

Sygn. akt: KIO 2406/22

WYROK
z 30 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolanci: Tomasz Skowroński
Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach 23 i 28 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 września 2022 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy udziale wykonawcy: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ERA S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Wykonanie zamiennej dokumentacji projektowej oraz końcowego – III Etapu – robót budowlanych w ramach inwestycji pod nazwą „Przebudowa DS. ARKA” objętej dofinansowaniem Ministerstwa Edukacji i Nauki”, numer: I0CZZ000.271.33.2022, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 lipca 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00234304/01.

13 września 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane ALFA-DACH Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zarzucił mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący), mimo że zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk);
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty;
4. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez przyznanie Przystępującemu 23 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „doświadczenie zawodowe kadry kierowniczej”, tj. 15 punktów za doświadczenie zawodowe kierownika budowy oraz 8 punktów za doświadczenie kierownika robót sanitarnych, ewentualnie zaniechaniu wezwania Przystępującego z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez tego wykonawcę oferty w

zakresie doświadczenia zawodowego kadry kierowniczej, podczas gdy informacje wskazane w ofercie nie potwierdzały spełnienia warunków, o jakich mowa w rozdziale XVII ust. 3 pkt 2) SWZ, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie doświadczenia zawodowego kadry kierowniczej;

5. art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny co do jej istotnych części składowych w zakresie pozycji nr 5 Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót – prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad realizacją robót;
6. art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia czytelnej wersji dowodu nr 7 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 12 sierpnia 2022 r. – KOSZTY BUDOWY – w sytuacji gdy dokument ten nie pozwalał na odczytanie przyjętych cen jednostkowych i wartości poszczególnych elementów kosztotwórczych, ewentualnie naruszenie art. 18 ust. 1-3 Pzp przez uznanie za skutecznie zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o cenach jednostkowych i wartościach poszczególnych elementów kosztotwórczych zawartych w tym dokumencie, w sytuacji gdy Przystępujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dla którego informacje te należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
3. odrzucenia oferty Przystępującego;
4. na wypadek nieuwzględnienia zarzutów skutkujących obowiązkiem odrzucenia oferty Przystępującego nakazanie:
 - 1) dokonania czynności wyjaśniających;
 - 2) ponownego przeliczenia punktów przyznawanych poszczególnym ofertom;
 - 3) wezwania do złożenia czytelnej wersji dowodu nr 7 lub odtajnienia treści zawartych w dowodzie nr 7 złożonym wraz z wyjaśnieniami co do ceny oferty, gdyż nie został on skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo, że zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

8 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu w następujących pozycjach Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót: pozycja nr 1.13 – roboty budowlane zewnętrzne; pozycja nr 3 – instalacje elektryczne, pozycja nr 4 – wyposażenie. W odpowiedzi na wezwanie z 12 sierpnia 2022 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z 8 dowodami mającymi potwierdzić, że zaoferowana cena nie nosiła znamion ceny rażąco niskiej.

Zamawiający zaniechał wnikliwej analizy złożonych przez Przystępującego dokumentów. Na podstawie treści wyjaśnień z 12 sierpnia 2022 r. oraz złożonych wraz z nimi dowodów nie można było uznać, by ceny jednostkowe wskazane w zakwestionowanych pozycjach, tj. pkt 1.13 – roboty budowlane zewnętrzne, pkt 3 – instalacje elektryczne oraz pkt 4 – wyposażenie wskazywały na to, by Przystępujący mógł zrealizować zamówienie w zakładanej kwocie z uwzględnieniem marży oraz przy zachowaniu wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych. Na podstawie dokumentów złożonych przez Przystępującego można stwierdzić, że wykonawca ten pominął istotne koszty realizacji przedmiotu zamówienia w swojej ofercie, co potwierdzało także, że oferta Przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

Roboty budowlane zewnętrzne

W pozycji 1.13 Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót – roboty budowlane zewnętrzne, Przystępujący zaoferował 108 895,02 zł, podczas gdy Zamawiający wycenił tę pozycję na kwotę 419 000,00 zł, zaś Odwołujący na kwotę 740 000,00 zł. W zakresie tej pozycji cenowej ofert Przystępującego jest tańsza niemal o 75 % od wyceny Zamawiającego. Odnosząc zaś ofertę ERA do oferty Odwołującego wskazać należy, że stanowi ona 14,71 % ceny oferty ALFA-DACH.

Nie jest możliwe, by w aktualnych warunkach rynkowych koszt realizacji robót budowlanych zewnętrznych kształtował się na tak niskim poziomie, jak wycenił to Przystępujący, nawet przy uwzględnieniu szeregu czynników i okoliczności szczególnie sprzyjających realizacji zamówienia. Potwierdzeniem, że Przystępujący sporządził wycenę robót budowlanych zewnętrznych nierzetelnie stanowił dowód nr 2, tj. kosztorys roboczy, który wykonawca złożył wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Kosztorys ten opiewał na kwotę 110 984,38 zł,

a więc na kwotę wyższą niż wskazana w załączniku nr 1a do oferty – Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót – 108 895,92 zł. Kosztorys ten był też zaniżony i nie uwzględniał szeregu elementów objętych przedmiotem zamówienia:

- 1) kosztów wywozu i utylizacji rozebranych konstrukcji betonowych dróg istniejących (nakłady pracy sprzętu i robocizny, koszty utylizacji) – podczas gdy nawet oferta załączona do wyjaśnień taki zakres wprost wskazywała;
- 2) kosztów wywozu i utylizacji gruntu z korytowania;
- 3) kosztów demontażu i utylizacji krawężników;
- 4) wykonania nowych krawężników na ławach betonowych, co pozwala stwierdzić, że w cenie ofertowej nie został uwzględniony koszt zakupu, dowiezienia, montażu nowych elementów, wykonania dla nich ław, itd.);
- 5) regulacji (do projektowanych rzędnych nowej nawierzchni) istniejących studzienek i wpustów ulicznych;
- 6) kosztów związanych z włączeniem się do ul. Olszewskiego (teren ZDiUM);
- 7) wykonania trawników;
- 8) składników cenotwórczych, takich jak:
 - materiały dla robót drogowych – całkowity brak MATERIAŁÓW dla realizacji robót drogowych w tymże kosztorysie (ani dla podbudów, ani dla krawężników i innych elementów, ani dla zaprojektowanych nawierzchni),
 - narzut kosztów zakupu (od materiałów),
 - zysk,

Kosztorys był zaniżony, gdyż przyjęta w nim stawka roboczogodziny na poziomie 35 zł była zaniżona. Ponadto w pozycji 1 uwzględniał tylko rozebranie podbudowy betonowej o gr. 15 cm natomiast pomijał rozebranie nawierzchni.

Skoro w kalkulacji nie uwzględniono narzutów kosztów pośrednich i zysku – to wskazaną w wyjaśnieniach stawkę należało uznać za tzw. stawkę robocizny brutto, czyli po narzutach. Zgodnie z obowiązującą w dacie składania oferty „Informacją o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach sprzętu budowlanego” SEKOCENBUD dla II kw. 2022 r. w Tabeli 2.2 Stawki robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych remontowych dla województwa dolnośląskiego kształtowały się na poziomie:

- średnia stawka brutto – 41,99 zł/r-g,
- stawka minimalna – 37,70 zł/r-g,

zaś w Tabeli 3.2 Stawki robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych remontowych dla Wrocławia stawki kształtowały się na poziomie:

- średnia stawka brutto – 43,89 zł/r-g,
- stawka minimalna – 39,60 zł/r-g,

Tym samym należy uznać, że ujęta w kosztorysie stawka na poziomie 35,00 zł/r-g była

poniżej stawki minimalnej z SEKOCENBUDU.

Roboty elektryczne

W pozycji 3 Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót – instalacje elektryczne cena zaoferowana przez Przystępującego była niemal o 400 000,00 zł tańsza od oferty Odwołującego.

W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał na wyjątkowo sprzyjające okoliczności związane z wykorzystaniem stanów magazynowych podwykonawcy. Wyjaśnienia te były jednak niewiarygodne, gdyż nigdzie wykonawca nie sprecyzował jakiego rodzaju są to materiały, jakie są ich ilości oraz parametry. Nie było pewności, czy materiały te będą mogły być wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż spora część przedmiotu zamówienia wymagać będzie dopiero zaprojektowania, a zatem nie było możliwe „zmagazynowanie” koniecznych materiałów i urządzeń. Co więcej kwestia „materiałów zmagazynowanych przed podwyżkami cen” nie została poparta choćby stanami magazynowymi, które potwierdzałyby ten fakt.

Oferta cenowa podwykonawcy (dowód nr 4) oraz wyjaśnienia tego podwykonawcy do oferty cenowej z 29 lipca 2022 r. (dowód nr 5) również były niewiarygodne.

Odwołujący wskazał na sposób liczenia „kosztów budowy”, na które składały się:

- stawka roboczogodziny 25 zł,
- w 30% materiału z narzutem – robocizna, koszty zarządu, koszty serwisu [3%],
- zysk [5%].

Tak przyjęte wyliczenia uwidaczniały, że w zakresie całości instalacji elektrycznych, a zatem również instalacji niskoprądowych, stawka roboczogodziny (po narzutach) wynosiła co najwyżej $25,00 \text{ zł} \times 1,05 = 26,25 \text{ zł}$. W świetle „Informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego” SEKOCENBUD dla II kw. 2022 r. w pkt. 3.4 stawka robocizny kosztorysowej w robotach instalacji elektrycznych dla Wrocławia wynosi brutto (czyli po narzutach):

- minimalna 40,00 zł/r-g – średnio 44,56 zł/r-g.

Oznacza to, że poziom stawki potwierdzonej przez Przystępującego jest zdecydowanie poniżej minimalnego poziomu rejestrowanego w SEKOCENBUDZIE.

Wyposażenie

W kwestii ceny realizacji robót skalkulowanych w pozycji 4 Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót – Wyposażenie Przystępujący zaoferował wykonanie tej części przedmiotu zamówienia za cenę 536 328,10 zł, podczas gdy Zamawiający skalkulował tę pozycję na kwotę 1 232 580,48 zł zaś Odwołujący na kwotę 2 039 590,00 zł.

Odwołujący był wykonawcą zamówienia pn. „Przebudowa Domu Studenckiego „ARKA”,

ul. Olszewskiego 25 we Wrocławiu wraz z pierwszym wyposażeniem – ETAP I. Wówczas zakresem zamówienia objęte było wyposażenie 120 pokoi oraz 10 kuchni. Wykonawca skalkulował wówczas cenę wyposażenia na kwotę w wysokości 672 641,17 zł netto, a w tym:

- dostawa mebli wraz z wyposażeniem na kwotę 586 200,60 zł netto
- montaż mebli wraz z wyposażeniem na kwotę 86 440,57 zł netto.

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, mimo nadzwyczajnej wręcz zmiany uwarunkowań społeczno-gospodarczych, Przystępujący zadeklarował wykonanie przedmiotu w zakresie wyposażenia zaledwie za cenę 536 328,10 zł. Wskazana cena obejmowała dostawę i montaż wyposażenia meblowego (wraz z wymaganym wyposażeniem AGD) dla 116 pokoi mieszkalnych (w zrealizowanym wcześniej Etapie I było 120 pokoi, zaś obecnie 116 pokoi).

Wartość wyposażenia dla modułów mieszkalnych Etapu III była nieprawdopodobnie niska w porównaniu z kosztem analogicznego wyposażenia dla Etapu I – w szczególności wobec faktu, że materiały do produkcji meblowej (drewno i drewnopochodne) charakteryzowały się najbardziej dynamicznym wzrostem cen na przestrzeni ostatniego roku. Ceny te odbiegały całkowicie od cen rynkowych, a deklaracja rabatów na tak wysokim poziomie ze strony wykonawcy POKKER OFFICE na rzecz Przystępującego z uwagi na szereg zrealizowanych wspólnie przedsięwzięć była mało wiarygodna. Ceny jednostkowe niektórych elementów wyposażenia budziły wątpliwości co do jakości tych elementów.

Dowód, który miał potwierdzać, że oferowana przez Przystępującego cena nie była rażąco niska wskazywał coś przeciwnego – Przystępujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia poniżej kosztów nabycia.

Złożone przez Przystępującego dokumenty dowodziły, że dostawa wyposażenia przez podmiot POKKER OFFICE byłaby droższa niż środki przeznaczone na ten zakres przez Przystępującego. POKKER OFFICE w swojej ofercie nie skalkulował istotnego czynnika kosztotwórczego tj. kosztów montażu tego wyposażenia po dostawie.

Zamawiający zaznaczył w dokumentach postępowania, że wyposażenie w dużej części ma być tożsame z dostarczonym już w ramach zrealizowanych Etapów I i II – nawet z tego powodu w Informacji dla Wykonawców nr 4 z 22.07.2022 r. uzupełnił w stosowny sposób Załącznik

nr 3.1 do PFU, dopisując do części wyposażenia jednoznaczne sformułowanie, mimo odpowiednich wymogów w pozostałych materiałach przetargowych, tj. Programie Funkcjonalno-Użytkowym, Projekcie Konceptyjnym CI, Opisie Przedmiotu Zamówienia. Tym bardziej nierealne i odbiegające od rynkowych były ceny jednostkowe części elementów wyposażenia zawarte w ofercie POKKER OFFICE, w szczególności lodówki niskie w cenie 214,60 zł netto/szt., zabudowa/aneks kuchenny AK-1 (180 cm) oraz AK-2 (234 cm) w cenie

odpowiednio 1 167,20 zł/kpl. netto oraz 1 435,50 zł/kpl. netto.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dokumenty przedstawione przez Przystępującego na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp potwierdzały, że sama dostawa wyposażenia przez POKKER OFFICE byłaby droższa, niż środki przeznaczone na cel zgodnie z Tabelą Zbiorczego Zestawienia Robót przez Przystępującego. Oznaczało to, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia w celu utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom. Skalkulowanie ceny na niskim poziomie w zakresie prac projektowych, robót budowlanych zewnętrznych oraz wyposażenia ma także istotne znaczenie w kontekście odmiennych stawek podatku VAT w zakresie tych elementów przedmiotu zamówienia obowiązuje stawka 23% VAT, podczas gdy w odniesieniu do robót budowlanych, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych obowiązuje stawka 8% VAT. Taki sposób skalkulowania ceny może zatem nosić znamiona inżynierii cenowej po stronie Przystępującego i działań zmierzających do uniknięcia opodatkowania.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty.

W dokumentacji postępowania Zamawiający odwołał się do specyfikacji wyposażenia dla etapu I i II – m.in. w projekcie budowlanym zamiennym, w tabeli doposażenia i wyposażenia modułów mieszkalnych realizowanego w III etapie przebudowy DS. ARKA (załącznik nr 3.1. do PFU). Zamawiający oczekiwał, że wskazane przez niego elementy wyposażenia będą odpowiadały swoim standardem dotychczasowemu wyposażeniu. Tymczasem cena niektórych elementów wyposażenia wynikająca z oferty POKKER OFFICE pozwalała postawić tezę, że sprzęt nie odpowiadał wymaganiom OPZ. W ocenie Odwołującego lodówka w cenie 214,60 zł z 48 miesięczną gwarancją nie odpowiadała wymaganiom SWZ, podobnie obrotowe krzesło w cenie 67,00 zł.

Niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w ocenie Odwołującego zachodziła także w zakresie osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych. W tym zakresie wykonawca oświadczył w ofercie – w ramach punktowanego kryterium oceny ofert, że funkcję tę pełnić będzie B. K.. Jest to osoba, która zgodnie z informacją z portalu Linked In pozostaje zatrudniona na stanowisku eksperta ds. Elektrycznych w spółce

Budimex.

Z dowodu nr 7 Przystępującego w odniesieniu do kosztów kadry przewidzianej do realizacji zadania w przypadku pozycji „płaca kierownika robót” wynikało, że uwzględnione zostało wynagrodzenie tylko jednej osoby przez okres 12 miesięcy, podczas gdy kierowników robót musiało być minimum dwóch – jeden dla robót sanitarnych i drugi dla robót elektrycznych. Z kolei dowód nr 5, zgodnie z którym kadra dedykowana przez podwykonawcę Usługi elektryczne M. Z. obejmowała także kierownika robót elektrycznych, co pozwalało poddać w wątpliwość, czy funkcję tę i to jako zasób własny wykonawcy wykonywać będzie pan B. K.. Dowód nr 7 tabela “Kosztów Budowy” potwierdzał bowiem, że Przystępujący weźmie kierownika robót elektrycznych od podwykonawcy (Usługi Elektryczne M. Z.), jednakże nie wykazał tej okoliczności w Wykazie Osób czy też w ofercie. Była to również kwestia, która wymagała wyjaśnienia.

Naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez przyznanie ofercie Przystępującego 23 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „doświadczenie zawodowe kadry kierowniczej”, tj. 15 punktów za doświadczenie zawodowe kierownika budowy oraz 8 punktów za doświadczenie kierownika robót sanitarnych, ewentualnie zaniechaniu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie doświadczenia zawodowego kadry kierowniczej.

W rozdziale 17 SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert. Zgodnie z pkt 3 ppkt 2 kryterium oceny ofert, któremu przyznano wagę 30% stanowiło doświadczenie zawodowe kadry kierowniczej. Ocena była dokonywana na podstawie Formularza oferty, w którym wykonawca podał osoby w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert. Zamawiający oceniał doświadczenie zawodowe osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia tj.: kierownika robót budowlanych, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót sanitarnych. Punkty przyznawane były za doświadczenie zawodowe wg poniższych zasad:

- 1) Kierownik budowy – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję Kierownika Budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń – posiadający udokumentowane prawo do pełnienia samodzielnej funkcji w budownictwie jw. zrealizował minimum 1/2 zadań, o wartości co najmniej 10 000 000 zł brutto każde na stanowisku Kierownika Budowy - w zakresie budowy, przebudowy, lub rozbudowy lub remontu budynku wielokondygnacyjnego (co najmniej 5 kondygnacji) – 1 zadanie – 0 pkt, 2 zadania – 15 pkt;
- 2) Kierownik robót elektrycznych – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję Kierownika Robót Elektrycznych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych

i elektroenergetycznych bez ograniczeń – posiadający udokumentowane prawo do pełnienia samodzielnej funkcji w budownictwie jw., zrealizował minimum 1/2 zadań, o wartości co najmniej 10 000 000 zł brutto każde na stanowisku Kierownika Robót Elektrycznych - w zakresie budowy, przebudowy, lub rozbudowy lub remontu) budynku wielokondygnacyjnego(co najmniej 5 kondygnacji) – 1 zadanie – 0 pkt, 2 zadania - 7 pkt;

- 3) Kierownik robót sanitarnych – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję Kierownika Robót Sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń – posiadający udokumentowane prawo do pełnienia samodzielnej funkcji w budownictwie jw. zrealizował minimum 1/2 zadań o wartości co najmniej 10 000 000 zł brutto każde na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych - w zakresie budowy, przebudowy, lub rozbudowy lub remontu budynku wielokondygnacyjnego (co najmniej 5 kondygnacji) – 1 zadanie – 0 pkt, 2 zadania – 8 pkt.

Definicja zadania brzmiała: przez zadanie rozumie się cały okres pełnienia obowiązków kierownika lub kierownika budowy od protokolarnego przejęcia placu budowy przed rozpoczęciem robót, do oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu robót niezbędnego do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W przypadku kierowników robót branżowych okres pełnienia obowiązków liczony ma być od rozpoczęcia do zakończenia wszystkich prac (robót) w danej branży.

W swojej ofercie Przystępujący wskazał M. K. jako Kierownika Budowy oraz Ł. K. jako Kierownika robót sanitarnych. Jako doświadczenie Kierownika Robót Sanitarnych wskazywano dwa zadania:

- 1) Zadanie 1 – kompleks hotelowo-usługowy OVO Hilton z kompleksem SPA i Kasyno – okres realizacji roboty budowlanej od kwietnia 2016 r. do października 2017 r., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych także od kwietnia 2016 r. do października 2017 r. (od rozpoczęcia do zakończenia prac tej branży),
- 2) Zadanie 2 – Apartamenty Pięć Mórz - zespół pięciu budynków z garażami podziemnymi i krytym basenem – okres realizacji roboty budowlanej od lutego 2016 r. do lipca 2019 r., okres pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych także od lutego 2016 r. do lipca 2019 r.

Wątpliwości Zamawiającego powinno wzbudzić, że oba zadania były realizowane w okresie od kwietnia 2016 r. do października 2017 r. równoległe. Mało realne było, aby ta sama osoba pełniła równocześnie i to faktycznie, a nie jedynie formalnie, funkcję kierownika robót sanitarnych na dwóch tak dużych zadaniach. Okres realizacji Zadania 1 pokrywał się w całości z okresem realizacji Zadania 2. Wrocław i Sianożęty dzieli odległość ponad 500 km.

Wartość zrealizowanych inwestycji – 100 mln oraz 63,5 mln wskazywała na bardzo duży zakres prac, w tym prac w zakresie instalacji sanitarnych. Nie było więc możliwym równoczesne faktyczne sprawowanie funkcji kierownika robót sanitarnych na tych dwóch zadaniach.

Istotne wątpliwości budził fakt jednoczesnego pełnienia w pełnym wymiarze przez jedną osobę funkcji kierownika robót sanitarnych na dwóch dużych budowach oddalonych od siebie o ponad 500 km (OVO we Wrocławiu oraz Sianożęty nad morzem).

Roboty sanitarne w ramach inwestycji OVO nie były wykonywane wyłącznie w okresie wskazanym w ofercie Przystępującego, tj. od kwietnia 2016 r. do października 2017 r. Roboty te musiały rozpocząć się wcześniej, gdyż żaden inwestor i generalny wykonawca tak dużego zadania inwestycyjnego nie pozwoliłby sobie na nieprzewodzenie robót sanitarnych w roku 2015 i przez część 2016 r. Najprawdopodobniej też mogło być kilku kierowników robót sanitarnych (dla poszczególnych zakresów: instalacje wod-kan, instalacje HVAC, instalacje tryskaczowe, itp.) i Ł.K. mógł być formalnie jednym z nich.

Naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny co do jej istotnych części składowych w zakresie pozycji nr 5 Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót – prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad realizacją robót.

W pozycji 5 Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót Przystępujący wskazał, że prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad realizacją robót zrealizuje za kwotę 98 400,00 zł netto, podczas gdy Odwołujący zaoferował cenę 370.000,00 zł. Cena Przystępującego była więc w tym zakresie o ponad 70% niższa niż cena Odwołującego. Był to kolejny istotny element ceny, który powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego i skutkować wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Prace projektowe zgodnie z PFU obejmują stosunkowo szeroki zakres. Cena na poziomie niecałych 100 000 zł na tak szeroki zakres prac odbiegała od stawek rynkowych.

Naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia czytelnej wersji dowodu nr 7 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 12 sierpnia 2022 r. w sytuacji gdy dokument ten nie pozwalał na odczytanie przyjętych cen jednostkowych i wartości poszczególnych elementów kosztotwórczych, ewentualnie naruszenie art. 18 ust. 1-3 Pzp przez uznanie za skutecznie zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o cenach jednostkowych i wartościach poszczególnych elementów kosztotwórczych zawartych w tym dokumencie, w sytuacji gdy Przystępujący nie przedstawiło żadnego uzasadnienia, dla którego informacje te należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu protokół postępowania wraz załącznikami 12 września 2022 r., w tym wyjaśnienia Przystępującego w przedmiocie zaoferowanej ceny z 12 sierpnia 2022 r., przy czym załącznik nr 7 w formie, która nie pozwala na zapoznanie się z wartościami wskazanymi w kolumnach cena jednostkowa oraz wartość. Dokument ten miał istotne znaczenie w kontekście realności ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę oraz zgodności jego oferty z warunkami zamówienia. Dokumenty przekazane Odwołującemu nie zawierały żadnego uzasadnienia, dla którego informacje te należałoby traktować jako poufne. Odwołującemu nie udostępniono treści klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile taka w ogóle została złożona.

23 września 2022 r. Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego odrzucenie, względnie o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Odwołujący przesłał Zamawiającemu 13 września 2022 r. na skrzynkę poczty elektronicznej kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Oprócz treści odwołania, Odwołujący przesłał następujące załączniki:

1. aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego,
2. pełnomocnictwo,
3. potwierdzenie dokonania opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, 4. potwierdzenie dokonania wpisu od Odwołania.

Odwołujący nie dołączył do odwołania przesłanego Zamawiającemu żadnego z dowodów, na jakie Odwołujący powołał się w odwołaniu. Skoro Odwołujący przywołał dowody na potwierdzenie swych twierdzeń, to należy przyjąć, że były to dokumenty, które niosły merytoryczną wartość dla sprawy odwoławczej. Niezapoznanie się z nimi uniemożliwiło całkowicie Zamawiającemu merytoryczną polemikę z podnoszonymi zarzutami. Nieprzesłanie tych załączników wraz z odwołaniem oznaczało, że odwołanie nie zostało przesłane i zachodziły okoliczności, o których mowa w art. 528 pkt 6 Pzp.

W zakresie merytorycznej polemiki z zarzutami odwołania Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona 18 stycznia 2022 r. na kwotę 10 118 935,44 zł netto. Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 11 188 245,01 zł.

Wartość oferty Przystępującego była wyższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT o 2 377 195,74 zł.

Zamawiający w rozdziale 13 pkt 15 ppkt 2) SWZ zawarł wymóg złożenia wraz z ofertą „Tabeli zbiorczego zestawienia robót”, sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. W toku badania oferty Komisja Przetargowa dostrzegła różnice w pozycjach tabeli złożonej wraz z ofertą przez Przystępującego w stosunku do wartości wycenionych przez Zamawiającego. Całościowa oferta Przystępującego dla realizacji inwestycji w kwocie 13 565 440,750 zł brutto została zweryfikowana pod kątem realności wykonania i nie budziła wątpliwości. Jednakże Zamawiający chcąc mieć pewność, że ze strony Przystępującego nie zaistniał błąd w konstruowaniu oferty wezwał o wyjaśnienie trzech pozycji, chcąc uzyskać jednoznaczną deklarację, że zamówienie zostanie zrealizowane w całości i takie wyjaśnienie, poparte dowodami uzyskał.

Zamawiający pismem z 8 sierpnia 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie: Pozycji nr 1,13. – roboty budowlane zewnętrzne, Pozycji nr 3 – instalacje elektryczne, Pozycji nr 4 – wyposażenie.

W odpowiedzi Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że cena złożonej oferty oraz jej istotne części składowe uwzględniały wszystkie wymagania SWZ i oferta obejmowała wszystkie koszty konieczne do poniesienia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Wskazał również, że ceny w zakwestionowanych pozycjach nie były rażąco niskie i Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie w zakładanej kwocie z uwzględnieniem marży, przy zachowaniu wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych. Na potwierdzenie swych wyjaśnień złożył szereg dowodów.

Odwołujący pominął fakt, że wynagrodzenie za zrealizowanie niniejszego zamówienia ma mieć charakter ryczałtowy. Zamawiający pozostawił dowolność w sposobie szacowania poszczególnych elementów zawartych w tabeli zbiorczego zestawienia robót. Zgodnie z postanowieniami § 12 projektowanych postanowień umowy, elementy robót wykonywanych w ramach grup robót ujętych w tabeli zbiorczego zestawienia robót wraz z ich wartością i terminem miały zawierać się w harmonogramie rzeczowo – finansowym. To właśnie w tym celu Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą tabeli, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ. Zamawiający nie wskazał w jaki sposób, według jakiej metodologii wykonawcy zobowiązani byli wypełnić ów załącznik.

Odwołujący nie wykazał, aby zaistniały przesłanki przesądzające o wystąpieniu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Pominął analizę, czy wskazane elementy, składowe ceny, miały charakter istotny.

„Informacja o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach sprzętu budowlanego” SEKOCENBUD, to jedynie informacją a nie cennik, który musi być stosowany przez

przedsiębiorców. Żaden z przepisów prawa nie nakłada obowiązku stosowania przy kalkulacji tego typu informacji. Wyliczenia dokonane przez Odwołującego nie były zatem miarodajne i nie mogły stanowić dowodu, że zaoferowana przez Przystępującego cena lub jej elementy były rażąco niskie. Zamawiający w SWZ nie wymagał, aby wykonawcy dokonali kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o wspomniane „Informacje” czy też inne katalogi. W związku z tym każdy wykonawca zobowiązany był do ustalenia ceny ofertowej na podstawie własnych kalkulacji.

W zakresie zarzutów nr 2 i 3 Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie udowodnił i nie uzasadnił swojego stanowiska w sposób nie budzący wątpliwości. Zamawiający zaprzeczył stanowisku Odwołującego.

Zarzut nr 4

Zamawiający nie znalazł podstaw do tego, by nie uznać doświadczenia wskazanego w ofercie wykonawcy. Prawo Budowlane ani inne przepisy towarzyszące realizacji inwestycji budowlanych nie nakładają na Kierownika Robót obowiązku stałej obecności na budowie. Taki obowiązek mógłby wynikać z zawartych umów pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą w formie wymagania umownego. Przy obecnych możliwościach komunikacji elektronicznej oraz środkach transportu nie ma przeciwwskazań aby Kierownik Robót skutecznie realizował prace na oddalonych od siebie obiektach budowlanych.

Ponadto oba zadania wskazane jako realizowane przez zgłoszonego Kierownika Robót Sanitarnych nakładały się na siebie tylko częściowo, a nie w całym okresie realizacji.

1. Zadanie 1: od kwietnia 2016 do października 2017 (ok. 18-19 miesięcy),
2. Zadanie 2: od lutego 2016 do lipca 2019 (czas trwania ok 41-42 miesięcy).

W nakładającym się okresie ok.18 miesięcy kierownik robót sanitarnych mógł planować pracę na obu zadaniach w sposób nie nakładający się lub minimalnie nakładający wzajemnie. Roboty instalacyjne przeważnie zależą od etapu prac branży budowlanej stąd, na zadaniu nr 2 w początkowych miesiącach mogły odbywać się sporadycznie, a w późniejszym okresie (nawet po zakończeniu zadania nr 1) ruszyć z większą intensywnością. Zamawiający nie znalazł powodów ani podstaw, by powoływać się na niewiarygodne źródła zamieszczone w sieci i wywodzić z tego jakiegokolwiek skutki prawne.

Zarzut nr 5

Przystępujący w tabeli robót składanej wraz z ofertą wycenił pozycję dotyczącą prac projektowych na kwotę 98 400,00 zł. Zamawiający oszacował tę pozycję na kwotę 80 384,37 zł. Natomiast Odwołujący na wartość 370 000,00 zł. Wartości Zamawiającego i Przystępującego były zbliżone, dlatego Zamawiający nie miał w tym zakresie żadnych

wątpliwości.

Zarzut nr 6

Dokument przesłany przez Przystępującego jako dowód nr 7 miał zobrazować zakres szacowanych kosztów budowy podczas procesu inwestycyjnego. Ceny jednostkowe zatajone w dokumencie nie stanowiły istotnej informacji w odniesieniu do pojedynczych pozycji oferty. Zamawiający w tabeli zbiorczego zestawienia robót (załącznik nr 1 do SWZ) nie przewidywał osobnej pozycji dla tzw. kosztów budowy, ze względu na fakt, że były to koszty ogólne w rozumieniu globalnym oferty (m.in. zaplecze higieniczno-sanitarne, przestrzeń magazynowa, organizacja przestrzeni biurowej, media do celów budowy, wywóz śmieci, sprzątanie, BHP czy ubezpieczenia). Koszty budowy zawierane są przez wykonawców w cenie ofertowej przez rozłożenie częściowo na wszystkie pozycje oferty lub doliczenie do części pozycji. Decyzją wykonawców jest w jaki sposób i w jakiej części oferty doliczą ww. koszty.

23 września 2022 r. pisemne stanowisko wobec zarzutów odwołania zajął Przystępujący, który poparł w całości argumentację Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz dokumentacją techniczną,
2. oferty Przystępującego,
3. korespondencji Zamawiającego z Przystępującym, ze szczególnym uwzględnieniem wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez Przystępującego na okoliczność wyjaśnienia części składowych ceny oferty,
4. Dowodów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oraz w toku rozprawy.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, ze względu na fakt, że nie potwierdziła się okoliczność stanowiąca podstawę wniosku. Izba ustaliła, że kopia odwołania wraz z załącznikami, które otrzymał Zamawiający była tożsama z odwołaniem wraz z załącznikami, które zostały przekazane przez Odwołującego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący w treści odwołania odnosił się do dowodów, które nie zostały do niego załączone – Odwołujący złożył dowody dopiero w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron. Nie doszło zatem do naruszenia art. 528 pkt 6 Pzp, na które wskazywał Zamawiający.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Łączna wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 11 188 245,00 zł brutto. Ustalenie tej wartości nastąpiło zgodnie z dokumentem „Szacunkowe zestawienie robót” 18 stycznia 2022 r.

Zgodnie z Informacją z otwarcia ofert z 2 sierpnia 2022 r. oferty w postępowaniu złożyli:

1. Odwołujący - z ceną 15 907 528,50 zł,
2. Przystępujący - z ceną 13 565 440,75 zł.

Zamawiający poinformował, że przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia 11 188 245,01 zł, ale 4 sierpnia 2022 r. podjął decyzję o zwiększeniu tej kwoty o 2 377 195,74 zł, a zatem do kwoty odpowiadającej cenie oferty Przystępującego.

8 sierpnia 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wyzwanie:

„Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu w następujących pozycjach Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót.

1. Pozycja nr 1.13 ROBOTY BUDOWLANE ZEWNĘTRZNE - Zamawiający wycenił te pozycję na kwotę 419.000 zł, natomiast Wykonawca zaoferował 108.895,02 zł. Zamawiający wzywa Wykonawcę do przedstawienia szczegółowych wyliczeń:
 - jaki metraż i jaka cena realizacji drogi ppoż oraz parkingów zostały przyjęte (dokładne wyliczenie) do zaproponowanej wyceny oferty w podpozycji 1.13.2
 - ile, jakie nasadzania i w jakiej cenie zostały przyjęte (dokładne wyliczenie) do zaproponowanej wyceny oferty w podpozycji 1.13.1
2. Pozycja nr 3 INSTALACJE ELEKTRYCZNE - Zamawiający wymagał zakupu dużej ilości drogich elementów w tym systemów i urządzeń instalacyjnych i wycenił tę pozycję na kwotę 3.140.816,06 zł, natomiast Wykonawca zaoferował 1.639.050,00 zł, co w szczególności wynosi: Pozycja 3. Instalacje elektryczne - 52,19% (szacunku zamawiającego) ppoz. 3.1 - 41,85% (szacunku zamawiającego) ppoz. 3.2 - 61,25% (szacunku zamawiającego) ppoz. 3.6 - 14,73% (szacunku zamawiającego) ppoz. 3.8 - 70% (szacunku zamawiającego) ppoz. 3.9 - 42,89% (szacunku zamawiającego),
3. Pozycja nr 4 WYPOSAŻENIE – Zamawiający wycenił te pozycję na kwotę 1.232.580,48 zł, natomiast Wykonawca zaoferował 536.328,10 zł. Jednocześnie Zamawiający przekazał Wykonawcom jako pomocnicze do wyceny dwie tabele, stanowiące załączniki do SWZ tj Tabelę doposażenia i wyposażenia modułów nr 1b, oraz Tabelę wyposażenia pomieszczeń parteru nr 1c.

W związku z tym Zamawiający dodatkowo (oprócz dowodów j.w.) w zakresie wyjaśnień tej pozycji, wzywa Wykonawcę do złożenia wypełnionych tabel pomocniczych (zał. nr 1b, oraz nr 1c do SWZ)”.

12 sierpnia 2022 r. Przystępujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie oraz załączył dowody na poparcie swoich twierdzeń. Co niezwykle istotne dla oceny zarzutu nr 1 Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Tym samym Odwołujący nie kwestionował kompletności wyjaśnień Przystępującego, nie zarzucił też braku należytego udowodnienia okoliczności wskazanych w tych wyjaśnieniach. W konsekwencji ocenie podlegały przede wszystkim twierdzenia Odwołującego, który usiłował wykazać, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.

Podstawową okolicznością, która zdecydowała o oddaleniu zarzutu nr 1 był fakt, że cena całkowita oferty Przystępującego znacząco przekraczała kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący w toku rozprawy twierdził wprawdzie, że ze względu na oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia w styczniu, Zamawiający winien dokonać aktualizacji szacowania w związku z wydarzeniami na arenie międzynarodowej oraz wysokim poziomem inflacji. Odwołujący nie wykazał jednak o ile wzrosłaby wartość szacunkowa obliczona dla terminu składania ofert w postępowaniu. W konsekwencji Izba uznała, że nie budzi wątpliwości to, że cena całkowita oferty Przystępującego przewyższała szacunki Zamawiającego. Trudno w tej sytuacji uznać, by cena ta była rażąco niska. Ustalenie to jest o tyle istotne, że Zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe z wykonawcą umowy.

Zgodnie z Rozdziałem 4 pkt 4 SWZ:

1. Wykonawca winien:

- a) w uzgodnieniu z Zamawiającym sporządzić szczegółowy harmonogram rzeczowy i finansowy dla III etapu, na podstawie Zbiorczego Zestawienia Robót, w terminie do 7 dni od zawarcia umowy, który po zatwierdzeniu przez Zamawiającego - będzie stanowił załącznik do podpisanej umowy i będzie podstawą do rozliczeń zamkniętych etapów robót (...).

Rozdział 14 pkt 1 SWZ stanowi natomiast:

„Wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu oferty (zał. nr 1 do SWZ) łączną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia (zgodnie z: Tabelą zestawienia robót zał. nr 1a.)

- Cena ma charakter ryczałtowy i obejmuje: nakłady niezbędne do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową będącą podstawą do obliczenia ceny ofertowej (...).”

Potwierdziło się tym samym twierdzenie Zamawiającego, że załącznik nr 1A (Zbiorcze Zestawienie Robót) nie stanowiło podstawy obliczenia ceny oferty.

Odwołujący nie uprawdopodobnił zasadności swoich twierdzeń dotyczących wyjaśnianych przez Przystępującego pozycji z Załącznika nr 1A do oferty. Odwołujący złożył obszerny materiał dowodowy mający wykazać, że ceny tych pozycji były zaniżone. Odwołujący oparł się jednak przede wszystkim na kalkulacjach według katalogów Sekocenbud oraz na wycenach wynikających z możliwości wyceny dostępnych dla samego Odwołującego. Ceny wskazywane w Sekocenbudzie bardzo często okazują się być wyższe niż ceny oferowane w postępowaniach o udzielenie zamówień. Nie mogą więc stanowić samodzielnej podstawy do uznania, że określony wykonawca zaoferował rażąco niską cenę oferty,

w szczególności – gdy jak w tym postępowaniu – cena oferty to cena ryczałtowa, a ceny jednostkowe mają wyłącznie charakter pomocniczy.

Kalkulacje oparte na możliwościach dostępnych dla Odwołującego nie muszą być miarodajne dla ofert innych wykonawców. Dowody takie mają więc charakter subiektywny, nie mogły stanowić podstawy do stwierdzenia, że Przystępujący zaoferował cenę rażąco niską.

Konsekwencją oddalenia zarzutu nr 1 było oddalenie zarzutów na nim opartych, tj. zarzutu nr 2 i 3. Podkreślenia wymaga w szczególności, że zarzut nr 3 oparty był na niczym nieopartym twierdzeniu, że zaoferowanie zaniżonych cen jednostkowych musiał prowadzić do zaoferowania przedmiotu nieodpowiadającego wymogom SWZ. Takie twierdzenie musi być poparte dowodami, nie może sprowadzać się jedynie do przypuszczeń i domniemań Odwołującego.

Zarzut nr 4

Zarzut podlegał oddaleniu jako nieudowodniony. Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba uznała, że nie ma podstaw do uznania czynności Zamawiającego w zakresie punktacji oferty Przystępującego za nieprawidłowe czy nieodpowiadające treści SWZ. Przystępujący przekazał Zamawiającemu podlegające punktacji informacje w sposób zgodny z wymogami specyfikacji. Skoro Odwołujący kwestionował prawdziwość złożonych przez Przystępującego dokumentów winien swoje twierdzenia poprzeć należytymi dowodami. Tymczasem Odwołujący oparł się na wydrukach z portalu internetowego LinkedIn oraz na wydruku informacji prasowych dotyczących inwestycji OVO.

Izba wskazuje, że informacje pochodzące z ww. portalu były całkowicie niewiarygodne. Osoby korzystające z portali społecznościowych mają pełną swobodę w zamieszczaniu informacji za swój temat, co prowadzi niejednokrotnie to kreowania „rzeczywistości alternatywnej”. Informacji takich nikt nie weryfikuje pod kątem ich prawdziwości, co jest jasne dla każdego, kto kiedykolwiek miał styczność z portalami społecznościowymi. Wydruk z portalu LinkedIn nie mógł zatem podważyć wiarygodności dokumentów pochodzących od podmiotów zaangażowanych w realizację określonych inwestycji.

Informacje prasowe zaprezentowane z kolei przez Odwołującego miały charakter ogólny. O ile mogły stanowić dowody pomocnicze, wskazujące na możliwość zaistnienia pewnych poszlak mogących prowadzić do wątpliwości dotyczących doświadczenia zawodowego osób wskazanych przez Przystępującego, to z całą pewnością nie mogły być jedynymi dowodami na potwierdzenie zarzutu. Konsekwencją było jego oddalenie.

Zarzut nr 5

W pozycji 5 Tabeli Zbiorczego Zestawienia Robót (Załącznik nr 1A) Przystępujący wskazał, że prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad realizacją robót zrealizuje za kwotę 98 400,00 zł netto. Zamawiający oszacował tę pozycję na kwotę 80 384,37 zł.

Stanowisko Odwołujące oparte było na pochodzącym od Stowarzyszenia Architektów RP dokumencie dotyczącym zasad wyceny prac projektowych, z którego wynikało, że koszt projektu powinien nieznacznie przekraczać 5% ceny całkowitej oferty (w przypadku trybu „zaprojektuj i wybuduj”). Co istotne – między stronami nie było sporu, co do faktu, że sam Odwołujący również nie przestrzegał tej zasady. Ponadto – co oczywiste – wytyczne w rodzaju tych, na które powołał się Odwołujący nie mają żadnej mocy wiążącej. W konsekwencji Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim porównanie ceny zaoferowanej przez Przystępującego za prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego z oszacowaniem wartości tej części zadania dokonanej przez Zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut Odwołującego jest całkowicie bezpodstawny i oddaliła go.

Zarzut nr 6

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp: „przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia czytelnej wersji dowodu nr 7 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 12 sierpnia 2022 r. – KOSZTY BUDOWY (...)”.

Zarzut ten podlegał oddaleniu już ze względu na samą jego konstrukcję. Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ze względu na przytoczony wyżej art. 224 ust. 6 Pzp art. 128 ust. 1 Pzp nie ma zastosowania do dokumentów składanych wraz z wyjaśnieniami ceny. Zasadą, potwierdzoną w orzecznictwie jest jednokrotne wzywanie do wyjaśnień ceny oferty. Wszelkie braki w treści wyjaśnień czy w dowodach na potwierdzenie tych wyjaśnień podlegają skutkom wynikającym z art. 224 ust. 6 Pzp. Odwołujący nie podniósł jednak zarzutu naruszenia tego przepisu.

W konsekwencji zarzut nr 6 został oddalony.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: