Sygn. akt: KIO 2041/21

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2021 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud" Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Katowice – Urząd Miasta Katowice

przy udziale wykonawcy Drogomax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Drogomax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Drogomax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie zmiany informacji o odrzuceniu oferty odwołującego poprzez usunięcie podstawy dokonania tej czynności, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 3/7, zamawiającego w części 2/7 oraz wykonawcę Drogomax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu w części 2/7, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 886 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy);
3.3. zasądza od wykonawcy Drogomax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu na rzecz odwołującego kwotę 3 886 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …..……..

Sygn. akt: KIO 2041/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miasto Katowice – Urząd Miasta Katowice prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wzniesienie pomnika Ofiar Deportacji Mieszkańców Górnego Śląska do Związku Sowieckiego w 1945 r.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 kwietnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00026804/01.

I. W dniu 6 lipca 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud" Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Drogomax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu (dalej jako „wykonawca Drogomax");
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax;
- czynności odrzucenia oferty odwołującego
- zaniechania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 239 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – poprzez wybór oferty wykonawcy Drogomax, mimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax, mimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na opodatkowaniu całości ww. zamówienia stawką 23% VAT, zamiast zastosowania dwóch stawek VAT: stawki 8% VAT - na usługi związane

z zagospodarowaniem zieleni i stawki 23% VAT - na pozostałą część zamówienia publicznego;

3. art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax ze względu na rażąco niską cenę, mimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny istotnej części składowej, tj. pozycje kosztorysu „Roboty budowlane – konstrukcja i architektura", dział 2.5. „Izolacje, dylatacje i okładziny – wg opisów z PT, STWiOR i technologii producentów", w tym poz. 2.5.1 do 2.5.4 i dział 2.6. „Elementy małej architektury – wg opisu z PT, STWiOR", w tym poz. od 2.6.1.do 2.6.3. – co ponadto skutkuje rażąco niską ceną całej oferty;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia – cena jednostkowa pozycji 2.5.3 z kosztorysu Roboty budowlane – konstrukcja i architektura nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia wbrew nakazowi wyrażonemu w treści SWZ – Rozdział 12 pkt 5.
5. art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że jest ona zgodna z warunkami zamówienia i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;
6. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) - przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zarzucanej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, ani przyjętego opodatkowania dwoma stawkami podatku VAT – 8 i 23%;
7. w konsekwencji - art. 16 ust. 1 pkt 1) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Drogomax, mimo, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax z postępowania o udzielenie zamówienia;
- przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

II. Pismem wniesionym w dniu 9 sierpnia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznając zasadność części zarzutów odwołania złożył oświadczenie o uwzględnieniu tych zarzutów, tj.:

- zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax ze względu na rażąco niską cenę, mimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny istotnej części składowej, tj. pozycje kosztorysu „Roboty budowlane – konstrukcja i architektura", dział 2.5. „Izolacje, dylatacje i okładziny – wg opisów z PT, STWiOR i technologii producentów", w tym poz. 2.5.1 do 2.5.4 i dział 2.6. „Elementy małej architektury – wg opisu z PT, STWiOR", w tym poz. od 2.6.1.do 2.6.3. – co ponadto skutkuje rażąco niską ceną całej oferty;
- zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia – cena jednostkowa pozycji 2.5.3 z kosztorysu Roboty budowlane – konstrukcja i architektura nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia wbrew nakazowi wyrażonemu w treści SWZ – Rozdział 12 pkt 5.

Pozostałe zarzuty zamawiający uznał za niezasadne i w tym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Drogomax.

Pismem wniesionym w dniu 18 sierpnia 2021 r. wykonawca Drogomax zgłosił sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax, mimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na opodatkowaniu całości ww. zamówienia stawką 23% VAT, zamiast zastosowania dwóch stawek VAT: stawki 8% VAT - na usługi związane z zagospodarowaniem zieleni i stawki 23% VAT - na pozostałą część zamówienia publicznego;

oraz

2. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Przedmiotem postępowania jest zamówienie na wzniesienie pomnika Ofiar Deportacji Mieszkańców Górnego Śląska do Związku Sowieckiego w 1945 r. Jak wynika z SWZ w skład prac objętych przedmiotem zamówienia wchodzą między innymi usług związane z zagospodarowaniem terenów zielonych. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami, jak i to że tego rodzaju usługi co do zasady podlegają opodatkowaniu stawką 8%. Sporne pomiędzy stronami było natomiast to, czy ww. usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych podlegają odrębnemu opodatkowaniu stawką 8% (stanowisko odwołującego), czy też zastosowanie powinna znaleźć zasada dotycząca świadczenia kompleksowego i w związku z tym całość zamówienia winna być objęta stawką 23% (stanowisko zamawiającego i wykonawcy Drogomax). Odwołujący w treści formularza ofertowego podał, że przedmiot zamówienia podlega opodatkowaniu stawką 8% i 23%. Również trzeci wykonawca biorący udział w postępowaniu wskazał stawki 8% i 23%. Wykonawca Drogomax w treści formularza ofertowego podał jedną stawkę 23% w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia.

Na gruncie prawa podatkowego obowiązuje zasada, że każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej jako „Trybunał") zasada ta nie ma zastosowania w przypadku świadczenia kompleksowego. Pojęcie świadczenia kompleksowego nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie prawa europejskiego ani krajowego. Sposób rozumienia tego pojęcia został wypracowany na gruncie orzecznictwa, w szczególności orzecznictwa Trybunału

- np. wyrok z dnia 25 lutego 1999 r. sygn. C-349/96, z dnia 21 lutego 2008 r. sygn. C-425/06, z dnia 11 czerwca 2009 r. sygn. C-572/07. W ostatnim z ww. wyroków Trybunał wskazał: „*z art. 2 szóstej dyrektywy wynika, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (zob. wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Part Service, Zb.Orz. s. I-897, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).18 Co więcej, w pewnych okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, jeżeli nie są od siebie niezależne. Jest tak na przykład w sytuacji, gdy można stwierdzić, że jedno lub więcej świadczeń stanowi świadczenie główne, a inne świadczenie lub świadczenia stanowią jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los podatkowy świadczenia głównego. W szczególności dane świadczenie należy uważać za świadczenie pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego, gdy dla klientów nie stanowi ono celu samego w sobie, lecz środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z głównej usługi usługodawcy (ww. wyrok w sprawie Part Service, pkt 51, 52 i przytoczone tam orzecznictwo). 19 Ponadto można również uznać, że jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (zob. ww. wyrok w sprawie Part Service, pkt 53)*."

Należy również przywołać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. I FSK 869/10, w którym sąd stwierdził, że „*nie można zapominać, że zasadą ustawową jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma więc charakter wyjątkowy*.".

Na stronie zamawiającego spoczywał zatem obowiązek wykazania, że przedmiot zamówienia, w tym usługi związane z zagospodarowaniem zieleni, należy uznać za jedno świadczenie kompleksowe, skoro stosowanie tego sposobu ustalenia stawki podatku VAT stanowi wyjątek od zasady oddzielności i samodzielności poszczególnych świadczeń. Izba uznała, że zamawiający oraz wykonawca Drogomax nie wykazali, aby cały przedmiot zamówienia podlegał opodatkowaniu stawką VAT 23% jako świadczenie kompleksowe. Nie został wykazany pomocniczy charakter usług dotyczących zagospodarowania terenów zielonych wobec robót budowlanych. Nie zostało wykazane, że usługi zagospodarowania terenów zielonych są tak ściśle powiązane z robotami budowlanymi dotyczącymi wzniesienia pomnika, że nie jest możliwe rozdzielenie tych świadczeń. Okoliczność realizacji tych prac w ramach jednego kontraktu na wzniesienie pomnika nie świadczy o występowaniu takiego związku. Nie jest także przesądzający fakt, że świadczenia te mają dotyczyć tej samej przestrzeni. W ocenie Izby o występowaniu takiego ścisłego związku z pewnością nie można mówić w przypadku usług pielęgnacji zieleni w okresie gwarancyjnym (kosztorysy inwestorskie Zieleń i nasadzenia). Podobne stanowisko zostało przyjęte w interpretacji indywidulanej Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 9 grudnia 2014 r. (ITPP1/443-1056/14/JP).

W związku z powyższym Izba uznała, że sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę Drogomax nie można uznać za prawidłowy. Wykonawca ten wskazał w treści oferty stawkę VAT 23% w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Tymczasem brak jest podstaw do uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym – co najmniej w odniesieniu do ww. usług pielęgnacji zieleni w okresie gwarancyjnym. Również w odniesieniu do pozostałego zakresu usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych nie wykazano możliwości/konieczności objęcia ich stawką podatku VAT jak dla świadczenia kompleksowego. Z tego powodu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax na tej podstawie Izba uznała za zasadny.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie tego przepisu. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty na tej podstawie zamawiający podał: „*Zamawiający stoi na stanowisku, iż powyższe zamówienie winno być opodatkowane 23% stawką Vat. Wykonawca przy obliczeniu ceny ofertowej zastosował dwie różne stawki podatku VAT 8% i 23%*". W świetle przedstawionej powyżej argumentacji podane przez zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Izba uznała za nieprawidłowe, gdyż co najmniej w odniesieniu do usług pielęgnacji zieleni w okresie gwarancyjnym za prawidłową należy uznać 8% stawkę podatku VAT. Również w odniesieniu do pozostałego zakresu usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych zamawiający nie wykazał możliwości objęcia ich stawką podatku VAT jak dla świadczenia kompleksowego.

<u>3. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax ze względu na rażąco niską cenę, mimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny istotnej części składowej, tj. pozycje kosztorysu „Roboty budowlane – konstrukcja i architektura", dział 2.5. „Izolacje, dylatacje i okładziny – wg opisów z PT, STWiOR i technologii producentów", w tym poz. 2.5.1 do 2.5.4 i dział 2.6. „Elementy małej architektury – wg opisu z PT, STWiOR", w tym poz. od 2.6.1.do 2.6.3. – co ponadto skutkuje rażąco niską ceną całej oferty;</u>

<u>oraz</u>

<u>4. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia – cena jednostkowa pozycji 2.5.3 z kosztorysu Roboty budowlane – konstrukcja i architektura nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia wbrew nakazowi wyrażonemu w treści SWZ – Rozdział 12 pkt 5.</u>

W ramach ww. zarzutów odwołujący m.in. podniósł, „*że potwierdziła się hipoteza z art. 224 ust. 6 PZP - złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny – Wykonawca, dwukrotnie wzywany o to samo, nie tylko nie potrafił wyjaśnić ceny istotnej części zamówienia wskazanej przez Zamawiającego, ale też nie przedstawił żadnych dowodów, że cena istotnej części zamówienia jest prawidłowo skalkulowana, zatem wątpliwości co do możliwości jej wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia nie można uznać za wyjaśnione*.". Wskazał, że twierdzenie wykonawcy Drogomax o prawidłowym skalkulowaniu pozycji nr 2.5.3 nie ma żadnego potwierdzenia w faktach, ani nie przedłożono w tym zakresie żadnych dowodów.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zamawiający dwukrotnie zwracał się do wykonawcy Drogomax, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty - pisma zamawiającego z dnia 20 maja 2021 r. oraz z dnia 1 czerwca 2021 r. Odpowiedzi na ww. wezwania wykonawca Drogomax udzielił pismem z dnia 25 maja 2021 r. oraz pismem z dnia 4 czerwca 2021 r.

Mając na uwadze treść wezwań zamawiającego oraz treść odpowiedzi udzielonych przez przystępującego Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu 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. Ponadto zgodnie z przepisem art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Z przepisów ustawy Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczająco konkretne, kompletne czy rzetelne. W takiej sytuacji zamawiający nie ponawia wezwania do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień ceny.

Należy wskazać, że wezwanie z dnia 20 maja 2021 r. zostało przez zamawiające sformułowane w konkretny sposób. Zamawiający wskazał: „*Komisja przeanalizowała zaproponowaną cenę ofertową wykonawcy i stwierdziła, że nie jest ona niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia, ani nie jest niższa więcej niż 30% od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu. Budzące wątpliwość są natomiast ceny za istotne części składowe t.j. jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu „Roboty budowlane — konstrukcja i architektura", które znacznie odbiegają od cen jednostkowych kosztorysu inwestorskiego jak i od cen jednostkowych ofert pozostałych wykonawców.*

Kosztorys — Roboty budowlane — konstrukcja i architektura, dział 2.5. „Izolacje, dylatacje i okładziny — wg opisów z PT, STWiOR i technologii producentów", w tym poz. od 2.5.1 do 2.5.4 i dział 2.6. „Elementy małej architektury — wg opisu z PT, STWiOR", w tym poz. od 2.6.1 do 2.6.3.

W związku z tym Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie przedstawienia sposobu wyliczenia cen jednostkowych (w formie kosztorysu szczegółowego), z rozbiciem cen na:

–robociznę przy uwzględnieniu normowych nakładów rzeczowych,
–materiał przy uwzględnieniu normowych nakładów rzeczowych,
–sprzęt przy uwzględnieniu normowych nakładów rzeczowych,

Powyższy kosztorys szczegółowy winien być zgodny z zaproponowanymi przez Wykonawcę cenami w kosztorysie ofertowym, a także winien być oparty na zaoferowanych w nim czynnikach cenotwórczych tj. stawka roboczogodziny, koszty zakupy, koszty pośrednie, zysk."

Natomiast w piśmie z dnia 1 czerwca 2021 r. zamawiający stwierdził:

„*W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 25.05.2021, komisja stwierdziła, ze Państwa wyjaśnienia odnoszą się do ceny ofertowej a zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie:*

rozdział 2.5 „Izolacje, dylatacje i okładziny — wg opisów z PT, STWiOR i technologii producentów" w kosztorysie Roboty budowlane — konstrukcja i architekt (…).

W związku z powyższym, Komisja wzywa na podstawie art 224 ust. 1 ustawy pzp, jeszcze raz o wyjaśnienie w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych a w szczególności poz. 2.5.3 i 2.5.4, przedstawiając dla tych pozycji ceny materiałów koniecznych do ich wykonania.

Z wyjaśnień powinno wynikać, że cena za elementy w poz 2.5.3, uwzględnia nie tylko okładzinę systemową z paneli blaszanych, ale również podkonstrukcję stalową, zgodnie z dokumentacją."

Z treści pism wykonawcy Drogomax z dnia 25 maja oraz 4 czerwca 2021 r. wynika, że nie stanowiły one wystarczających wyjaśnień ceny, uwzględniających zakres wskazany przez zamawiającego w wezwaniach z dnia 20 maja oraz 1 czerwca 2021 r. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca Drogomax wprawdzie złożył kosztorys ofertowy szczegółowy, lecz wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 25 maja 2021 r. odnosiły się do całkowitej ceny oferty, a nie wskazanych przez zamawiającego części składowych. Do sposobu wyliczenia tych cen jednostkowych nie odnosiły się również załączone do wyjaśnień dowody. Także w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 czerwca 2021 r. wykonawca Drogomax nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień odnośnie sposobu ustalenia cen jednostkowych - części składowych. Nieudzielenie wystarczających wyjaśnień, odpowiadających zakresowi wskazanemu w treści wezwania zamawiającego, jest kwalifikowane na gruncie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jako nieudzielenie wyjaśnień, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – bez względu na to, czy zgodnie z wezwaniem zamawiającego wyjaśnienia miały dotyczyć całkowitej ceny oferty czy jej istotnych części składowych. Możliwość wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych wynika wprost z przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W toku postępowania odwoławczego wykonawca Drogomax nie kwestionował prawidłowości uznania przez zamawiającego wskazanych w wezwaniach cen jednostkowych jako istotnych części składowych ceny, stąd kwestia ta nie stanowiła przedmiotu oceny przez Izbę.

Ponadto w wezwaniu z dnia 1 czerwca 2021 r. zamawiający wskazał, że „*Z wyjaśnień powinno wynikać, że cena za elementy w poz 2.5.3, uwzględnia nie tylko okładzinę systemową z paneli blaszanych, ale również podkonstrukcję stalową, zgodnie z dokumentacją.*" Wykonawca Drogomax nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie, ograniczając się jedynie do stwierdzenia: „*Wykonawca dodatkowo informuje, że prawidłowość kalkulacji pozycji nr 2.5.3 potwierdził kosztorysem szczegółowym złożonym jako załącznik do wyjaśnień z dnia 25.05.2021r. Cena jednostkowa jako kalkulacja własna zawiera zarówno wykonanie okładziny z paneli blaszanych typu CORTEN, jak i niezbędna do montażu blach konstrukcją stalową zgodnie z dokumentacją projektową.*". Wykonawca Drogomax nie wyjaśnił zaistniałych w tym zakresie wątpliwości, co skutkuje uznaniem, że wobec złożonej przez niego oferty zaistniała również podstawa do jej odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wobec zaniechania złożenia wymaganych wyjaśnień należy bowiem

przyjąć, że treść oferty tego wykonawcy jest również niezgodna z wymogiem zamawiającego określonym w części II pkt 12.5 SWZ: „*Cena ofertowa/ceny jednostkowe muszą obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy*.". W związku z powyższym Izba za uzasadniony uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drogomax na podstawie tego przepisu.

5. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) – przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że jest ona zgodna z warunkami zamówienia.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2021 r. zamawiający poinformował o dokonanej zmianie treści SWZ miedzy innymi w zakresie obowiązującego wykonawców terminu związania ofertą (część III pkt 3 SWZ). Termin „do dnia 15.05.2021 r." zmieniono na „do dnia 21.05.2021 r."

Odwołujący w treści formularza ofertowego złożył oświadczenie o związaniu ofertą do dnia 15 maja 2021 r. Treść oferty odwołującego była zatem niezgodna z wymogiem zawartym przez zamawiającego w część III pkt 3 SWZ, co stanowi podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia). Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy Pzp pod pojęciem *dokumenty zamówienia* należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisania warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań, natomiast w myśl art. 7 pkt 18 ustawy Pzp pod pojęciem *warunki zamówienia* należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazywana przez odwołującego okoliczność ciągłości związania ofertą nie ma znaczenia w kontekście ww. podstawy odrzucenia oferty, która dotyczy pierwotnej treści złożonej oferty. Należy podkreślić, że oferta niezgodna z warunkami zamówienia nie może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Jedyną możliwością usunięcia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest uznanie takiej niezgodności jako jednej z omyłek wymienionych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp i poprawie jej na podstawie tego przepisu. Odwołujący nie podnosił zarzutu naruszenia przez zamawiającego ww. przepisu i w związku z tym kwestia ta nie mogła być przedmiotem oceny Izby (art. 555 ustawy Pzp). Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) przez odrzucenie oferty odwołującego - Izba uznała za niezasadny.

6. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) - przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego w zakresie zarzucanej niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Ww. zarzut nie podlegał uwzględnieniu wobec nieprzedstawienia w odwołaniu uzasadnienia na poparcie jego zasadności. Należy wskazać, że w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp uregulowane zostało uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W pewnych okolicznościach ww. uprawnienie stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, a zaniechanie wystosowania do wykonawcy wezwania może stanowić przedmiot zarzutu podniesionego w odwołaniu. Stawiając taki zarzut wykonawca obowiązany jest uzasadnić zarówno dopuszczalność skorzystania przez zamawiającego z ww. uprawnienia, jak i spoczywający na nim w tym zakresie obowiązek. Tymczasem w złożonym odwołaniu odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia na poparcie tego zarzutu.

7 . Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp) - przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego w zakresie przyjętego opodatkowania dwoma stawkami podatku VAT – 8 i 23%.

W odniesieniu do ww. zarzutu należy powtórzyć uzasadnienie przedstawione do zarzutu oznaczonego numerem 6:

Ww. zarzut nie podlegał uwzględnieniu wobec nieprzedstawienia w odwołaniu uzasadnienia na poparcie jego zasadności. Należy wskazać, że w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp uregulowane zostało uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W pewnych okolicznościach ww. uprawnienie stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, a zaniechanie wystosowania do wykonawcy wezwania może stanowić przedmiot zarzutu podniesionego w odwołaniu. Stawiając taki zarzut wykonawca obowiązany jest uzasadnić zarówno dopuszczalność skorzystania przez zamawiającego z ww. uprawnienia, jak i spoczywający na nim w tym zakresie obowiązek. Tymczasem w złożonym odwołaniu odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia na poparcie tego zarzutu.

Mając na uwadze zakres zarzutów, które Izba uznała za zasadne, należy stwierdzić że doszło również do naruszenia art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast zamawiający nie naruszył przepisu art. 239 ustawy Pzp (w zw. z art. 266 ustawy Pzp), który to przepis dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia - gdyż żaden z uwzględnionych zarzutów (jak i w ogóle podniesionych w odwołaniu) nie dotyczył kryteriów oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3, ust. 4 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……