach kosztorysowych 1-5 w zakresie efektywności prac. Zdaniem Zamawiającego ma na to wskazywać różnica pomiędzy sposobem kalkulacji poz. 1-5 i kalkulacji poz. 23-27 kosztorysu, podczas gdy zdaniem Zamawiającego pozycje te są tożsame. Analogicznie Zamawiający podszedł do wskazywanych przez Wykonawcę różnic pomiędzy pozycjami 1-5 w zakresie zużycia materiałów. Powyższe przekonuje zdaniem Zamawiającego o nierzetelności kalkulacji i wadliwości wyjaśnień, uznanych za sprzeczne ze sztuką budowlaną. dowód: dokumentacja postępowania- zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert.

(...)

1. Zagadnienia ogólne – naruszenie reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców

Na wstępie Odwołujący zwraca uwagę na skrajnie niekonsekwentne, a przy tym naruszające reguły równego traktowania i uczciwej konkurencji działanie Zamawiającego, który potraktował jego ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę, a jednocześnie nie podjął żadnych kroków w celu wyjaśnienia ceny oferty ZUK. Tymczasem różnica ceny pomiędzy tymi ofertami wynosiła ok. 1,7% . Trudno zatem uznać za uzasadnione wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia ceny i następnie- odrzucenie jego oferty w sytuacji, w której oferta z niemal identyczną cenę nie wzbudziła u Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości. Warto przy tym zaznaczyć, że w odniesieniu do oferty Odwołującego nie zachodziło domniemanie z art. 224 ust. 2 PZP, które odnoszone może być wyłącznie- do łącznej ceny oferty (nie zaś do pozycji częściowych kosztorysu, co zdaje się uczynił Zamawiający). Jest przy tym oczywiste, iż inspiracją do skierowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień było pismo wykonawcy ZUK, którego oferta została następnie wybrana jako najkorzystniejsza bez odbierania od niego jakichkolwiek wyjaśnień. Taki stan rzeczy wskazuje na zastosowanie w postępowaniu podwójnych standardów przez Zamawiającego względem wykonawców biorących udział w postępowaniu a tym samym – na naruszenie naczelných zasad postępowania, uregulowanych w art. 16 pkt 1 PZP. Do naruszenia tego doszło najpewniej- na skutek zasugerowania się nierzetelnym i miejscami naruszającym dobra osobiste Odwołującego pismem wykonawcy ZUK, co jednak nie sanuje w żaden sposób niezgodności działań Zamawiającego z przepisami PZP.

2. Zagadnienia ogólne - uzasadnienie odrzucenia; treść wezwania; brak dodatkowe wezwania:

Odwołujący zwraca uwagę, że zakres skierowanego do niego wezwania, jakkolwiek dotyczył poszczególnych składników cenotwórczych (cen jednostkowych), to jednak był bardzo szeroki (ponad połowa pozycji kosztorysu ofertowego). Odwołujący wyjaśnił wszystkie wątpliwości Zamawiającego, wykazał zasadność zastosowanych stawek cen materiałów, robocizny etc. Żaden z tych elementów nie stał się źródłem wątpliwości Zamawiającego i nie został przez niego zakwestionowany. Przesłanką odrzucenia stała się natomiast wyłącznie- analiza porównawcza kalkulacji kosztorysowej dla poz. 1-5 kosztorysu ofertowego (w jednym aspekcie- przez porównanie z poz. 23-27) i zdaniem Zamawiającego- nietrafne założenia metodologiczne tej kalkulacji. W tej mierze należy podnieść, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest sprzeczne z jego podstawą prawną. Zamawiający nie analizuje bowiem wyjaśnień Odwołującego pod kątem realności zaoferowanej ceny (względnie cen jednostkowych), a pod kątem (przyjętych przez siebie) założeń metodologicznych i różnic pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu. Nie odnosi się jednak do kluczowej kwestii,

jaką jest to, czy w cenie zaoferowanej przez Wykonawcę możliwe jest, w świetle złożonych przez niego wyjaśnień, wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami SWZ i przepisów prawa. Już tylko z tego powodu zaskarżona czynność powinna zostać unieważniona. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do ingerencji w sposób kalkulowania oferty, który pozostaje w wyłącznej gestii Wykonawcy. Wykonawca jest wyłącznie uprawniony do oceny ryzyka gospodarczego i zastosowania metody kalkulacji, która odpowiada jego potrzebom i założeniom biznesowym, pozwalając zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami SWZ. Ustawa nie przewiduje odrzucenia oferty z uwagi na fakt, iż różnice pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu są nieadekwatne do założeń Zamawiającego. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia Wykonawcy, winien skupić się na ocenie, czy uzasadniają one zaoferowaną cenę, czego w ogóle nie uczynił, brnąc jedynie w schemat rozumowania narzucony mu przez konkurencyjnego Wykonawcę i beneficjenta takiego sposobu myślenia (ZUK) i dokonując pozbawionego podstaw (w świetle wyjaśnień Odwołującego) porównywania ofert w poz. 1-5 w modelu proponowanym przez ZUK poprzez proporcjonalne zwiększanie ceny między pozycjami (co jak można wywnioskować z oferty ZUK stanowiło przyjętą przez tego wykonawcę metodę kosztorysowania). Na marginesie można wskazać przy tym, że również oferta tego wykonawcy i proporcje pomiędzy cenami jednostkowymi w poz. 1-5 odbiegają od wskazywanych przez Zamawiającego (nie stanowią odpowiednio 25, 50, 75 i 100%) co poddaje w wątpliwość w ogóle przyjęty przez Zamawiającego tok rozumowania (niezależnie od tego, że nie przystaje on do wyjaśnień Odwołującego). Tymczasem bez znaczenia pozostaje, czy różnice pomiędzy poz. 1 a 5 są proporcjonalne do zakładanych przez Zamawiającego nakładów materiałowych. Ocenic należało, czy możliwe jest zrealizowanie zamówienia w założonej cenie, co zostało w pełni wykazane. W pewnym uproszczeniu przy zastosowaniu rozumowania Zamawiającego konieczne, ale i wystarczające byłoby zatem zweryfikowanie, czy rynkowa jest cena jednostkowa zaoferowana w poz. 5, albowiem jej rynkowość uzasadnia per se rynkowość cen w poz. 1-4 (w ocenie Zamawiającego jest to bowiem pozycja wymagająca największych nakładów materiału i robocizn). Zamawiający zaniechał przeprowadzenia tego typu wnioskowania. Co znamienne, Zamawiający nie podniósł nawet wątpliwości co do zaoferowanej ceny, a jedynie co do metody jej wyliczenia, kwestionując przyjęte poziomy nakładów materiałowych i nakładów robocizny. Tymczasem są one w każdym z przypadków zgodne ze sztuką i obowiązującymi normami. Zamawiający, powziawszy wątpliwości co do przyjętych nakładów robocizny i materiału (bo jak wynika z uzasadnienia odrzucenia- nie co do ceny) winien wezwać Wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie. Była to bowiem nowa okoliczność, nieobjęta pierwotnym wezwaniem. Zaniechanie tego rodzaju wezwania uniemożliwiło przedłożenie stosownego wyjaśnienia, które z pewnością usunęłoby wszelkie

wątpliwości. Zasada jednokrotności wezwania nie sięga bowiem tak daleko, by uniemożliwiła dodatkowe wezwanie do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie, który dotychczas nie był ujęty w wezwaniu, zaś obowiązek przedłożenia pełnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczy wyłącznie tego zakresu, który został wyraźnie wymieniony w treści wezwania.

3. Przyczyny odrzucenia wskazane w zawiadomieniu:

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia jego oferty, w którym Zamawiający kwestionuje sposób wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych jako niezgodny z założoną przez niego (w ślad za pismem ZUK) metodologią, a tym samym rzekomo niezgodny ze sztuką budowlaną, Wykonawca ponownie neguje, aby kalkulacji ceny ofertowej w poz. 1-5 dokonywał w sposób, który obecnie „bada” Zamawiający, a więc wyliczając cenę dla poz. 1 i proporcjonalnie podwyższając cenę dla po. 2-5. Kalkulacji dokonywał on w poszczególnych pozycjach odrębnie, każdorazowo przyjmując nakłady robocizny i materiałów, odpowiednio do założonej strategii biznesowej: minimalne (prace których ilość przewidziana w dokumentacji postępowania oraz zgodna z rozeznaniem Odwołującego wynikającym ze znajomości realiów lokalnych wykonywania tego rodzaju zamówienia jest najmniejsza) lub wyższe od minimalnych (prace, których częstotliwość będzie największa, a zatem największe jest ryzyko w razie nietrafności zastosowania założeń co do minimalnych nakładów materiałów i robocizny). Przekładając to na argumentację Zamawiającego- Odwołujący nie „zwiększał” ilości materiału koniecznego do wykonania prac w układzie od poz. 1 do 5, a wyceniając prace w poszczególnych pozycjach ustalał minimalny możliwy nakład materiałów (analogicznie robocizny) a następnie- adekwatnie do przyjętych założeń biznesowych do kalkulacji ceny ofertowej przyjmował nakład minimalny lub wyższy, odpowiednio zwiększając go w kosztorysie. Wszystkie przyjęte założenia odpowiadają jednak nie niższym niż minimalne, zgodne ze sztuką nakładom stosowanym w budownictwie drogowym. Jest to w pełni dopuszczalne i zgodne ze sztuką metoda działania przy wycenianiu robót budowlanych. Odwołujący podnosi przy tym, iż wobec udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania w toku postępowania, w których Zamawiający unikał jakiegokolwiek konkretyzacji miejsc i ilości wykonywania poszczególnych prac (remontów nawierzchni), dokonał samodzielnego rozpoznania terenu i oszacowania ilości prac poszczególnego typu, w tym- ewentualnej czasochłonności ich realizacji i te założenia uwzględnił w dokonanej wycenie. Jak już podkreślono w wyjaśnieniach z dnia 31.05.2021r. (które Odwołujący podtrzymuje w całości, argumentację w nich zawartą czyniąc argumentacją niniejszego odwołania), pozwoliło to na przyjęcie, że najbardziej czasochłonne (wymagające największego nakładu robocizny) a w konsekwencji również- grożące największymi stratami materiałowymi okażą się najprawdopodobniej prace z poz. 1

kosztorysu ofertowego (najpłytsze ubytki). Są to bowiem najczęściej występujące w praktyce uszkodzenia nawierzchni w obszarze objętym zamówieniem. Co więcej, to właśnie one wykazują się największą nieregularnością (zwiększenie nakładu pracy na wycinanie, przestawianie urządzeń, ew. ręczne docinanie etc.), w przeciwieństwie do ubytków głębszych, w których prace w większym stopniu będą mogły być zmechanizowane. Są one również rozsięte na większych przestrzeniach, co zwiększa nakład robocizny związany z przemieszczaniem sprzętu, jego ponowną kalibracją etc. Do tego dochodzą tak oczywiste kwestie, jak to, że w przypadku głębszych ubytków nakład robocizny jest mniejszy na jednostkę miary kosztorysowania, albowiem krótszy będzie czas poświęcony np. na obsługę urządzeń (tożsama ilość materiału zostanie rozłożona w krótszym czasie w jednym miejscu, bez potrzeby przemieszczania się). W tych zatem pozycjach, które Zamawiający błędnie przyjął jako bazowe dla swoich obliczeń, założone nakłady robocizny i materiału są wyższe niż minimalne (uwzględniając mniejszą efektywność i większe ryzyko strat materiałowych), co zaburza bezzasadnie przyjmowaną przez Zamawiającego uproszczoną proporcję i świadczy raczej- o większej rzetelności Odwołującego, który mógł założyć w każdym przypadku minimalne nakłady, czego jednak realnie oceniając warunki wykonywania zamówienia nie uczynił. Inaczej rzecz ujmując- rozumowanie Zamawiającego obarczone jest błędem, albowiem błędny jest punkt wyjścia. Bazą dla tego rodzaju rozumowania mogłoby być ewentualnie- zweryfikowanie, która pozycja została wyceniona w oparciu o minimalny możliwy nakład, przy czym nie jest nią pozycja 1. Zupełnie bezzasadne jest także porównanie sposobu kalkulacji w poz. 1-5 z kalkulacją w poz. 23-27 w zakresie zakładanej „efektywności” pracy. Prace w tych pozycjach, choć podobne, nie są jednak takie same i właśnie przewidywany czas pracy poświęcony na wycinanie (i związane z nim ryzyko zwiększonych nakładów sił roboczych i materiału) sprawia, że w odniesieniu do poz.1-5 zasadne było w ocenie Odwołującego przyjęcie odwrotnie proporcjonalnych założeń co do nakładu robocizny (zwiększenie go ponad minimalny w założeniach kosztorysowych dla pozycji remontów uszkodzeń o mniejszej głębokości i przyjęcie minimalnych założeń dla uszkodzeń głębszych) i spłaszczenie proporcji zużywanego materiału (zwiększenie założeń co do zużycia w pozycjach dot. remontu płytszych uszkodzeń). W pozycjach 23-27 takiego założenia (wobec nieobjęcia nimi wycinania) czynić nie trzeba, stąd Odwołujący takiego zwiększenia nie dokonywał. Dodatkowo pozycje 23-27 mają nieporównywalnie mniejszy udział w całym zamówieniu (największa z nich poz. 23 stanowi ok. 1,4% ceny ofertowej), niż pozycje 1-5 (a zwłaszcza poz. 1), stąd mniejszym ryzykiem obarczone było przyjęcie normatywów minimalnych lub do nich zbliżonych.

Reasumując podał, że Zamawiający uzasadnienie dla odrzucenia jego oferty upatruje w wątpliwościach co do kalkulacji cen jednostkowych, przy czym nie neguje cen z poz. 1

kosztorysu ofertowego. Tymczasem pozycja ta odpowiada za niemal połowę ceny ofertowej. Skoro tak, to nietrafne jest uznanie poz. 2-5 (które w istocie rzeczy podważać próbuje Zamawiający, a które stanowią odpowiednio 14%, 4%, 1,2% i 0,7 % ceny ofertowej) za istotne składniki ceny ofertowej. W rezultacie odrzucenie oferty z uwagi na wątpliwości co do tych pozycji nie znajduje podstaw w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 PZP.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: J., R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c., z siedzibą w Nakle nad Notecią (wykonawca ZUK Pilarski) wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego – strony do której zgłoszono przystąpienie. Odwołujący BPRD wniósł opozycję do zgłoszonego przystąpienia wykonawcy ZUK z uwagi na to, że zgłoszone przystąpienie zostało podpisane – zdaniem Odwołującego – nieprawidłowo tylko przez jednego ze współwłaścicieli - p. O. P.

Izba nie uwzględniła wnoszonych opozycji do zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę: J., R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c., z siedzibą w Nakle nad Notecią w sprawie o sygn.. akt: KIO 2003/21 i KIO 2017/21.

Odwołujący w opozycjach - wskazując na art. 526 ust. 1 Pzp – podnosili, że wykonawca ZUK Pilarski zgłosił przystąpienie pismem z dnia 09.07.2021r., które to pismo zostało podpisane przez osobę, która nie posiada zdolności do bycia pełnomocnikiem w rozumieniu art. 510 Pzp. Brak ten ma charakter nieusuwalny, a tym samym złożone pismo nie wywołuje skutków prawnych, zaś samo przystąpienie należy uznać za bezskuteczne. Szczególnie wykonawca BPRD – w pisemnym stanowisku – podkreślał, że udzielenie pełnomocnictwa nie jest skuteczne, jeżeli osoba, której udzielono pełnomocnictwa, w rzeczywistości nie jest (nie może być) pełnomocnikiem procesowym. Czynności procesowe podejmowane przez taką osobę nigdy nie wywrą skutków prawnych dla zastępowanej strony. Wskazał na doktrynę i uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 8.07.2008r., III CZP 154/07. Ponadto wskazali, że z art. 510 Pzp wynika, że pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym może być ściśle określony, zamknięty katalog podmiotów, do którego należą adwokaci, radcowie prawni, osoby sprawujące zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoby pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi

w zakres tego zlecenia. Osoba podpisująca pismo zawierające przystąpienie - Pani O. P., powołuje się na fakt bycia „współwłaścicielem” firmy, jednoznacznie działa zatem jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (taki bowiem jest status prawny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólników Spółki cywilnej), na podstawie pełnomocnictwa od pozostałych współwystępujących w przetargu wykonawców. Tymczasem jeden ze wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców nie należy do kręgu osób, o których mowa w art. 510 ust. 1 i 2 Pzp. Ponadto w pisemnym stanowisku do sprawy o sygn. akt: KIO 2017/21 wskazano: *„W tym przedmiocie, jeszcze w poprzednim stanie prawnym na tle analogicznie ukształtowanego art. 87 kpc i skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wyowiadały się jednoznacznie sady powszechne. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 stycznia 2018 r. XXIII Ga 575/17 podkreślono (analizując dalsze pełnomocnictwo udzielone pełnomocnikowi przez Lidera Konsorcjum), że lider konsorcjum nie może być pełnomocnikiem w rozumieniu art. 87 kpc. Wobec analogicznego do art. 87 kpc brzmienia art. 510 PZP, tak samo należy traktować sytuację jednego z wykonawców wspólnie występujących w przetargu w postępowaniu odwoławczym regulowanym przepisami art. 506 i nast. PZP. Należy również wskazać, że wniesienie odwołania (analogicznie- przystąpienia do postępowania odwoławczego) jest łącznym uprawnieniem konsorcjantów a zatem w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy występujący wspólnie, to im wszystkim razem, a nie każdemu z osobna, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie (por. postanowienie KIO z dnia 6 czerwca 2011r., ws. KIO 1129/11). Tym samym Pani O. P. nie była uprawniona do złożenia przystąpienia zarówno - jako pełnomocnik (z uwagi na nieposiadanie cech podmiotowych wymaganych w art. 510 PZP), ani we własnym imieniu jako jeden ze wspólników spółki cywilnej (jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). Powyższe powoduje, że osobę podpisującą przystąpienie należy uznać za nieuprawnioną, a tym samym dokonane przez nią czynności za bezskuteczne”.*

Zgodnie z art. 526 ust.2 Pzp, Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddała opozycję. Na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga do sądu.

W zgłoszonych opozycjach wnioskodawcy nie uprawdopodobnili, że wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Tak jak wykonawca podał w zgłoszonym przystąpieniu, co w opozycjach nie było kwestionowane, (...) *posiada interes w*

uzyskaniu orzeczenia na korzyść Zamawiającego, polegający na tym, że Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą, co doprowadzi do udzielenia zamówienia Przystępującemu. Jednak na skutek wniesienia przez Odwołującego odwołania wybór oferty Przystępującego został podważony, co w konsekwencji może uniemożliwić Przystępującemu uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Tym samym interes Przystępującego w uzyskaniu orzeczenia na korzyść Zamawiającego czyli oddalenia w całości odwołania jest bezsporny". Wskazał ponadto, że zarzuty przedstawione w odwołaniach z dnia 05 lipca 2021r. nie zasługują na uwzględnienie, (...) ponieważ przedłożona w ramach postępowania oferta Odwołujących została słusznie i prawidłowo odrzucona na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności badania i oceny ofert zostały przeprowadzone przez Zamawiającego w sposób prawidłowy i zgodny z wymogami ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji. To z kolei doprowadziło do wyboru oferty Przystępującego do postępowania jako najkorzystniejszej".

Izba wskazuje ponadto, że stosownie do postanowień art. 525 Pzp, także z urzędu bada skuteczność przystąpienia m.in. czy przystąpienie zostało podpisane przez podmiot uprawniony do reprezentowania wykonawcy zgłaszającego przystąpienie. W tym przypadku Izba stwierdziła, że w ofercie wskazano na sposób reprezentacji spółki na etapie składanej oferty i na etapie umowy. Jako reprezentująca spółkę na etapie oferty wskazana została p. O. P. i stąd udzielone upoważnienie zarówno z dnia 7.05.2021 r. jak i 7.07.2021 r. przez wspólników. Izba zwraca także uwagę, że w treści upoważnienia nie wskazano, że p. O. P., działa jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J., R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c., z siedzibą w Nakle nad Notecią, podpisujący to pełnomocnictwo. Izba zwraca również uwagę, że wspólnik spółki cywilnej może być przez spółkę zatrudniony na podstawie umowy o pracę, a także w innej formie. Przepisy kodeksu cywilnego nie wyłączają takiej możliwości. W konkluzji Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do kwestionowania skuteczności zgłoszonego przystąpienia z uwagi na okoliczności powoływane przez wnoszących odwołania wykonawców.

Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie podlegają uwzględnieniu.

Kluczowe zarzuty podnoszone w odwołaniach dotyczą naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z jej art. 224 ust. 1, 5 i 6 oraz art. 16 pkt 1) Pzp.

Wykonawca PROJBUD (sygn. akt: KIO 2003/21) kwestionując odrzucenie oferty i wskazując na naruszenie tych przepisów, w przypadku art. 224 na ust.1 i 6 Pzp, stwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niską cenę, a ocena Zamawiającego, że przedstawione dowody i wyjaśnienia uzasadniają taki wniosek jest nieprawidłowa. Złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzały realność zaoferowanej ceny i możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca także wskazał, że dowodowa kalkulacja zakłada w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach ceny minimalne, przy czym w odniesieniu do najbardziej ryzykownej z jego punktu widzenia pozycji (odpowiednio pozycja 1 i 23 w dwóch kwestionowanych przez Zamawiającego grupach zadań) cenę ofertową podwyższył adekwatnie do dokonanej przez siebie oceny ryzyka.

Wykonawca BPRD z kolei (sygn. akt: KIO 2017/21) wskazał, że naruszenie powołanych przepisów i odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jest skutkiem niezasadnego przyjęcia przez Zamawiającego, że wykonawca nie wyjaśnił wątpliwości co do ceny złożonej oferty, w sytuacji, w której: 1) uzasadnienie odrzucenia nie wskazuje na wątpliwości zamawiającego co do ceny oferty, a na zakwestionowanie sposobu różnicowania cen w poszczególnych pozycjach kosztorysu, co stanowi nieuprawnione wejście Zamawiającego w kompetencje Wykonawcy i pozaustawowy argument dla odrzucenia oferty; 2) wątpliwości stanowiące podstawę odrzucenia oferty nie znalazły odzwierciedlenia w treści wezwania do wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia w pełni odpowiadały treści wezwania i odnosiły się do wszystkich wskazanych w nich zagadnień; 3) pozycje kosztorysu ofertowego, budzące wątpliwości Zamawiającego, nie stanowią istotnych składowych ceny ofertowej; 4) złożone wyjaśnienia i załączone do nich dowody w dostateczny sposób uzasadniają zaoferowaną cenę i jej istotne części składowe, a oferta wybrana przez Zamawiającego jest o ok. 1,7% droższa, niż oferta Odwołującego i nie wzbudziła ona wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, co naruszyło reguły uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdził, że poz. 1 kosztorysu ofertowego odpowiada za niemal połowę ceny ofertowej. Skoro tak, to nietrafne jest uznanie poz. 2-5 (które w istocie rzeczy podważać próbuje Zamawiający, a które stanowią odpowiednio 14%, 4%, 1,2% i 0,7 % ceny ofertowej) za istotne składniki ceny ofertowej.

Zamawiający w wezwaniach (pisma z dnia 25/5/2021) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust.1 Pzp w ich punkcie I. podał: „Zgodnie z art. 224 ust. 1 UPZP w związku z art. 224 ust 4 UPZP — „Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich części składowych.”

W wezwaniu skierowanym do wykonawcy PROJBUD w punktach II –III stwierdził:

„II. Uwagi Zamawiającego:

1) przedstawiony przez Wykonawcę „Kosztorys ofertowy”, budzi wątpliwości Zamawiającego w pozycjach 1-5, co wymaga złożenia wyjaśnień; w tej samej technologii, a wymagające użycia większego nakładu materiału wycenione są niżej (w stosunku do pozycji 1); pozycje 2, 3, 4, 5 wymagają użycia odpowiednio 0 25%, 50%, 75%, 100% więcej materiału aniżeli pozycja 1, a wycenione są odpowiednio 0 71%, 70,5%, 70%, 69% taniej.

2) Zamawiający wnosi także o wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny dla pozycji kosztorysu ofertowego 2 — 17 i 21 oraz 23 — 39, Wycenionych odpowiednio (60-93% mniej w stosunku do cen inwestorskich oraz 53-92% mniej w stosunku do średniej ceny wynikającej ze złożonych ofert).

III. W związku z tym, Zamawiający zobowiązany jest uzyskać wyjaśnienia Wykonawcy, a ten może przedstawić dowody dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w celu wykazania, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że Wykonawca jest w stanie należycie zrealizować zamówienie przy zachowaniu wymagań postawionych w dokumentach przetargowych (SWZ z załącznikami). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust.5 UPZP. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu oferty, a ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt”.

W wezwaniu z kolei skierowanym do wykonawcy BPRD w punktach II –III wskazał:

„II. Uwagi Zamawiającego :

1) przedstawiony przez Wykonawcę „Kosztorys ofertowy”, budzi wątpliwości Zamawiającego w pozycjach 1-5, co wymaga złożenia wyjaśnień; pozycje 2, 3, 4, 5 wykonywane w tej samej

technologii, a wymagające użycia większego nakładu materiału wycenione są niżej (w stosunku do pozycji 1); pozycje 2, 3, 4, 5 wymagają użycia odpowiednio 0 25%, 50%, 75%, 100% więcej materiału aniżeli pozycja 1, a wycenione są odpowiednio 0 71%, 70,5%, 70%, 69% taniej.

2) Zamawiający wnosi także o wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny dla pozycji kosztorysu ofertowego 2 — 11, 13, 15 oraz 21-27 i 34, wycenionych odpowiednio (43-88% mniej w stosunku do cen inwestorskich oraz o 22-67% mniej w stosunku do średniej ceny wynikającej ze złożonych ofert).

III. W związku z tym, Zamawiający zobowiązany jest uzyskać wyjaśnienia Wykonawcy, a ten może przedstawić dowody dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w celu wykazania, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że Wykonawca jest w stanie należycie zrealizować zamówienie przy zachowaniu wymagań postawionych w dokumentach przetargowych (SWZ z załącznikami). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust.5 UPZP. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu oferty, a ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt.

Wykonawca PROJBUD w odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 31/05/2021) podał:

Według pkt I.: Wezwanie dotyczy tylko niektórych pozycji kosztorysu, a „cena całej oferty nie odbiega od innych, złożonych w postępowaniu (różnice cen 3 najkorzystniejszych ofert mieszczą się w 13%), zaś jej stosunek do średniej (zawyżonej dodatkowo przez jedną z ofert, której cena odbiega od drugiej najmniej korzystnej o ponad 850 tys. zł tj. niemal 30% i o niemal 600 tys. przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia odpowiadającą ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia) oraz do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego nie przekracza progu z art. 224 ust. 2 PZP, nie zachodzi zatem domniemanie, iż jest ona ceną rażąco niską”. (pkt I pisma);

1) Według pkt IV. Oznaczonego: Kalkulacja szczegółowa”: „Wykonawca jako dowód zaoferowania ceny realnej, umożliwiającej należyte wykonanie zamówienia zgodnie z treścią SWZ, przedkłada szczegółową kalkulację/bazę dla złożonej oferty i dowód realności podstaw i sposobu skalkulowania przez niego oferty. Ponieważ wątpliwości Zamawiającego dotyczą de facto cen jednostkowych, zamówienie podstawowe i w ramach prawa opcji obejmują tożsamy zakres prac (zamówienie opcjonalne stanowi podwojenie ilości zamówienia

podstawowego), a ceny zaoferowane w postępowaniu przez Wykonawcę są tożsame dla zamówienia tak podstawowego, jak opcjonalnego, załączony kosztorys przedstawia sposób kalkulacji cen dla zamówienia podstawowego a Wykonawca oświadcza, że kalkulacja dla prawa opcji jest tożsama z załączoną”. Dalej podał, że ten kosztorys został wykonany (...) w oparciu o powszechnie stosowany uznany w budownictwie model kosztorysowania z wykorzystaniem katalogu nakładów rzeczowych (KNR), które zawierają stawki odpowiadające przeciętnym stawkom rynkowym dla poszczególnego rodzaju usług i świadczeń a także stanowią dowód pracochłonności określonych czynności (tak co do pracy ludzkiej, jak i pracy sprzętu) a także normatywy kosztów pośrednich i zakupowych”. Wskazał ponadto dalej (str 4), że: „W ofercie Wykonawca uwzględni elementy ujęte w SWZ i załącznikach do niej, w tym OPZ, SST i postanowieniach umowy, oraz wszystkie koszty niezbędne do poniesienia w związku z realizacją zamówienia, w szczególności (...) i tu wymienił takie tytuły jak: koszty robocizny (...), koszty pracy sprzętu (...), koszty materiałów (...), koszty operacyjne związane z zakupami wskazując w ostatnim tirecie na (...) związane z zakupami wszelkie koszty pośrednie w wysokości 45% wartości kosztów w tym koszty związane z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (...). Dalej wskazał (str 5) na obiektywny charakter kalkulacji, także na metodologię podając: „W zakresie poszczególnych pozycji Wykonawca zastosował metodologię, wg której do wyceny przyjmował rynkowe, założony poziom kosztów zakupu i kosztów pośrednich oraz każdorazowo kalkulował zysk na ustalonym przez siebie poziomie, określając szczegółowe ceny jednostkowe. Wykonawca, bazując na posiadanym doświadczeniu, znajomości terenu wykonywania prac, doświadczeniu pracowników i władz spółki w realizacji podobnych prac (np. na zlecenie Zamawiającego tylko w ostatnim czasie - awaryjne remonty kanalizacji deszczowej w ramach postępowania 073/2020 czy remonty ulic i chodników w ramach postępowania 076/2020) oraz przy analizie szczegółowego zakresu obowiązków określonych w SWZ i załącznikach do niej, dokonał własnej oceny ryzyka wstąpienia poszczególnych prac (biorąc pod uwagę deklarowany przez Zamawiającego planowany rozmiar poszczególnych prac i kosztorysowe wynagrodzenie oraz możliwość zmniejszenia zakresu zamówienia nawet- do 30% jego planowanych rozmiarów- zał. nr 4a i 4b do SWZ, 5 5 ust. 2 i 4 Projektowanych Postanowień Umowy) i dostosował do niego w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu. W szczególności zastosował mniejsze ceny jednostkowe w pozycjach, których wystąpienie uznał za mniej prawdopodobne, do czego był w pełni uprawniony w sytuacji, w której całkowita wartość oferty pozwala na należyte wykonanie zamówienia i osiągnięcie zysku na założonym poziomie. Co więcej tak sporządzona kalkulacja pozostaje realna również w odniesieniu do poszczególnych pozycji”. Podał także (str 5): „Odnosząc się jeszcze do szczegółowo wskazanej przez Zamawiającego wątpliwości,

związanej z różnią pomiędzy cenami jedn. W poz. 1 i poz. 2-5 kosztorysu wskazują, iż z sygnalizowaną w części III metodologią Zamawiający ocenił, iż największe ryzyko gospodarcze związane jest dla niego z realizacją poz. 1 kosztorysu, którą ocenia jako potencjalnie na częściej występującą. W konsekwencji poz. 2-5 zaoferował on w cenie minimalnej, odpowiadającej zaś dla poz. 1 przyjął znaczną rezerwę, która pozwoli mu skompensować ryzyko gospodarcze i ewentualne, nieprzewidziane wydatki, które z największym prawdopodobieństwem mogą wystąpić w odniesieniu do pozycji o najczęstszym (w jego ocenie) występowaniu praktycznym. W efekcie powyższych założeń na cenie ofertowej dla całości zamówienia osiągnął znaczną nadwyżkę wartościową nad szczegółowym kosztorysem (już po uwzględnieniu zysku), którą może przeznaczyć na koszty nieprzewidziane i operacyjne oraz która pozwala mu zmniejszyć ryzyko związane z niepewnością co do ostatecznego kształtu i rozmiarów zamówienia w poszczególnych pozycjach". W konkluzji stwierdził, że „Powyższe przekonuje, że kalkulacji dokonał w sposób rzetelny i realny uwzględniający wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia i osiągnięcie zysku, a wykonanie w zaoferowanej cenie przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ i załącznikami do niego jest w pełni możliwe”.

Wykonawca BPRD w odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 31/05/2021) podał:
Str 1: (...) złożona przez nas oferta w niniejszym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny zarówno w punktach objętych wezwaniem Zamawiającego jak i w całości. W cenie zostały uwzględnione wszelkie koszty wynikające z opisu przedmiotu zamówienie, a także uwzględniony został zysk. Na dowód powyższego przedkładamy szczegółowy kosztorys dla pozycji ofertowych wymienionych w wezwaniu z dnia 25.05.2021r. z dodatkowym omówieniem jak niżej oraz dowodami, potwierdzającymi rynkowość cen materiałów i robocizny, przyjętych do sporządzenia kosztorysu". Na str 4 natomiast podał: „Jednocześnie informujemy, iż zawarte w niniejszym piśmie oraz załącznikach do niego informacje objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z zapisami ustawy P.Z.P., ze względu na fakt, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczo a więc spełnione zostają przesłanki art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Zamawiający (podobnie wykonawcy) nie kwestionował takiego zastrzeżenia wyjaśnień. Tym samym Izba w reasumpcji argumentacji z tych wyjaśnień stwierdza, że w części opisowej wykonawca wskazał na korzystny wpływ na koszt wykonania robót wynikający z takich okoliczności jak: znajomość rynku, lokalizację firmy, niższe ceny materiałów na rynku w porównaniu do cen z 2020 r., własny plac budowy, dostęp do

konkurencyjnych cen zakupu mieszanki bitumicznej, zatrudnienie., niezbędny sprzęt oraz doświadczenie w realizacji robót zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia co pozwala wykonawcy zrealizować przedmiotowe zamówienie w zaoferowanej cenie. Ponadto wskazał, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty biorąc pod uwagę specyfikę wykonania robót oraz współpracę z Zamawiającym na etapie wykonywania robót. Także zaznaczył, że (...) *Wykonując ustawowy obowiązek niniejszym pismem wyjaśniamy wątpliwości Zamawiającego w sposób obiektywny przedstawiając okoliczności zaoferowanej ceny oraz wyliczenie kosztu*".

Zamawiający odrzucając oferty wykonawców wskazał jako podstawę prawną art. 226 pkt 8 Pzp podając:

W odniesieniu do podstaw odrzucenia oferty PROJBUD w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia wskazał:

„W związku z faktem, iż cena oraz jej istotne części składowe oferty Wykonawcy wydawały się rażąco niskie i budziły wątpliwości Zamawiającego w pozycjach 1-5, jak również w pozycjach 2-7, 21 i 23-39 kosztorysu inwestorskiego Zamawiający zwrócił się w dniu 25.05.2021r. z wezwaniem do Wykonawcy o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, wraz z załączeniem dowodów i wyliczenia ceny celem udowodnienia, iż nie jest ona rażąco niska. Wykonawca w dniu 31.05.2021r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust 1 uPzp złożył za pośrednictwem platformy Open Nexus wyjaśnienia wraz z załączeniem dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W związku z faktem, iż argumenty użyte w celu wyjaśnienia niezrozumiałych różnic w pozycjach kosztorysowych 1-5, a mianowicie wycenienie kilkukrotnie niżej prac wykonywanych w tej samej technologii, która wymaga od Wykonawcy zużycia większej ilości materiałów, Zamawiający uważa za bezpodstawne, a wyliczenie przedstawione w załączeniu wyjaśnień za nierzetelne, Komisja przetargowa proponuje odrzucić ofertę wykonawcy, gdyż w ocenie Zamawiającego przedstawione dowody i wyjaśnienia nie uzasadniają rażąco niskiej ceny. Przedstawione przez Wykonawcę wyliczenie zakładało w pozycjach 1 i 2 (remont nawierzchni grubości 4 i 5 cm) zużycie takiej samej ilości materiału (mieszanki bitumicznej). Zamawiający zgodnie ze swoją wiedzą fachową uznaje za nieprawidłową wycenę tych obu pozycji, bowiem do wykonania 1m A2 remontu o średniej grubości 5 cm winno się zakładać zużycie 0 25% więcej materiału niż w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni ale o średniej grubości 4 cm. Ponadto, Wykonawca w swoim wyliczeniu w pozycjach 1 i 3 (remont nawierzchni grubości 4 i 6 cm) założył zużycie jedynie 0 4% więcej materiału (mieszanki bitumicznej), co zdaniem Zamawiającego stanowi nieprawidłową wycenę pozycji, bowiem do

wykonania 1m A2 remontu o średniej grubości 6 cm winno się zakładać zużycie 0 50% więcej materiału niż w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm. Oprócz tego, wyliczenie Wykonawcy w pozycjach 1 i 4 (remont nawierzchni grubości 4 i 7cm) zakładało zużycie jedynie 0 5,5% więcej materiału (mieszanki bitumicznej) w stosunku do pozycji o mniejszej grubości nawierzchni tj. 4 cm , co Zamawiający uznaje za nieprawidłową wycenę pozycji. Zamawiający uzasadnia to tym, że do wykonania 1m A2 remontu o średniej grubości 7 cm winno się zakładać zużycie 75% więcej materiału niż w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni ale o średniej grubości 4 cm. Analizując kolejne wyjaśnienia, dotyczące kolejnych pozycji Zamawiający stwierdza, iż przedstawione wyliczenie zakładało w pozycjach 1 i 5 (remont nawierzchni grubości 4 i 8cm) zużycie jedynie 0 8,7% więcej materiału (mieszanki bitumicznej) co zgodnie ze sztuką budowlaną Zamawiający uznaje za nieprawidłową wycenę pozycji. Koniecznym jest by do wykonania 1m A2 remontu o średniej grubości 8 cm zakładać zużycie 100% więcej materiału w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm, a nie tak jak założył Wykonawca. Nadto, przedstawione wyliczenie zakładało również identyczne wydajności pracy brygady wykonującej prace w pozycjach 1-5, co Zamawiający uznaje za wadliwą wycenę pozycji, gdyż pozycje te mimo identycznej technologii wykonania wymagają innego nakładu prac (większa głębokość wykonywanego remontu, większa ilość materiału do wybudowania). Adekwatnie podobne prace (remont awaryjny bez wycinania pozycje 23 -27 kosztorysu) zakłada się wykonywać ze zmienną wydajnością (malejącą wraz z zwiększeniem śr. grubości przeprowadzanego remontu). W przedstawionym wyliczeniu w pozycjach 6-10 remonty (nawierzchni z użyciem recyklera grubości 4,5,6,7,8 cm) nie skalkulowano użycia emulsji asfaltowej co jest niezgodne SST. W pozycji 11 przedstawionego wyliczenia (uzupełnienie 1m2 kruszywem twardym o ciągły uziarnieniu frakcji 0-31,5 mm gr 5 cm) założono użycia 0,0348 t materiału co po przeliczeniu na m3 daje kruszywo o masie 0,7 t/m3. Zamawiający uznaje powyższą wycenę za nieprawidłową w tej pozycji. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego nie ma takiego kruszywa twardego, a masa 1m3 kruszywa wynosić powinna od 1,4-1,8 t. Analizując dalej przedstawione wyliczenie Wykonawcy, w którym w pozycjach 23 i 24 (remont nawierzchni bez wycinania grubości 4 i 5 cm) Wykonawca zakłada zużycie jedynie 0 1,7% więcej materiału (mieszanki bitumicznej), a z czym Zamawiający nie może się zgodzić i uznaje za nieprawidłową wycenę pozycji. Bowiem do wykonania 1 mA2 remontu o średniej grubości 5 cm winno się zakładać zużycie 25% więcej materiału w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm. Nadto, przedstawione wyliczenie w pozycjach 23 i 25 (remont nawierzchni bez wycinania grubości 4 i 6 cm) zakładało zużycie jedynie 3,3% więcej materiału (mieszanki bitumicznej), co zamawiający uznaje za wadliwą wycenę pozycji, gdyż

zgodnie z wiedzą ekspercką do wykonania 1m A2 remontu o średniej grubości 6 cm winno się zakładać zużycie 50% więcej materiału w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm. I tak, w pozycjach 23 i 26 (remont nawierzchni bez wycinania grubości 4 i 7cm), przedstawione przez Wykonawcę wyliczenie zakładało zużycie jedynie 5 % więcej materiału (mieszanki bitumicznej), co dla Zamawiającego stanowi błąd wyceny pozycji. Do wykonania 1mA2 remontu o średniej grubości 7 cm winno się zakładać zużycie 0 75% więcej materiału, niż w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm. Dalej, w pozycjach 23 i 27 (remont nawierzchni bez wycinania grubości 4 i 8cm) przedstawione wyliczenie zakładało zużycie jedynie 6,7% więcej materiału (mieszanki bitumicznej), co zamawiający uznaje za nieprawidłową wycenę pozycji, ponieważ zgodnie ze sztuką budowlaną i wiedzą Zamawiającego do wykonania 1mA2 remontu o średniej grubości 8 cm winno się zakładać zużycie 100% więcej materiału niż w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm". Reasumując, stwierdził, że (...) powyższe wyjaśnienia i wyliczenia świadczą, że wycena tych pozycji została wykonana nieprawidłowo i nierzetelnie, a tym samym nie potwierdza, iż cena w poszczególnych pozycjach kosztorysu nie jest rażąco niska. Pozostaje nierozwiana pod względem merytorycznym wątpliwość, czy Wykonawca jest w stanie za tę cenę prawidłowo, zgodnie z SST oraz wymaganiami Zamawiającego, w sposób należyty, dający rękojmię i gwarancję wykonanych prac wykonać remonty w mieście. Ponadto w przedstawionym wyliczeniu w pozycjach 6-10 remonty (nawierzchni z użyciem recyklera grubości 4,5,6,7,8 cm) Wykonawca nie skalkulował użycia emulsji asfaltowej, co jest niezgodne z SST stanowiącej część opisu przedmiotu zamówienia".

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty BPRD podał:

„W związku z tym, że cena oraz jej istotne części składowe oferowane przez Wykonawcę wydawały się rażąco niskie i budziły wątpliwości Zamawiającego w pozycjach 1-5, jak również w pozycjach 2-11, 13, 15, 21-27 i 34 kosztorysu inwestorskiego Zamawiający zwrócił się w dniu 25.05.2021r. z wezwaniem do Wykonawcy o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, wraz z załączeniem dowodów i wyliczenia ceny dla udowodnienia, iż nie jest ona rażąco niska. Wykonawca w dniu 31.05.2021r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust 1 uPzp złożył za pośrednictwem platformy Open Nexus wyjaśnienia wraz z załączeniem dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Argumenty użyte w celu wyjaśnienia niezrozumiałych różnic w pozycjach kosztorysowych 1-5, a mianowicie wycenienie kilkakrotnie niżej prac wykonywanych w tej samej technologii, która wymaga od Wykonawcy zużycia większej ilości materiałów, nie potwierdzają możliwości należytego wykonania robót

budowlanych. Komisja przetargowa uważa je za bezpodstawne, a przedstawione wyliczenia za nierzetelne. I tak, dla pozycji 1 i 5 (remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej grubości odpowiednio 4 cm i 8 cm) Wykonawca przedstawia w wyliczeniu (dla wykonania jednostki obmiarowej tych pozycji) 9 krotnie jak to nazwał „efektywniejsze” wykonanie prac, z uwagi na skrócenie czasu wykonywanych robót, przy czym, dla podobnych prac (remont awaryjny bez wycinania grubości 4 cm i 8 cm pozycje 23 i 27 kosztorysu) zakłada wykonywać je z efektywnością 0,7 (tzn. mniej efektywnie). Należy zwrócić uwagę, że pozycje 1 i 5 oraz 23 i 17 są tożsame. Różnica polega na tym, że pozycje od 1 do 5 wymagają wycięcia remontowanych nawierzchni, a pozycje 23 i 17 tego nie wymagają. Przedstawione przez Wykonawcę wyliczenie zakładało w pozycjach 1 i 2 (remont nawierzchni grubości 4 i 5 cm) zużycie jedynie 1% więcej materiału (mieszanki bitumicznej), co Zamawiający uznaje za nieprawidłową wycenę pozycji, bowiem do wykonania 1m² remontu o średniej grubości 5 cm winno się zakładać zużycie 25% więcej materiału niż w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni, ale o średniej grubości 4 cm. Ponadto, przedstawione przez Wykonawcę wyliczenie zakładało w pozycjach 1 i 3 (remont nawierzchni grubości 4 i 6 cm) zużycie jedynie 0 2% więcej materiału (mieszanki bitumicznej), co w ocenie Zamawiającego jest nieprawidłowo wycenione. Zamawiający posiada wiedzę, że do wykonania 1m A2 remontu o średniej grubości 6 cm winno zakładać się zużycie 0 50% więcej materiału w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm. Dalej w przedstawionych wyliczeniach Wykonawca przedstawia w pozycjach 1 i 4 (remont nawierzchni grubości 4 i 7cm) zużycie jedynie 2,9% więcej materiału (mieszanki bitumicznej) co Zamawiający uznaje za wadliwą wycenę pozycji, bowiem zgodnie ze sztuką budowlaną do wykonania 1m A2 remontu o średniej grubości 7 cm winno się zakładać zużycie 75% więcej materiału w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm. Następnie, przedstawione przez Wykonawcę wyliczenie zakłada w pozycjach 1 i 5 (remont nawierzchni grubości 4 i 8cm) zużycie jedynie 0 3,9% więcej materiału (mieszanki bitumicznej) co zamawiający uznaje za nienależytą wycenę pozycji, gdyż opierając się na wytycznych zgodnie z kunsztem budowlanym do wykonania 1mA2 remontu o średniej grubości 7 cm powinno się zakładać zużycie 100% więcej materiału w odniesieniu do wykonania remontu o identycznej powierzchni o średniej grubości 4 cm. Reasumując, wyjaśnienia i wyliczenia Wykonawcy świadczą, że wycena tych pozycji została wykonana nierzetelnie i nieprawidłowo i skutkuje de facto zaniżeniem (niedoszacowaniem) ceny ofertowej, a tym samym nie potwierdza, iż cena w poszczególnych pozycjach kosztorysu nie jest rażąco niska, a Wykonawca jest w stanie za tę cenę prawidłowo, zgodnie z SST oraz wymaganiami Zamawiającego, w sposób należyty, dający rękojmię i gwarancję wykonanych

prac wykonać remonty w mieście. Komisja przetargowa uznaje udzielone odpowiedzi za wadliwe, przeczące sztuce budowlanej i wnioskuje o odrzucenie oferty”.

Izba, uwzględniając wymagania SWZ i OPZ oraz postanowienia Wzoru umowy, a także wyjaśnienia wykonawców złożonych na wezwanie Zamawiającego i treść tych wezwań, nie znalazła podstaw do kwestionowania decyzji Zamawiającego, co do wskazanej podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia ofert wykonawców.

Według SWZ – pkt XX. [Sposób obliczania ceny]: *„2._Cena oferty zawarta w formularzu ofertowym stanowi sumę cen zawartych w formularzu ofertowym dla zamówienia podstawowego oraz zamówienia w ramach prawa opcji. Ceny oferty w formularzu ofertowym oraz ceny jednostkowe (ryczałtowe) zawarte w kosztorysie ofertowym dla zamówienia podstawowego i kosztorysie ofertowym zamówienia objętego prawem opcji, winny uwzględniać wszelkie nakłady i koszty pozwalające osiągnąć cel oznaczony w Umowie, a w szczególności: 1) formę wynagrodzenia kosztorysowego rozliczanego tylko za faktycznie wykonane i odebrane roboty budowlane, ustalone według cen jednostkowych netto ujętych w kosztorysach ofertowych (dla zamówienia podstawowego i dla opcji), stanowiących integralną część Oferty Wykonawcy, niezmiennych do końca realizacji przedmiotu zamówienia”*,

Według Wzoru umowy – zał. 2 do SWZ: Wynagrodzenie Wykonawcy:”
„1.Wynagrodzenie Wykonawcy ustalone zostanie według niepodlegających waloryzacji cen jednostkowych ujętych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego Wykonawcy oraz ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót w ramach Umowy, stanowiące ostateczną zapłatę Wykonawcy nieprzekraczającą kwoty określonej w ust. 1, zarówno dla zamówienia podstawowego jak i dla zamówienia w ramach prawa opcji, z uwzględnieniem 15 Umowy.
2. Łączna wartość brutto robót budowlanych, dostaw lub usług dotyczących tych robót wykonanych w ramach zamówienia przez Wykonawcę, Podwykonawców, dalszych Podwykonawców nie może przekroczyć wartości wynagrodzenia brutto, określonego w ust. 1.”

Wobec wskazanych postanowień w tym postępowaniu dokonując oceny ofert z perspektywy art. 224 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający był zobowiązany analizować nie tylko cenę oferty łączną, ale także ceny jednostkowe. Według SWZ także ceny jednostkowe

(ryczałtowe) zawarte w kosztorysie ofertowym dla zamówienia podstawowego i kosztorysie ofertowym zamówienia objętego prawem opcji, miały – jak wskazano - uwzględniać wszelkie nakłady i koszty pozwalające osiągnąć cel oznaczony w Umowie.

SWZ i Wzór umowy przewidują, że wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane będzie według cen jednostkowych podanych w kosztorysie. Zgodnie z art. 224 Pzp badaniu podlega cena zaoferowana, a zatem może być to cena łączna oferty, ale mogą to być również ceny jednostkowe. W przypadku tego zamówienia rozliczenie wynagrodzenia będzie następowało według cen jednostkowych, zatem co do zasady uprawniało to i obligowało Zamawiającego do badania również cen jednostkowych przewidzianych za wykonanie poszczególnych prac w ramach przedmiotu zamówienia w kontekście wskazanego art. 224 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający – co Izba podkreśla - wymagał podania cen jednostkowych, bo na ich podstawie obliczona będzie wartość wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych prac wchodzących w zakres zamówienia. Tym samym ceny jednostkowe wskazanych pozycji mają charakter istotny z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, na zasadach określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nadał cenom jednostkowym charakter istotny poprzez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie takich cen jednostkowych. Tym samym odnośnie wyjaśnień do ceny ogólnej ofert przez wykonawców, a nie do cen jednostkowych szczegółowo wymienionych pozycji w wezwaniu nie było uprawnione i treść tych wyjaśnień nie odpowiadała na skierowane do wykonawców wezwanie. Wyjaśnienia nie były adekwatne z przyjętą przez Zamawiającego dla tego zamówienia metodologią rozliczania robót określoną we Wzorze umowy i SWZ. Z przedstawianych przez wykonawców metodologii wynika, że wykonawcy kalkulując ceny jednostkowe dla pozycji 2 do 5 założyli mniejszą istotność tych prac i w stosunku do pozycji 1 zaniżyli – nie wykazując realności kalkulacji - ich wycenę. Zamawiający w wezwaniu podał, że jego wątpliwości w kontekście rażąco niskiej ceny zostały odniesione do wskazanych pozycji. Bezspornie wskazał, że w odniesieniu do tych pozycji (pkt II) wnosi o wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny, wskazując jednocześnie na ustalone różnice – jego zdaniem nieuzasadnione - dla pozycji wykonywanych w tej samej technologii i wymagających użycia większego nakładu materiału. Wykonawcy według prawidłowych ustaleń Zamawiającego nie wyjaśnili tych różnic i tym samym Zamawiający miał prawo uznać, że *„wyjaśnienia i wyliczenia świadczą, że wycena tych pozycji została wykonana nierzetelnie i nieprawidłowo i skutkuje de facto zniżeniem (niedoszacowaniem) ceny ofertowej, a tym samym nie potwierdza, iż cena w poszczególnych pozycjach kosztorysu nie jest rażąco niska, a*

Wykonawca jest w stanie za tę cenę prawidłowo, zgodnie z SST oraz wymaganiami Zamawiającego, w sposób należyty, dający rękojmię i gwarancję wykonanych prac wykonać remonty w mieście”.

W odniesieniu do oferty PROJBUD i przedstawionego wyliczenia w pozycjach 6-10 remonty (nawierzchni z użyciem recyklera grubości 4,5,6,7,8 cm) Izba uznała, że wykonawca nie wykazał bezspornie, że w tych pozycjach zgodnie z SST skalkulowano użycia emulsji asfaltowej. Według wyjaśnień str 4 w pkt IV. Wykonawca podał, że w kosztach uwzględniał: - wg tiretu trzeciego: „koszty materiałów, których dostawa leży po stronie Wykonawcy (m.in. asfalt/emulsja asfaltowa/ masy zalewowe i asfaltowo- grysowe, mieszanki mineralno-bitumiczne, cement, beton, kruszywa - w tym kamienne, piaski, grys, taśmy, krawężniki, obrzeża, włazy, itp.)” a w tirecie czwartym wskazał na: „koszty materiałów drobniejszych i pomocniczych”. Zatem materiały pomocnicze na które wskazywał na rozprawie nie dotyczą spornej emulsji.

Uwzględniając powyższe także zarzut zaniechania wezwania wykonawców wnoszących odwołanie na podstawie art. 239 ust. 1 PZP i art. 274 ust. 1 PZP oraz zarzut dotyczące wyboru oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. z naruszeniem art. 239 ust.1 w zw. z art. 16 Pzp nie podlega uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 oraz w zw. z art. 556 ustawy Pzp i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....