



Attis Tomasz Obrzut  
Stara Wieś 216  
33-325 Kruźłowa Wyżna  
NIP. 734-273-29-45

Stara Wieś, 26.03.2024r.

**Do  
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa**

**Odwołujący:**

**ATTIS Tomasz Obrzut  
Stara Wieś 216  
33-325 Kruźłowa Wyżna**

*numer telefonu odwołującego: 691 623 344*

*adres poczty elektronicznej odwołującego: [biuro@attisbudownictwo.pl](mailto:biuro@attisbudownictwo.pl)*

*numer NIP odwołującego: 7342732945*

*numer REGON: 121217214*

*reprezentowany przez:*

*Tomasz Obrzut (właściciel)*

*adres przedstawiciela: 33-325 Kruźłowa Wyżna, Stara Wieś 216*

**Zamawiający:**

**Prezydent Miasta Legnicy działający w imieniu Gminy Legnica  
Gmina Legnica – Urząd Miasta Legnica  
Plac Słowiański 8  
59-220 Legnica,**

**NIP 6910011742 tel. (76) 72-12-100; fax. (76) 72-12-115  
[e-mailzamowienia.publiczne@legnica.eu](mailto:e-mailzamowienia.publiczne@legnica.eu)**

**ODWOŁANIE**

Reprezentując Wykonawcę **ATTIS Tomasz Obrzut** z siedzibą w **Starej Wsi 216 (33-325) Kruźłowa Wyżna**, zwanym dalej „Odwołującym” – **niniejszym** na podstawie przepisu **art. 513 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 3** ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicz-

nych (t.j. Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” – **wnoszę odwołanie:**

**1) od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego**, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp pn.: **„Rewitalizacja zabytkowego Parku Miejskiego w Legnicy” – Przebudowa alejek parkowych: Białej, Oswobodzenia i Hetmańskiej, alejki pomiędzy aleją Białą a Hetmańską**, (Nr postępowania: M.RZP.271.6.1.298.43.2023), polegającej na bezprawnym wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która powinna być odrzucona tj. oferty firmy: BUDRIM Sp. z o.o., z siedzibą w Kunicach (59-216) przy ul. Rolniczej 2, poprzez naruszenie poniższych przepisów:

**a) art. 223 ust 1** ustawy Pzp, tj. prowadząc niedopuszczalne pomiędzy Zamawiającym a ww. Wykonawcą negocjacje, dotyczące złożonej oferty - a przez to przyzwolenie na dokonanie niedopuszczalnych zmian w jej treści poprzez ostateczne przyjęcie zmienionych wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty,

**b) art. 224 ust. 6** ustawy Pzp, tj. nie odrzucając oferty ww. Wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną - w sytuacji złożenia niedopuszczalnych, ponad jednokrotnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w dodatku wyjaśnień bez jakichkolwiek dowodów, i wyjaśnień które nie uzasadniły w dopuszczalny sposób ceny podanej w ofercie,

**c) art. 16 pkt 1 i pkt 2** ustawy Pzp tj. prowadząc postępowanie z rażącym naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych: zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania Wykonawców oraz zasady przejrzystości,

**d) art. 17 ust.** ustawy Pzp tj. udzielając zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

- wypełniając tym samym jako **podstawę odwołania przepis art. 513 pkt 1** ustawy Pzp;

**2) na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności**, polegających na:

**a) wnikliwym zbadaniu wyjaśnień ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, do którego Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp - w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 16.02.204r.)**

**b) odrzuconiu oferty ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą na podstawie poniższych przepisów **art. 226 ust. 1** ustawy Pzp:**

- **pkt 3)** jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp  
oraz

- **pkt 8)** jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

**c) wyborze oferty Odwołującego, zgodnie z przepisem **art. 17 ust. 2** oraz **art. 239 ust. 1 i ust. 2** ustawy Pzp.**

- wypełniając tym samym jako **podstawę odwołania przepis art. 513 pkt 2** ustawy Pzp;

**3) na zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp tj.:**

- a) z poszanowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania Wykonawców,
- b) zasady przejrzystości,
- c) udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

- mimo że Zamawiający był do tego obowiązany na podstawie przepisu **art. 16 pkt 1 i pkt 2** oraz przepisu **art. 17 ust. 2** ustawy Pzp i wypełniając tym samym jako **podstawę odwołania przepis art. 513 pkt 3** ustawy Pzp.

-----

Wskazanych powyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów prawa:

1) zarzut naruszenia przepisów: art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z **art. 223 ust. 1, art. 224 ust. 6** oraz **art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 8** ustawy Pzp - polegający na:

a) **zaniechaniu prowadzenia postępowania** zgodnie z **podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych,**

b) **udzieleniu zamówienia Wykonawcy** wybranemu **niezgodnie z przepisami ustawy,**

c) **zaniechaniu odrzucenia oferty** wybranego Wykonawcy **w sytuacji, gdy udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia:**

- **są niedopuszczalne gdyż są dwukrotnie „zawezwane” ze strony Zamawiającego i udzielone trzykrotnie przez Wykonawcę,**

- **stanowią niedopuszczalną zmianę oferty,**

a dodatkowo

- **nie udowadniają, iż podana w ofercie cena nie jest rażąco niska.**

2) zarzut naruszenia przepisów: art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku **art. 239 ust. 1 i 2** ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty ww. Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podnosząc **ww. zarzuty wnosi o ich uznanie, uwzględnienie odwołania** na podstawie przepisu **art. 554 ust. 1 pkt 1** ustawy Pzp z uwagi na **naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazanie Zamawiającemu:**

a) **unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 marca 2024r.,**

b) **powtórzenie czynności związanych z badaniem wyjaśnień ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą - w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia z dnia 16.02.2024r.)**

**c) odrzucenie oferty ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą** na podstawie poniższych przepisów **art. 226 ust. 1** ustawy Pzp:

- pkt 3) jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp

**oraz**

- pkt 8) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

**d) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.**

-----

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 2024/BZP 00067561/01 z dnia 2024-01-25 (postępowanie prowadzone według reguł krajowych).

-----

**Zamawiającemu Odwołujący zarzuca:**

a) **zaniechanie** właściwej oceny wyjaśnień ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, do którego Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp - w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia z dnia 16.02.2024r.)

b) **prowadzenie** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego **z rażącym naruszeniem** podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w **art. 16 pkt 1 i pkt 2** oraz **art. 17 ust. 2** ustawy Pzp a także w przepisach **art. 223 ust. 1** ustawy Pzp i **art. 224 ust. 6** ustawy Pzp (w zakresie tylko jednokrotnego wyzwania o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty)

**a w konsekwencji**

- **bezprawne** tj. niezgodne z przepisami ustawy Pzp **dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy BUDRIM Sp. z o.o., z siedzibą w Kunicach (59-216) przy ul. Rolniczej 2** - zamiast oferty Odwołującego, zgodnie z przepisem **art. 17 ust. 2** w zw. z **art. 239 ust. 1 i ust 2** ustawy Pzp.

### **UZASADNIENIE FAKTYCZNE**

Pismem z dnia **21 marca 2024r.**, Zamawiający poinformował Odwołującego o **wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy BUDRIM Sp. z o.o., z siedzibą w Kunicach (59-216) przy ul. Rolniczej 2** w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dofinansowanego co też istotne z **Programu Rządowego Fundusz Polski Ład**: Program Odbudowy Zabytków zgodnie ze wstępną Promesą NR Edycja2RPOZ/2023/7141/PolskiŁad z dnia 04.10.2023 r. Park Miejski w Legnicy wpisany jest do rejestru zabytków pod numerem A/1712 decyzją Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 30.03.2010 r.

**(Dowód nr 1: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21.03.2024r.)**

W toku prowadzonego postępowania o udzielne zamówienia publicznego na skutek zaistnienia w ofercie ww. Wykonawcy – obligatoryjnego do zbadania przypadku czy nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, Zamawiający pismem z dnia **13.02.2024r.** wezwał w ww. Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą **do złożenia na podstawie przepisu art. 224** ustawy Pzp **wyjaśnień i dowodów** - wskazując iż oferta ww. Wykonawcy **znacząco/rażąco odbiega** zarówno:

- **od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.** Wartość zamówienia wynosi **1.500.000,00 zł brutto**, natomiast Państwa oferta **opiewa na kwotę 940.950,00 zł brutto**, co stanowi **62,73 % wartości zamówienia brutto ustalonej przed wszczęciem postępowania**, jest **od niej niższa o 37,27%**, czyli więcej niż 30% – art. 224 ust 2 pkt 1) ustawy Pzp;

- **od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych niepodlegających odrzuceniu ofert.** Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert w postępowaniu wynosi **1.515.496,84 zł brutto**, natomiast Państwa oferta **opiewa na kwotę 940.950,00 zł brutto**, stanowi **62,05 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert**, jest **od niej niższa o 37,91%**, czyli więcej niż 30% – art. 224 ust 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Zamawiający wystosował przedmiotowe wezwanie mając na względzie postanowienia przepisu **art. 224** ustawy Pzp, zgodnie z którym:

*„1. **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 istotnych części składowych.***

*2. W przypadku gdy **cena całkowita oferty** złożonej w terminie **jest niższa o co najmniej 30% od:***

*1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*

*2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.”*

Jednocześnie w treści wezwania Zamawiający pouczył, iż zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp - **obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy a ponadto i o tym, iż** Oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub **jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami**

nie uzasadniają podanej w ofercie ceny - **podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną.**

Co ważne wskazania – to fakt, iż w przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wezwał o wyjaśnienia w oparciu o przepis **art. 224** ustawy Pzp – a ten mówi o wyjaśnieniach wraz z dowodami.

**(Dowód nr 2: Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13.02.2024r.).**

Wykonawca wezwany pismem z dnia 13.02.2024 r. do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - przesłał w wyznaczonym terminie, w dniu **16.03.2024 r.** swoje pismo, jednakże **JEDYNIĘ** z samymi wyjaśnieniami **BEZ DOWODÓW** oraz załączył do niego dokument: „Kalkulacja szczegółowa” (jedynie dla jednego z czterech działów przedmiaru robót, określającego przedmiot zamówienia), wszystkie stanowiące jedyne oświadczenia własne Wykonawcy.

**Do wyjaśnień nie dołączono żadnych obiektywnych dowodów,** w tym nawet **w zakresie wynagrodzenia za pracę** gdzie Wykonawca jedynie lakonicznie oświadczył, „ *iż koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów z dnia 10 listopada 2020 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).*” – **ZAMIAST przedstawić ich RZETELNE WYLICZENIE jako jednego ze składników cenotwórczych oferty,** choćby z uwagi na obowiązki wynikające z brzmienia przepisu **art. 224 ust. 3 i ust. 4** ustawy Pzp.

**(Dowód nr 3: Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 16.03.2024r.)**

I tak, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 224 ustawy Pzp:

*„3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*

*1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*

*2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*

*3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*

**4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy,** których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

*5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*

**6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,** obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

*7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*

*8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

**4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.**

Dodatkowo co warte wskazania, pomimo znajdującego się w złożonych wyjaśnieniach - twierdzenia wybranego ww. Wykonawcy, iż:

*„Kalkulacja ceny podanej w ofercie została sporządzona rzetelnie i gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony. Zapewniamy, że realizacja zamówienia jest możliwa i ekonomicznie uzasadniona za cenę podaną w ofercie. Wyceny przedmiotu zamówienia dokonaliśmy w sposób odpowiadający realiom rynkowym i obejmujący wszystkie koszty poniesione w trakcie realizacji zamówienia oraz przewidywany zysk, w oparciu o szczegółową analizę wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji zadania oraz uwzględniając doświadczenie Wykonawcy zgromadzone przy realizacji podobnych inwestycji. Cena oferty została skalkulowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w IDW oraz dokumentacją techniczną.”*

- nie udowodnił on wszystkich wycień składających się na cenę ofertową ani realności czynników cenotwórczych, w tym jak wyżej wskazano nie wyjaśnił **zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy** czy też **zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.**

Ponadto **cena ofertowa** wbrew stwierdzeniu wybranego Wykonawcy - nie została przedstawiona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w IDW oraz dokumentacją techniczną. Zamawiający wymagał bowiem wskazania w formularzu cenowym zastosowanych stawek i narzutów wraz z wykazem materiałów i sprzętu oraz załączenia do oferty wycenionego przedmiaru robót (kosztorysu ofertowego). Wykonawca nie załączył do oferty wymaganego wykazu sprzętu.

Dodatkowo Odwołujący po dokonaniu szczegółowej analizy dokumentacji postępowania stwierdza, iż Wykonawca w złożonych przez siebie wyjaśnieniach przytacza nieprawdziwe informacje w zakresie:

- zastosowania szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej: w przypadku aż 14 z 27 pozycji kosztorysowych zastosował bowiem metodę kalkulacji uproszczonej, co oznacza że cena jednostkowa nie wynika z zastosowania do jej kalkulacji przedstawionych w ofercie czynników produkcji lecz z wprowadzonej ceny jednostkowej (uproszczonej);

- zastosowania zaoferowanych czynników produkcji: w kalkulacji szczegółowej (pozostałe 13 pozycji kosztorysowych) zastosowano inne niż oferowane wartości (stawka roboczogodziny, ceny materiałów)

- zgodności z przedmiarem robót: w pozycji nr 21 d.1.2 Wykonawca w sposób nieuprawniony zmienił opis pozycji i ilość jednostek przedmiarowych.

**(Dowód nr 3: Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 16.03.2024r.)**

I tak, zgodnie z poniższymi postanowieniami IDW - do oferty a następnie do umowy należało dołączyć odpowiednie poniższe dokumenty oraz sporządzić je zgodnie z poniższymi wytycznymi:

### **„XVIII. Sposób obliczenia ceny oferty:**

1. Cena podana przez wykonawcę w „ Formularzu oferty” – Rozdział 1 siwz, jest wyrażoną w pieniądzu wartością robót budowlanych i innych świadczeń wykonawcy stanowiących przedmiot zamówienia.

2. Cenę oferty oblicza się na podstawie:

a) wycenionego przedmiaru robót sporządzonego w formie uproszczonej, dalej zwanego kosztorysem ofertowym, z ryczałtowymi cenami jednostkowymi (z narzutami bez VAT) dla każdej pozycji przedmiarowej obliczonej w PLN (dwa miejsca po przecinku).

**Określenie ryczałtowych cen jednostkowych niezgodnie z w/w zapisem (np. z 3. miejscami po przecinku) traktowane będzie jako błąd w obliczeniach i skutkować będzie odrzuceniem oferty,**

b) wyceny innych świadczeń wykonawcy np. robót przygotowawczych, robót porządkowych, utrzymania zaplecza budowy, czynności związanych z odbiorami robót, sporządzeniem dokumentacji powykonawczej w tym operatu kolaudacyjnego itp., bez VAT - obliczonej w PLN,

c) do tak obliczonej łącznej wartości kosztorysowej nalicza się obowiązujący podatek VAT otrzymując cenę przedmiotu zamówienia.

3. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.

**Wyceniony przedmiar robót w formie uproszczonej zwany kosztorysem ofertowym powinien obejmować wszystkie pozycje dostarczonego przedmiaru robót przez Zamawiającego wraz z zestawieniem materiałów i sprzętu – Wykonawca ma prawo zastosować materiały równoważne lecz o parametrach nie gorszych niż zaproponowane przez Zamawiającego. – **którego to zestawienia sprzętu i materiałów równoważnych wybrany Wykonawca nie przedstawił****

W pozycjach nie wycenionych przez Wykonawcę należy wpisać cyfrę „0”

**(Dowód nr 4: Formularz cenowy wybranego Wykonawcy złożony wraz z ofertą).**

Zamawiający nie dopuszcza stosowania upustu ogólnego. W przypadku zastosowania upustu Wykonawca winien przeliczyć wszystkie pozycje wycenionego przedmiaru robót.

**Roboty, które nie zostały wymienione w przedmiarze i w następstwie tego nie uwidoczniono ich wyceny w kosztorysie ofertowym, lecz są opisane w specyfikacjach technicznych będą uważane za zawarte w cenach innych pozycji wycenionego przedmiaru robót (kosztorysu ofertowego) zgodnie z poniższą kolejnością pierwszeństwa dokumentów:**

- 1) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych - STWiOR,
- 2) dokumentacja projektowa: opis, rysunki,
- 3) wyceniony przedmiar robót.

Przyjmuje się, że **cena za prace, których nie przedstawiono w oddzielnych pozycjach przedmiaru,** została rozłożona na ceny jednostkowe wstawione dla innych elementów robót



– i to należało wykazać w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny a czego wybrany Wykonawca jak już wykazano powyżej nie uczynił.

4. Nie dopuszcza się w składanej ofercie wariantowych wycenionych przedmiarów robót Wykonawcy. Zaleca się aby Wykonawca dokonał wizji lokalnej w terenie oraz zdobył wszelkie informacje, które mogą być konieczne do prawidłowej wyceny wartości robót budowlanych, gdyż wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy związanych z błędnym skalkulowaniem ceny lub pominięciem elementów niezbędnych do wykonania umowy.

**Zamawiający od Wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę zażąda przekazania w dniu podpisania umowy kosztorysów zawierających kalkulacje ryczałtowych cen jednostkowych wykonanych metodą szczegółową.”**

– co ma ważne przełożenie na to aby przy zawarciu umowy pojawił się szczegółowy kosztorys, który de facto ma być odpowiednikiem nie tylko ceny ofertowej ale i kosztorysu przedstawionego na etapie wyjaśnień przez wybranego Wykonawcę

Natomiast Wykonawca w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie przedstawił nawet całego kosztorysu tylko jego część.

**(Dowód nr 3: Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 16.03.2024r.)**

I tak złożony w ramach wyjaśnień przez wybranego Wykonawcę, dokument: „Kalkulacja szczegółowa” określa jedynie, na co wskazał sam ww. Wykonawca - **cenę ofertowej jedynie dla działu 1 (przedmiaru robót)**, przy czym Wykonawca **nie zastosował** przedstawionych w Formularzu cenowym czynników cenotwórczych, tylko w sposób niedopuszczalny **podał inną niż przedstawiona w nim cena roboczogodziny oraz inne ceny materiałów.**

Ponadto Odwołujący wskazuje,  iż część pozycji zawiera inne ceny jednostkowe od przedstawionych w kosztorysie ofertowym (dot. pozycji nr 10; 11; 13; 14; 15; 16; 17; 19; 20; 24; 25). W pozycji nr 21 Wykonawca dokonał zmiany treści jej opisu i ilości. Ponadto część cen jednostkowych (w czternastu pozycjach) nie wynika z kalkulacji szczegółowych ale z wprowadzonych uproszczonych cen jednostkowych.

**Dokonane wyjaśnienia, sposób ich sporządzenia i zobrazowania – jest oczywiście niedopuszczalną zmianą, niedopuszczalną negocjacją ceny ofertowej, łamiącą tym samym przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.**

I tak, zgodnie z przepisem **art. 223** ustawy Pzp:

*„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. **Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty** oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, **dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.**”*

Ponad powyższe wykazanie tylu niedopuszczalnych i oczywistych błędów oraz naruszeń ze strony wybranego Wykonawcy w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny - również i Odwołują-

cy nie był bierny wobec dostrzeżonych nieprawidłowości w ofercie wybranego ww. Wykonawcy i już po pierwszym wglądzie do jego oferty – zgłosił pismem z dnia **15.02.2024r.** Zamawiającemu informację o **dostrzeżonych nieprawidłowościach i niezgodnościach treści oferty** Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą - **z treścią SWZ.**

W przedmiotowym piśmie Odwołujący wskazał m.in. na:

Niezgodności i nieprawidłowości w ofercie nr 7 (Ofereant: BUDRIM Sp. z o.o., 59-216 Kunice, ul. Rolnicza 2):

1. **Cena oferty nr 7 jest niższa o ponad 30%** od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, zatem istnieje uzasadniona przesłanka do twierdzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W tej sytuacji Zamawiający jest zobowiązany do zbadania tego faktu. **Ofereant winien przedstawić szczegółową kalkulację ceny ofertowej oraz wszystkich cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, w oparciu o przedstawione w złożonej ofercie zastosowane stawki i narzuty oraz ceny materiałów.**

2. **Brak zestawienia sprzętu**, wymaganego zgodnie z treścią pkt 3 rozdziału XVIII SWZ-IDW.

3. **Liczne błędy w obliczeniu cen jednostkowych**, czego przykładem jest cena jednostkowa wykonania podsypki piaskowej z piasku grubego z zagęszczaniem mechanicznym (pozycje przedmiaru: 12.d.1.2; 39.d.2.2; 67.d.3.2; 94.d.4.2): zaofiarowana cena jednostkowa wynosi 1,50 zł netto/m<sup>2</sup>, podczas gdy z przeliczenia jedynie wartości materiału (bez uwzględnienia kosztów robocizny i sprzętu) wynika, że koszt materiału przekracza wartość ceny jednostkowej. W zestawieniu materiałów Ofereant wskazał cenę 1 m<sup>3</sup> piasku w wysokości 45,00 zł/m<sup>3</sup>, natomiast w formularzu cenowym wskazał, że koszt zakupu materiałów wynosi 15%, zatem koszt 1 m<sup>3</sup> piasku, z uwzględnieniem narzutu w postaci kosztu zakupu wynosi 51,75 zł netto/m<sup>3</sup>. Dla warstwy 3 cm koszt samego materiału (piasek gruby), bez uwzględnienia zwiększenia nakładu ze względu na zagęszczanie, wynosi: 51,75 zł x 0,03 m = 1,55 zł/m<sup>2</sup> (po zaokrągleniu do 2 miejsc po przecinku), czyli więcej niż podana w kosztorysie cena jednostkowa, która zawiera również koszt robocizny i pracy sprzętu. **Takie błędy obliczeniowe nie są oczywistymi omyłkami rachunkowymi, które Zamawiający może poprawić, zatem oferta nr 7 podlega odrzuceniu.**

Odwołujący powołując się na wyżej wskazane nieprawidłowości – zwrócił się do Zamawiającego o rzetelną analizę złożonych ofert oraz dokonanie czynności wyboru oferty spośród ofert nie podlegających wykluczeniu.

**(Dowód nr 5: Pismo Odwołującego o dostrzeżonych nieprawidłowościach i niezgodnościach treści oferty z dnia 15.02.2024r.)**

Pomimo tylu oczywistych błędów i naruszeń ze strony wybranego Wykonawcy w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, stanowiących wprost niezgodności treści wyjaśnień z treścią oferty oraz niekompletności wyjaśnień względem treści oferty i brakiem dowodów (które powinny skutkować automatycznym odrzuceniem oferty) - Zamawiający **w niedopuszczalny sposób** postanowił wezwać ponownie w dniu **28.02.2024 r.** wybranego Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią wyjaśnień i treścią oferty.

Powyższe wezwanie stanowi wprost o naruszeniu przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

1) zarzut naruszenia przepisów: art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1, art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 ustawy Pzp - polegający na:

a) **zaniechaniu prowadzenia postępowania** zgodnie z **podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych,**

b) **udzieleniu zamówienia Wykonawcy** wybranemu **niezgodnie z przepisami ustawy,**

c) **zaniechaniu odrzucenia oferty** wybranego Wykonawcy **w sytuacji, gdy** udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia:

- **są niedopuszczalne gdyż dwukrotnie „zawezwane” ze strony Zamawiającego i udzielone trzykrotnie przez Wykonawcę,**

- **stanowią niedopuszczalną zmianę oferty,**

a dodatkowo

- **nie udowadniają, iż podana w ofercie cena nie jest rażąco niska.**

Czynności **dwukrotnego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny** w sytuacji, gdy pierwsze złożone wyjaśnienia były ogólne, zdawkowe, niezgodne z wezwaniem (gdyż nie zawierały m.in. dowodów potwierdzających przyjęte wielkości jednostkowo/kosztowe, kosztów potwierdzających zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy czy też zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego), niezawierające żadnych konkretnych danych cenotwórczych umożliwiających weryfikację ceny oferty, bez przedstawienia wycień (np. pełnej szczegółowej kalkulacji kosztorysu, czy szczegółowego rozbicia ceny oferty), które mogłyby przekonać Zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny oferty – **jest niedopuszczalna w świetle obowiązującego orzecznictwa.**

Przedstawione lakoniczne wyjaśnienia nie stanowią wyjaśnień cenowych/ceny rażąco niskiej, a w każdym razie wyjaśnień wystarczających do wykazania braku rażąco niskiej ceny (uzasadniających cenę).

Co najwyżej stanowią one jedynie wyjaśnienia, które mają charakter ogólnych informacji o firmie wykonawcy, jego działaniu na rynku branży budowlanej.

Zasady Prawa zamówień publicznych są wytycznymi dla Zamawiających, ale także dla Wykonawców, dotyczącymi procesu przygotowania, prowadzenia i udzielania zamówienia publicznego.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji dotyczy różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynika tu z działania zarówno Zamawiającego tu: dwukrotne wezwanie do wyjaśnień, zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna być odrzucona, wybór oferty Wykonawcy, która podlega odrzuceniu, jak również z działań Wykonawcy (złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak prawidłowych wyjaśnień i dowodów uzasadniających cenę oferty).

To na Zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców oraz nie będzie

stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji – jak to niestety ma miejsce w przypadku przedmiotowego postępowania.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca, który udziela wyjaśnień lakonicznych, hasłowych oraz nie popartych jakimikolwiek dowodami, oraz wyjaśnień zawierających błędy opisane powyżej - jest w niedopuszczalny prawnie sposób wzywany po raz drugi do udzielenia wyjaśnień.

Nakaz przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców dotyczy tylko Zamawiającego (tylko on może „traktować” Wykonawcę). Zasada równego traktowania wykonawców zabrania Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregoś z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregoś z wykonawców.

Zasada ta również została w postępowaniu naruszona.

W **dyrektywie 2014/24/UE** zasada równego traktowania wykonawców została wskazana m.in. w: art. 56 ust. 3 („Jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – **chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej** – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentacje **w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości**”).

Również i ta zasada ta została naruszona przez Zamawiającego.

Zasada przejrzystości oznacza, **że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców** (wyrok KIO z 25.11.2010 r., KIO/UZP 2483/10, LEX nr 690545).

Ponadto abstrahując od przedstawienia niejasnych i nierzetelnych wyjaśnień, dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest konieczne wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Wystarczy uznać, iż przedstawione wyjaśnienia nie udowadniają, iż cena nie jest rażąco niska, co w istocie nastąpiło w przedmiotowej sprawie już po pierwszym wezwaniu.

Pomimo nowelizacji ustawy Pzp - nie stracił aktualności adekwatny dla przedmiotowej sprawy **wyrok SO w Warszawie z 5.7.2007 r., V Ca 2214/06**, określający, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania konieczne jest **złożenie umotywowanych przekonujących wyjaśnień**, a nie jakichkolwiek wyjaśnień.

Warto również wskazać na **wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 3 marca 2020 r. w sprawie X Ga 35/20**, w którym Sąd wyraził pogląd, cyt.:  
*„Na marginesie podnieść należy, iż nawet wówczas, gdy ceny pozostałych wykonawców są zbliżone kwotowo to okoliczność taka nie ma decydującego znaczenia, a raczej **badane jest to czy dany wykonawca jest w stanie wykazać, że cena jego ofert została skalku-***

***lowana rzetelnie, odpowiednio do realnych warunków działania, dostępnych właśnie temu wykonawcy, brak możliwości wykazania rzetelności ceny ofert przez wykonawcę skutkuje negatywnie dla tego wykonawcy także wówczas, gdy ceny innych ofert znajdują się na podobnym poziomie.”***

Zaistnienie po stronie Wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty - **powinno być przez niego udowodnione.**

Wyjaśnienia udzielone przez Wykonawców co do zasady powinny być podane w sposób niebudzący wątpliwości i możliwy do pełnej weryfikacji przez Zamawiającego.

Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, że złożona oferta została przygotowana rzetelnie, a cena prawidłowo oszacowana.

**Jeżeli wyjaśnienia nie są rzetelne, staranne, wyczerpujące, konkretne i przekonujące, nie mogą zostać uznane za wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.**

### **KIO 901/23 WYROK dnia 17 kwietnia 2023 roku**

*„Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. **Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień.** Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.*

*Co do zasady dopuszczalne jest również ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, co słusznie podkreślono w odpowiedzi na odwołanie, taka konieczność nie zachodziła. Wystosowanie do Odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień stanowiłoby dla Wykonawcy drugą szansę na wyjaśnienie ceny, a nie byłoby podyktowane koniecznością wyjaśnienia przez Zamawiającego dodatkowych kwestii, które przedstawione zostały w wyjaśnieniach. To na wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania poszczególnych przywołanych w wyjaśnieniach okoliczności, które wpłynąć mogły na obniżenie ceny. Powtórne wezwanie do wyjaśnień jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u Zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla Zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia. Odwołujący przedstawił pewne założenia ale nie zdołał wiarygodnie i wyczerpująco wyjaśnić w jaki sposób wpłyną one na możliwość obniżenia ceny oferty.”*

Analogiczna sytuacja jak w ww. wyroku występuje w okolicznościach prowadzonego postępowania.

Wybrany Wykonawca nie złożył wiarygodnych i wyczerpujących wyjaśnień, co potwierdził sam Zamawiający w treści ponownego wezwania do wyjaśnień, wskazując wręcz na dostrzeżone nieprawidłowości.

W przedmiotowej sprawie nie zaszły żadne okoliczności, które umożliwiłyby Zamawiającemu dopuszczalnie prawnie - ponowne wezwanie do wyjaśnień, bo mógłby je wystosować jedynie w przypadku, gdyby konieczne było doprecyzowanie złożonych już wyjaśnień a nie wyjaśnień do odkrytych oczywistych błędów.

Zgodnie z tezami orzeczniczymi ograniczeniem dla ponownego wezwania do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy wykonawca na uprzednie wezwanie złożył wyjaśnienia ogólne, zdawkowe, niezgodne z wezwaniem, nienawiązujące do przedmiotu zamówienia, niezawierające żadnych konkretnych danych cenotwórczych umożliwiających weryfikację ceny oferty, bez przedstawienia wyliczeń (np. kosztorysu, czy szczegółowego rozbicia ceny oferty), które mogłyby przekonać Zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny oraz bez dowodów potwierdzających przyjęte wielkości. Nie stanowią wyjaśnień cenowych, a w każdym razie wystarczających do wykazania (uzasadniających cenę) wyjaśnienia, które mają charakter ogólnych informacji o firmie wykonawcy i pozycji wykonawcy na rynku. Taki opis warunków działalności wykonawcy w rzeczywistości nie może stanowić żadnego potwierdzenia prawidłowości skalkulowania danej oferty.

**Kolejne wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia poziomu ceny nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla Wykonawcy. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień poziomu ceny, brak jest po stronie Zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.**

Niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień.

Zgodnie z obowiązującym przepisami, w tym przepisem **art. 224 ust. 5** ustawy Pzp - ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy, który wywodzi z niego skutki prawne - więc to on powinien zadbać o jakość swoich argumentów, poprzez je stosownymi dowodami i kalkulacjami.

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego - Wykonawca zobowiązany był udzielić przekonujących wyjaśnień wraz z dowodami, w ramach których odnosiłby się w szczególności do kwestii wskazanych przez Zamawiającego w treści wezwania. Jednak to nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie.

Co prawda przepis **art. 224** ustawy Pzp Prawa zamówień publicznych nie stanowi wprost, że zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień cenowych jednokrotnie, to przepis ten jest wykładany jednolicie przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy, w tym również był wykładany jednolicie na tle poprzednio obowiązujących przepisów, a mianowicie przyjmuje się, że wezwać do wyjaśnień w ww. trybie można tylko raz.

Za taką wykładnią przemawia profesjonalizm adresata wezwania oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Natomiast o tym czy jest możliwość kierowania do wykonawcy dalszych wezwań do wyjaśnień cenowych decydują okoliczności danego postępowania a w przedmiotowej sprawie nie było okoliczności uprawniających Zamawiającego do kolejnego wezwania o wyjaśnienia ceny oferty.

**Zamawiający może wezwać do dalszych wyjaśnień tylko tego Wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia.** Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie, co w swoim piśmie (drugie wezwanie) - potwierdził de facto sam Zamawiający wskazując na dostrzeżone niezgodności.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Wyjaśnienia muszą być wykazujące, że za tę cenę możliwe i realne jest wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych do tego elementów (wymagania zamawiającego/prawa/wiedzy technicznej). Muszą być wyjaśniające dlaczego wykonawca był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie - czyli poziomem odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert.

Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie danego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzez stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje.

<https://www.kzp.net.pl/opracowania/wezwanie-do-wyjasnien-razaco-niskiej-ceny-tylko-jednokrotnie/>

Jednakże pomimo istniejących zakazów prawnych i pomimo tego, iż wybrany Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach **nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska**, Zamawiający w dniu **28.02.2024 r. PONOWNIE WEZWAŁ go** - do złożenia dalszych wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, czym sam de facto potwierdził, iż przedstawione wyjaśnienia bez dowodów z dnia 16.02.2024r. - nie uzasadniają w pełni podanej w ofercie ceny, wskazując tym samym, iż ma ona charakter rażąco niskiej ceny.

Ponadto w swym wezwaniu Zamawiający powołał się na odkryte nieprawidłowości, które automatycznie powinny dyskwalifikować wybranego Wykonawcę - a on pomimo to postanowił je nadal wyjaśniać, naruszając tym samym wskazane powyżej podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i naruszając przepis **art. 224 ust. 6** ustawy Pzp.

*„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.”*

I tak, w treści swego wezwania Zamawiający wskazał na dostrzeżone rozbieżności w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 16.02.2024r., takie jak:

**a)** w ofercie, w „Formularzu cenowym” - Rozdział 5 swz w pozycji „Wykaz stawek i narzutów” **zaoferowaliście Państwo stawkę roboczogodziny w wysokości 40 zł/r-g**, na-

tomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień **w kosztorysie szczegółowym** do wyliczenia ceny każdej z przedstawionych pozycji **przyjęta stawka roboczo-godzinny wynosi 37,20 zł/r-g;**

**b)** rozbieżne są również ceny materiałów np.:

- w ofercie **cena jednostkowa piasku to 45 zł za m<sup>3</sup>**; natomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień **w kosztorysie szczegółowym** do wyliczenia ceny np. w pozycji 12 d.3.2. **przyjęta cena jednostkowa piasku to 22 zł za m<sup>3</sup>**

- w ofercie **cena jednostkowa wody to 7 zł za m<sup>3</sup>**; natomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień **w kosztorysie szczegółowym** do wyliczenia ceny **przyjęta cena jednostkowa wody to 5,94 zł za m<sup>3</sup>**

- w ofercie **cena jednostkowa mialu kamiennego 65 zł za tonę**; natomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień **w kosztorysie szczegółowym** do wyliczenia ceny **przyjęta cena jednostkowa mialu kamiennego to 38,15 zł za tonę.**

Ponadto Zamawiający pouczył w piśmie Wykonawcę, iż:

- odpowiednio bowiem do zapisu pkt XVIII IDW – Rozdział 2 swz cyt. „*Zamawiający od Wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę zażąda przekazania w dniu podpisania umowy kosztorysów zawierających kalkulacje ryczałtowych cen jednostkowych wykonanych metodą szczegółową*”, które (ww. kosztorysy wykonane metodą szczegółową) **winny być zgodne ze złożoną ofertą**

oraz o tym, iż

- **na podstawie art. 224 ust 6** ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 – tekst jednolity z póź. zm.) oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, **podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną.**

**(Dowód nr 6: Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 28.02.2024r.)**

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca zwrócił się o wydłużenie terminu z dnia 1 marca na dzień 4 marca 2024r. i to bez podania jakichkolwiek powodów, na co Zamawiający wyraził zgodę, nie bacząc na to, iż pyta o cenę która powinna być wyliczona już dawno tj. na dzień składania ofert.

**(Dowód nr 7: Poczta Zamawiającego z Wykonawcą dot. wezwania do wyjaśnień i terminu tegoż wezwania)**

Wykonawca udzielił odpowiedzi w dniu **01.03.2024 r.**, przesyłając jedynie opracowanie zatytułowane „kalkulacja szczegółowa” uwzględniający rozbieżności w wysokości stawki robocizny oraz ceny jednostkowej za piasek, wodę, i mial kamienny, jednak w rzeczywistości kalkulacja ta opiera się – ponownie jak przedstawiona w dniu 16.03.2024 r. – na wprowadzeniu cen jednostkowych w sposób uproszczony.

W mailu przekazującym ów kosztorys - sam Wykonawca przyznał się wprost do dokonanych zmian względem wcześniejszych informacji, pisząc „**W zmienionych kalkulacjach szczegółowych przyjęto ceny zgodne ze złożonym w postępowaniu formularzem cenowym.**”

**(Dowód nr 8: Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 1.03.2024r.)**



Wybrany Wykonawca, przedstawiając **zmienioną w stosunku do wyjaśnień z dnia 16.02.2024r. „kalkulację szczegółową”** – i ponownie jedynie dla działu nr 1 przedmiaru robót, **sam zmienia treść poprzednich wyjaśnień.**

Czyni to jednak jedynie pozornie, dostosowując czynniki cenotwórcze do tych wskazanych w treści oferty, jednakże znaczna część cen poszczególnych pozycji faktycznie nie jest wynikiem kalkulacji szczegółowej lecz wynikiem wprowadzenia uproszczonych cen jednostkowych.

W poszczególnych pozycjach „kalkulacji” został zmniejszony nakład materiałów skutkujący niezgodnością oferty z przedmiotem zamówienia (np. poz. 12).

Jednocześnie jak wykazano powyżej w dniu 01.03.2024 r. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do dnia 04.03.2024 r., na co Zamawiający wyraził zgodę.

Tak więc kolejne trzecie wyjaśnienia ceny oferty, kolejną wersję „Kalkulacji szczegółowej” – tym razem dla całego zakresu przedmiotu zamówienia - Wykonawca przedstawił z datą **04.03.2024 r.**, wskazując w nich **wprost na niedopuszczalne dokonane zmiany:**

*„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.02.2024 r. w załączeniu przesyłam kosztorys szczegółowy uwzględniający rozbieżności w wysokości stawki robocizny oraz ceny jednostkowej za piasek, wodę, i miąż kamienny. **W zmienionych kalkulacjach szczegółowych** przyjęto ceny zgodne ze złożonym w postępowaniu formularzem cenowym. W załączeniu przesyłam kosztorys szczegółowy obejmujący wszystkie pozycje wykazane w kosztorysie ofertowym z uwzględnieniem cen jednostkowych materiałów wykazanych w zestawieniu materiałów. Z uwagi na powtarzalność pozycji przedmiarowych przesłany wcześniej kosztorys szczegółowy zawierał jedynie pozycje działu 1.1 i 1.2.”*

**(Dowód nr 9: Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 4.03.2024r.)**

Przekazany dokument, podobnie jak wersje wcześniejsze, faktycznie nie przedstawia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej lecz zawiera w większości ceny uproszczone, niewynikające ze szczegółowej kalkulacji opartej na czynnikach cenotwórczych, wskazanych w ofercie. Kolejnej, niedopuszczalnej zmianie uległy również poszczególne ceny jednostkowe.

W związku z powyższym stanem faktycznym i przyznaniu się samego Wykonawcy **do zmian w zakresie pierwotnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny** - Zamawiający winien był odrzucić ofertę Wykonawcy jako, iż Wykonawca w wyznaczonym (i nawet wydłużonym) terminie nie udowodnił, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

W przedmiotowej sprawie, Zamawiający **nie mógł więc ponownie wezwać Wykonawcy**, gdyż nastąpiła okoliczność wskazana w **art. 224 ust. 6** Pzp – to znaczy, że złożone wyjaśnienia nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna – co sam Zamawiający potwierdził w drugim wezwaniu i co wskazano powyżej.

Stosownie do treści **art. 224 ust. 6** ustawy Pzp - 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 podanych w ofercie ceny lub kosztu**. **W związku z tym konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczer-**

**pujące i poparte dowodami, jest konieczność odrzucenia oferty, a nie ponowne wezwanie do wyjaśnień w tym samym zakresie.**

Orzecznictwo w tym zakresie jest jednolite i nie pozostawia żadnych wątpliwości.

Wezwanie do wyjaśnień kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie.

Zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.

Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wybranego Wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 224 ustawy Pzp.

Co więcej Zamawiający przedłużył wybranemu Wykonawcy termin na złożenie dokumentów, co również świadczy o naruszeniu równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i przejrzystości zasad prowadzonego postępowania, tym bardziej że tak naprawdę wyjaśnienia dotyczyły ceny a ta powinna być szczegółowo przygotowana już na dzień złożenia oferty.

#### **KIO 2380/17**

**W wyroku z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2380/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że**

*„nie jest rolą zamawiającego przejście od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku”. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 Pzp 2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp 2004. **Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań** w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 Pzp2004 [aktualnie art. 224 UST. 1 i 2 PZP] musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty.”*

#### **KIO 2025/14**

**W wyroku z dnia 13 października 2014 r., KIO 2025/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że**

*„Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie*

złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy”.

### **KIO 77/16**

#### **W wyroku z dnia 3 lutego 2016 r., KIO 77/16, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp2004**

„pozwala zamawiającemu na skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, jednak w sytuacji, gdy wykonawca złożył rzetelne, szczegółowe wyjaśnienia poparte dowodami, ale jakieś elementy tych wyjaśnień budzą jego wątpliwości, czy wymagają doprecyzowania. Jest to prawo zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. **Uprawnienie to nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, do czego mogłoby dojść, gdyby zamawiający zwracając się powtórnie o wyjaśnienia sugerował wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.** Mając na uwadze dyspozycję art. 90 ust. 3 Pzp2004, zgodnie z którą w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuca ofertę takiego wykonawcy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w sytuacji, gdy wykonawca nie dołożył należytej staranności przy składaniu wyjaśnień, nie dostarczył też zamawiającemu dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny, brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w tym zakresie.

Powyżej cytowany wyrok zachowuje swój ogólny cel, choć pochodzi z poprzedniego stanu prawnego, gdy ofertę odrzucano wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Aktualnie przepis ten ma inne brzmienie:

**Art. 224 ust. 6** ustawy Pzp „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.**”

Tak więc w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie mógł ponownie wezwać Wykonawcy, gdyż nastąpiła okoliczność wskazana w **art. 224 ust. 6** Pzp – to znaczy, że złożone wyjaśnienia nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna – co sam Zamawiający de facto potwierdził w swoim drugim wezwaniu i co wykazano powyżej.

Stosownie do treści **art. 224 ust. 6** ustawy Pzp - 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 podanych w ofercie ceny lub kosztu.**

**W związku z tym konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest konieczność odrzucenia oferty - a nie ponowne wezwanie do wyjaśnień w tym samym zakresie.**

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego konkretnych, wskazanych przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz powołanych okoliczności faktycznych nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia

przepisów ww. ustawy - **miały istotny wpływ** na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazuje również, iż **przestrzeganie przepisów ustawy Pzp** ma bezpośrednie przełożenie na dofinansowanie przedmiotowego zamówienia z **Programu Rządowego Fundusz Polski Ład**, który wymaga właściwego tj. poprawnego stosowania przepisów ww. ustawy, a więc Zamawiający powinien dokonać poprawienia dokonanych przez siebie czynności zgodnie z żądaniami niniejszego odwołania.

Ponadto wartym wskazania jest również okoliczność, iż oferta Odwołującego jest droższa od oferty wybranego Wykonawcy jedynie o **346 tys. zł** co w branży budowlanej nie stanowi dużej różnicy.

Ponadto i przede wszystkim oferta Odwołującego (**1.286.981,73 zł brutto**) mieści się w budżecie Zamawiającego na realizację przedmiotowego zamówienia (**1.500.000,00 zł brutto**).

**(Dowód nr 10: Informacja z otwarcia ofert z dnia 12.02.2024r.)**

Z powodu wskazanej powyżej argumentacji natury prawnej i faktycznej - niniejsze Odwołanie pozostaje w pełni uzasadnione.

-----  
**Reasumując**, Odwołujący zarzuca naruszenia konkretnych przepisów ustawy Pzp, jak w petitum niniejszego odwołania.

Odwołujący podnosząc zarzuty określone w treści niniejszego odwołania - **wnosi o ich uznanie, uwzględnienie odwołania** na podstawie przepisu **art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp** z uwagi na **naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazanie Zamawiającemu:**

**a) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 marca 2024r.,**

**b) powtórzenie czynności związanych z badaniem wyjaśnień ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą** - w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia z dnia 16.02.2024r.)

**c) odrzućcie oferty ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą** na podstawie poniższych przepisów **art. 226 ust. 1** ustawy Pzp:

- pkt 3) jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp

**oraz**

- pkt 8) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

**d) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.**

-----  
Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie na rzecz Odwołującego **kosztów postępowania odwoławczego** w kwocie: **13.600,00 zł** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych), na

które składa się wpis od odwołania w kwocie 10.000,00 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł brutto.

Odwołujący przedstawi stosowną fakturę/rachunek na rozprawie.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione **w terminie 5 dni od dnia 21.03.2024r.** tj. dnia otrzymania Informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej (**art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. b**) ustawy Pzp).

Zgodnie z dyspozycją **art. 516 ust. 2 pkt 2** ustawy Pzp, kopia odwołania została przesłana również do Zamawiającego, na dowód czego Odwołujący składa stosowne potwierdzenie.

Odwołujący informuje, iż dokonał również wpisu związanego z wniesieniem niniejszego odwołania, na co załącza stosowny dowód (**art. 516 ust. 2 pkt 1** ustawy Pzp).

### **Uzasadnienie Interesu prawnego:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu **art. 505 ust. 1** ustawy Pzp, albowiem **ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego**, gdyż jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza o ile nie zostałaby odrzucona oraz **poniesienie on, może ewidentnie ponieść szkodę, w tym szkodę materialną** w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp – co w przedmiotowej sprawie ma miejsce.

Ponadto oferta Odwołującego (**1.286.981,73 zł brutto**) mieści się w budżecie Zamawiającego na realizację przedmiotowego zamówienia (**1.500.000,00 zł brutto**).

.....

### **Załączniki do odwołania:**

1. Dowód uiszczenia wpisu
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
3. CEiDG
4. **Dowód nr 1:** Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21.03.2024r.
5. **Dowód nr 2:** Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13.02.2024r.
6. **Dowód nr 3:** Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 16.03.2024r.
7. **Dowód nr 4:** Formularz cenowy wybranego Wykonawcy złożony wraz z ofertą.
8. **Dowód nr 5:** Pismo Odwołującego o dostrzeżonych nieprawidłowościach i niezgodnościach treści oferty z dnia 15.02.2024r.
9. **Dowód nr 6:** Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 28.02.2024r.

10. **Dowód nr 7:** Poczta Zamawiającego z Wykonawcą dot. wezwania do wyjaśnień i terminu tegoż wezwania
11. **Dowód nr 8:** Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 1.03.2024r.
12. **Dowód nr 9:** Wyjaśnienia wybranego Wykonawcy z dnia 4.03.2024r.
15. **Dowód nr 10:** Informacja z otwarcia ofert z dnia 12.02.2024r.