Sygn. akt: KIO 455/22

WYROK

z dnia 8 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę

HaskoningDHV Polska sp. z o.o. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy Arcadis sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę HaskoningDHV Polska sp. z o.o. w

Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę HaskoningDHV Polska sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy HaskoningDHV Polska sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie kwotę 3668 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset sześćdziesięciu ośmiu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 455/22

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

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest wykonanie opracowania pn. „Określenie zagrożenia powodziowego w zlewni cieków: Strug, Hermanówka (ID_226556), Hermanówka (ID_22657494), Matysówka, Młynówka, Czekaj, Rów W1”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 października 2021 r., nr 2021/S 196-510052.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 21 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca HaskoningDHV Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania ponownego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, w której pierwotne wyjaśnienia budziły wątpliwości wymagające wyjaśnienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez nieprawidłowe zastosowanie ww. przepisów jako konsekwencji zaniechania dokonania czynności opisanych w pkt 1 powyżej i nieuzasadnione odrzucenie jego oferty w postępowaniu;

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem zasad jego prowadzenia tj. bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zastosowanie odmiennych standardów badania i oceny zaoferowanej w ofercie jego ceny w stosunku do badania i oceny zaoferowanej w ofercie ceny wykonawcy Arcadis sp. z o.o. (dalej: „Arcadis" lub „przystępujący”), którego oferta została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu,

4) art. 239 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,

5) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ww. ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) uchylenia decyzji z 10 lutego 2022 r. przez unieważnienie czynności wyboru oferty Arcadis jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz przez unieważnienie czynności odrzucenia swojej oferty,

2) dokonania ponownego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny w celu wyjaśnienia kwestii budzących wątpliwości powstałych na podstawie pierwotnie złożonych wyjaśnień.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć 1.102.163,00 zł brutto, a ofertę złożyło pięciu wykonawców, w tym odwołujący, którego cena zawarta w ofercie wynosiła 713.400,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że 14 grudnia 2021 r. otrzymał wezwanie, w którym Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp, w związku z podejrzeniem, że cena jest rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów zażądał złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał go m.in. do udzielenia wyjaśnień w odniesieniu do:

1) poz. 1.1 zał. Nr 1 do formularza oferty - „Zakres rzeczowo-finansowy” pod nazwą „Prace geodezyjno-pomiarowe: sporządzenie operatu geodezyjnego i warstw przestrzennych” oraz przedstawienia szczegółowego wyliczenia kosztów związanych z wykonaniem wyżej wymienionych prac wraz z opisem przewidzianych do wykonania działań.

Odwołujący wskazał, że w dniu wyznaczonym na złożenie wyjaśnień tj. 21 grudnia 2021 r. przesłał pismo zamawiającemu, w którym określił m.in., że dla zakresu prac objętych poz. 1.1. zał. nr 1 do formularza oferty - „Zakres rzeczowo-finansowy" pod nazwą Prace geodezyjno-pomiarowe: sporządzenie operatu geodezyjnego i warstw przestrzennych" przewidziany został udział wykonawcy zewnętrznego. Odwołujący wskazał, że dla ww. zakresu prac otrzymał ofertę od Pana P. P. prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą P. P. „GEO-LIT" (dalej: „Podwykonawca" lub „GEO-LIT") na kwotę 60.000,00 zł. Z uwagi na możliwość wystąpienia prac dodatkowych w ramach zakresu prac geodezyjnych, w przedstawionej kalkulacji ofertowej założona została dodatkowa kwota rzędu 30 000,00 zł.

Odwołujący podniósł, że przytoczona powyżej oferta została sformułowana w następujący sposób:

1. Wykonanie 200-210 przekrojów poprzecznych koryta. Materiał przekazywany - plik txt oraz szkic polowy z oznaczeniem numerów pikiet oraz pokrycia terenu;

2. Budowle sztuk 50-55. Materiał przekazywany — szkic polowy z oznaczeniem pikiet + plik dxf z opracowanym mostem (rysunek w skali),

3. Pomiar wlotów kanalizacji deszczowej, rowów na długości ok 80 km. Materiał przekazywany — szkic polowy oraz plik txt ze współrzędnymi xyh.

Odwołujący wskazał, że zamawiający 10 lutego 2022 r. przekazał Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykonawcy, którego oferta została odrzucona, w którym poinformował, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Powyższą decyzję zamawiający podjął na podstawie analizy treści wyjaśnień, z których wynika, że odwołujący przyjął niewłaściwe założenia do przeprowadzenia pomiarów geodezyjnych. Liczba obiektów wymagających przeprowadzenia prac geodezyjnych, w opinii zamawiającego, została rażąco zaniżona. Zamawiający argumentował, że z przeprowadzonej wstępnej analizy szacunkowej liczby obiektów, które powinny zostać uwzględnione podczas prac geodezyjnych w ramach przedmiotowego zamówienia wynika, że liczba ta wynosi ok. 370 budowli (mostów przepustów, kładek), natomiast z przedłożonych przez niego wyjaśnień wynika jakoby przewidywał inwentaryzację wyłącznie w zakresie 50-55 budowli.

Powyższa analiza doprowadziła zamawiającego do wniosku, że wycena istotnej części składowej, jaką są prace geodezyjno-pomiarowe (poz. 1.1 zał. Nr 1 do formularza oferty „Zakres rzeczowo-finansowy" pod nazwą „Prace geodezyjno-pomiarowe: sporządzenie operatu geodezyjnego i warstw przestrzennych) jest niedoszacowana, nierealistyczna, ponieważ została sporządzona niezgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w tym w szczególności w zał. nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia — „Opisie przedmiotu zamówienia".

Dodatkowo, zamawiający przytoczył pkt 3 ppkt 3.2 Opisu przedmiotu zamówienia (zał. Nr 3 do SWZ) pn.: „Inwentaryzacja oraz opracowanie geodezji obiektów budowlanych", zgodnie z którym:

W ramach prac geodezyjnych należy wykonać szczegółową inwentaryzację obiektów budowlanych znajdujących się na ciekach objętych opracowaniem, tj.:

- obiektów mostowych (w tym mostów, przepustów i kładek);

- wylotów kanalizacji deszczowej.

Inwentaryzacja obiektów budowlanych polegać ma na zidentyfikowaniu w terenie rzeczywistych lokalizacji ww. obiektów. Należy zinwentaryzować wszystkie mosty, przepusty, kładki i wyloty kanalizacji deszczowej z podaniem ich współrzędnych geodezyjnych w układzie odniesienia PUWG 1992.

W przypadku mostów i kładek w modelu hydraulicznym należy uwzględnić obiekty które spełniają przynajmniej jedno z poniższych kryteriów.

- posiadają filary o szerokości (lub średnicy) co najmniej 0,5 m;

- posiadają rzędne spodu konstrukcji niższe od poziomu górnych krawędzi skarp cieków;

- posiadają przyczółki, które znajdują się w całości lub częściowo w przekroju korytowym.

W przypadku przepustów w modelu hydraulicznym należy uwzględnić wszystkie przepusty zlokalizowane w korycie cieków".

Odwołujący argumentował, że zamawiający wskazał również, iż powyższe zapisy zostały podtrzymane w wyjaśnieniach treści SWZ, w szczególności w odpowiedzi na pytanie 8 i 9 oraz pouczył, że każdy potencjalny Wykonawca mógł we własnym zakresie, bez ponoszenia dodatkowych kosztów na etapie składania oferty w postępowaniu, oszacować orientacyjną liczbę obiektów na potrzeby przygotowania prawidłowej kalkulacji ceny, korzystając z ogólnodostępnych ortofotomap za pośrednictwem usługi WMS (Web Map Service) na portalach internetowych.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał błędnej analizy wyjaśnień złożonych przez niego, polegającej na nieuprawnionym założeniu, że przyjął on niewłaściwe założenia do przeprowadzona pomiarów geodezyjnych. Odwołujący podniósł, że w treści wyjaśnień złożonych 21 grudnia 2021 r. przedstawił ofertę GEO-LIT na kwotę 60.000,00 zł, z której jedynym bezspornym i nie budzącym wątpliwości faktem jest, że podwykonawca wykona prace objęte poz. I.1. zał. nr 1 do formularza oferty — „Zakres rzeczowo-finansowy" pod nazwą Prace geodezyjno-pomiarowe: sporządzenie operatu geodezyjnego i warstw przestrzennych" za w/w wskazaną kwotę.

Odwołujący argumentował, że oferta wstępna przedstawiona w formie elektronicznej wiadomości przesłanej na adres email Pani E. W.-G. wskazuje w punkcie 2 na inwentaryzację 50-55 sztuk budowli, co odpowiada rzeczywistej liczbie obiektów, ale tych które znajdują się na ciągach komunikacyjnych cieków głównych objętych opracowaniem, co nie oznacza, że oferta nie obejmuje licznych pomniejszych obiektów pobocznych, których łączna liczba kształtuje się na poziomie 329 sztuk, co łącznie daje 381 obiektów. Odwołujący wskazał, że powyższe znajduje potwierdzenie w oświadczeniu GEO-LIT oraz liście intencyjnym zawartym 10 stycznia 2022 r., który załączył do odwołania.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający od momentu wszczęcia postępowania dysponował wiedzą na temat faktycznej liczby obiektów podlegających inwentaryzacji, którą wskazał w piśmie z 10 lutego 2022 r., a zatem zdawał sobie sprawę, że liczba obiektów podana w jego wyjaśnieniach nie jest liczbą błędną, a jedynie liczbą obiektów głównych na ciągach komunikacyjnych. Odwołujący wskazał, że błędnie przeprowadzona przez zamawiającego kwalifikacja charakteru danych przedstawionych przez niego doprowadziła w konsekwencji do nieuprawnionego odrzucenia oferty. Prawidłowa analiza jego wyjaśnień w kontekście posiadanych przez zamawiającego informacji zrodziłaby wątpliwości, które zamawiający powinien próbować wyjaśnić poprzez skierowanie do niego ponownego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego, zamawiający ma możliwość dokonania takiego wezwania właśnie w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł także, że przywołane powyżej fakty oraz okoliczności wskazują na to, że zamawiający w postępowaniu w odniesieniu do niego wykazał się brakiem rzetelności w ocenie przedstawionych informacji. Obowiązkiem zamawiającego jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości powstających w toku wymiany dokumentów przy wykorzystaniu uprawnień, które mu przysługują w ramach przepisów ustawy Pzp. W opinii odwołującego uzasadnione jest również twierdzenie dotyczące naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia publicznego na rzecz Arcadis, które nastąpi niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zaproponował za realizację całego zakresu prac geodezyjnych 60.000,00 zł netto i założył dodatkową kwotę rzędu 30.000,00 zł netto z uwagi na możliwość wystąpienia prac dodatkowych, przy czym w opinii Zamawiającego kwota ta nie ma znaczenia, ponieważ „przy tak rażącym, prawie siedmiokrotnym zaniżeniu ilości (pisownia oryg.) obiektów przeznaczonych do inwentaryzacji, kwota ta, łącznie z kwotą wynikającą z wyceny podwykonawcy, nie byłyby wystarczające dla sporządzenia prac geodezyjnych zgodnie z wymogami dokumentów zamówienia". Jednocześnie Zamawiający zaakceptował ofertę Arcadis, która za ten sam element zaproponowała 107.328,00 zł, a więc jedynie o 19% więcej od niego, co zdaniem odwołującego, w kontekście stanowiska zamawiającego wskazanego powyżej, powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Bowiem, jeśli zamawiający uznał, że oferta odwołującego dla pozycji dotyczącej prac geodezyjnych zakłada inwentaryzację budowli w liczbie prawie siedmiokrotnie zaniżonej, powinien również wezwać Arcadis do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, jeśli zaproponowana przez tego wykonawcę kwota obejmująca realizację prac geodezyjnych jest jedynie o 19% wyższa od jego oferty w przedmiotowym zakresie, a zatem również niska w kontekście wyjaśnień Zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że jeśli obie oferty są na podobnym poziomie cenowym, oznaczać to może, że:

oferta Arcadis nie obejmuje pełnego zakresu prac geodezyjnych, skoro jest na

podobnym poziomie cenowym co jego oferta, który zgodnie z przekonaniem Zamawiającego przyjął błędne założenia do realizacji prac geodezyjnych lub

oferta Arcadis obejmuje pełen zakres prac geodezyjnych, skoro jest na podobnym poziomie cenowym co jego oferta, a zamawiający powziął błędne i jak nieuprawnione przekonanie, że odwołujący przyjął błędne założenia do realizacji prac geodezyjnych.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, na istotny charakter prac geodezyjnych jako części składowej wskazywał wielokrotnie sam zamawiający, jednocześnie zrezygnował z uprawnienia przysługującemu na mocy przepisów ustawy Pzp i zaniechał wezwania Arcadis do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, co uniemożliwiło jednoznaczną weryfikację założeń przyjętych do oszacowania kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia w zakresie opisanym w poz. I.1. zał. nr 1 do formularza oferty — „Zakres rzeczowo-finansowy" pod nazwą Prace geodezyjno-pomiarowe: sporządzenie operatu geodezyjnego i warstw przestrzennych". W ocenie odwołującego powyżej wskazane czynności i zaniechania świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców i o tym, że standardy oceny jego oraz wykonawcy Arcadis zastosowane przez zamawiającego różniły się na niekorzyść odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Arcadis sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), wyjaśnienia treści SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 14 grudnia 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia odwołującego z 21 grudnia 2021 r. co do ceny ofertowej, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 10 lutego 2022 r., załączniki do odwołania, załączniki do pisma procesowego odwołującego z 4 marca 2022 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana 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.

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.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie opracowania pn. „Określenie zagrożenia powodziowego w zlewni cieków: Strug, Hermanówka (ID_226556), Hermanówka (ID_22657494), Matysówka, Młynówka, Czekaj, Rów W1”.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1) odwołującego z ceną 713.400,00 zł brutto,

2) przystępującego z ceną 846.240,00 zł brutto,

3) wykonawcy Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej, Państwowy Instytut Badawczy z ceną 941.746,06 zł brutto,

4) wykonawcy Z. B., Specjalistyczna Pracownia Projektowa Waga-Bart z ceną 1.227.540,00 zł brutto,

5) konsorcjum DHI Polska sp. z o.o., Sweco Polska sp. z o.o. z ceną 1.416.345,00 zł brutto. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.102.163,00 zł brutto.

(por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 14 grudnia 2021 r. działając, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w szczególności w odniesieniu do:

1) Poz. I.1 zał. nr 1 do formularza oferty — „Zakres rzeczowo-finansowy" pod nazwą: „Prace geodezyjno-pomiarowe: sporządzenie operatu geodezyjnego i warstw przestrzennych",

2) Poz. III.1 zał. nr 1 do formularza oferty — „Zakres rzeczowo-finansowy" pod nazwą: „Budowa modeli hydraulicznych: a) Obliczenia hydrologiczne dla powodzi błyskawicznej Q1%, b) Budowa modeli hydraulicznych sieci kanalizacji deszczowej (w tym ogólnospławnej), c) Modyfikacji modeli hydraulicznych sieci rzecznej",

w tym do przedstawienia szczegółowego wyliczenia kosztów związanych z wykonaniem wyżej wymienionych prac wraz z opisem przewidzianych do wykonania działań.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem świadczonych usług;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;

3) oryginalności usług 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.

Zamawiający wskazał, że wartość brutto złożonej przez odwołującego oferty jest niższa o 35,27 % od wartości zamówienia oraz o 30,67 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 21 grudnia 2021 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

Odpowiadając na wezwanie nr jw. niniejszym informujemy, że dla zakresu prac objętych

Poz. 1.1. zał. nr 1 do formularza oferty - „Zakres rzeczowo-finansowy" pod nazwą Prace geodezyjno-pomiarowe: sporządzenie operatu geodezyjnego i warstw przestrzennych" przewidziany został udział wykonawcy zewnętrznego. Dla w/w zakresu prac otrzymaliśmy ofertę od Pana P. P. prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą P.

P. „GEO-LIT" na kwotę 60 000,00 zł (dowód nr 1 - oferta podwykonawcy przedstawiona

poniżej). Z uwagi na możliwość wystąpienia prac dodatkowych w ramach zakresu prac geodezyjnych, w przedstawionej kalkulacji ofertowej założona została dodatkowa kwota

rzędu 30 000,00 zł.

Do wyjaśnień załączono zrzut korespondencji mailowej z dnia 27 października 2021 r. pomiędzy Geo-Lit a panią E. W.-G., w którym Geo-Lit oświadcza, że:

„Za wykonanie zadania proponuję przyjąć 60000 zł, w tym:

1. Wykonanie 200-210 przekrojów poprzecznych koryta. Materiał przekazywany - plik txt oraz szkic polowy z oznaczeniem numerów pikiet oraz pokrycia terenu;

2. Budowle sztuk 50-55. Materiał przekazywany — szkic polowy z oznaczeniem pikiet + plik dxf z opracowanym mostem (rysunek w skali),

3. Pomiar wlotów kanalizacji deszczowej, rowów na długości ok 80 km. Materiał przekazywany — szkic polowy oraz plik txt ze współrzędnymi xyh.

Gdyby były inne założenia do pomiarów geodezyjnych, to proszę o informacje co jeszcze by było do zrobienia, wtedy skoryguję ofertę.".

Następnie ustalono, że pismem z 10 lutego 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że dla zakresu prac objętych poz. 1.1 zał. nr 1 do formularza oferty — „Zakres rzeczowo-finansowy" przewidziany został udział podwykonawcy, tj. Pana P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. P. „GEO-LIT". Do wyjaśnień załączono ofertę cenową od w/w przedsiębiorcy opiewającą na kwotę 60 000 zł netto. Z oferty cenowej wynika, że dla jej sporządzenia zostały przyjęte następujące założenia do pomiarów geodezyjnych:

1) Wykonanie 200-210 przekrojów poprzecznych koryta,

2) Budowle sztuk 50-55,

3) Pomiar wylotów kanalizacji deszczowej, rowów na długości ok. 80 km.

Równocześnie wykonawca poinformował, że w przedstawionej kalkulacji ofertowej założona została dodatkowa kwota rzędu 30 000 zł netto, z uwagi na możliwość wystąpienia prac dodatkowych w ramach zakresu prac geodezyjnych.

Analiza treści wyjaśnień potwierdziła, że wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia były słuszne. Z treści wyjaśnień wynika, że Wykonawca przyjął niewłaściwe założenia do przeprowadzenia pomiarów geodezyjnych. Ilość obiektów wymagających przeprowadzenia prac geodezyjnych została rażąco zaniżona. Z przeprowadzonej przez Zamawiającego wstępnej analizy szacunkowej ilości obiektów, które powinny zostać uwzględnione podczas prac geodezyjnych w ramach przedmiotowego zamówienia wynika, iż liczba ta wynosi ok. 370 budowli (mostów, przepustów, kładek). Z przedstawionej w złożonych wyjaśnieniach kalkulacji cenowej wynika, że w ramach prac geodezyjnych przewiduje się wykonanie inwentaryzacji ok. 50-55 budowli. Ilość obiektów przeznaczonych do inwentaryzacji została zatem zaniżona prawie siedmiokrotnie.

Powyższe prowadzi do wniosku, że kalkulacja ceny oferty dla jej istotnej części składowej, jaką bez wątpienia są prace geodezyjno-pomiarowe (poz. I.1. Zał. nr 1 do oferty) jest niedoszacowana, nierealistyczna, gdyż została sporządzona niezgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w tym w szczególności w zał. nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia — „Opisie przedmiotu zamówienia". Nie ma przy tym, w ocenie Zamawiającego, znaczenia kwota 30 000 zł netto zabezpieczona przez Wykonawcę w przypadku wystąpienia „prac dodatkowych w ramach zakresu prac geodezyjnych", ponieważ przy tak rażącym, prawie siedmiokrotnym zaniżeniu ilości obiektów przeznaczonych do inwentaryzacji, kwota ta, łącznie z kwotą wynikającą z wyceny podwykonawcy, nie byłyby wystarczające dla sporządzenia prac geodezyjnych zgodnie z wymogami dokumentów zamówienia.

W pkt 3 ppkt 3.2 Opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 3 do SWZ) pn.

„Inwentaryzacja oraz opracowanie geodezji obiektów budowlanych” Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż:

„W ramach prac geodezyjnych należy wykonać szczegółową inwentaryzację obiektów budowlanych znajdujących się na ciekach objętych opracowaniem, tj.:

• obiektów mostowych (w tym mostów, przepustów i kładek);

• wylotów kanalizacji deszczowej.

Inwentaryzacja obiektów budowlanych polegać ma na zidentyfikowaniu w terenie rzeczywistych lokalizacji ww. obiektów. Należy zinwentaryzować wszystkie mosty, przepusty, kładki i wyloty kanalizacji deszczowej z podaniem ich współrzędnych geodezyjnych w układzie odniesienia PIJWG 1992.

W przypadku mostów i kładek w modelu hydraulicznym należy uwzględnić obiekty które spełniają przynajmniej jedno z poniższych kryteriów:

- posiadają filary o szerokości (lub średnicy) co najmniej 0,5 m;

- posiadają rzędne spodu konstrukcji niższe od poziomu górnych krawędzi skarp cieków;

- posiadają przyczółki, które znajdują się w całości lub częściowo w przekroju korytowym.

W przypadku przepustów w modelu hydraulicznym należy uwzględnić wszystkie przepusty zlokalizowane w korycie cieków.”.

Powyższe zapisy OPZ zostały potwierdzone i podtrzymane przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści SWZ. Odpowiedź na pytanie nr 8 stanowi, że „Na potrzeby wykonania przedmiotowego opracowania Zamawiający zakłada pełną inwentaryzację obiektów znajdujących się na ciekach do modelowania. Zamawiający nie przewiduje wprowadzania działań polegających na generalizacji inwentaryzacji obiektów inżynierskich opisanych w ramach metodyki Map Zagrożenia i Map Ryzyka Powodziowego.” Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 9 Zamawiający poinformował, że „celem prac geodezyjnych jest określenie dokładnej ilości obiektów hydrotechnicznych oraz wylotów, a ilości szacunkowe Wykonawca powinien określić we własnym zakresie(...)".

W tym miejscu trzeba dodać, że każdy potencjalny Wykonawca mógł we własnym zakresie, bez ponoszenia dodatkowych kosztów na etapie składania oferty w postępowaniu, oszacować orientacyjną ilość obiektów na potrzeby przygotowania prawidłowej kalkulacji ceny, korzystając z ogólnodostępnych ortofotomap za pośrednictwem usługi WMS (Web Map Service) na portalach internetowych.

Konkludując, Zamawiający stwierdza, że przy zastosowaniu przyjętych przez Wykonawcę założeń do realizacji prac geodezyjnych nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz za cenę podaną w ofercie Wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy i to Wykonawca powinien obalić domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny stosownymi wyjaśnieniami. W zaistniałym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy nie było uzasadnione. Tym samym Wykonawca nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oferta wykonawcy podlega zatem odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Cena oferty odwołującego różniła się o ponad 30% zarówno od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich wykonawców. Powyższe nie było sporne między stronami. Zwrócił na to uwagę zamawiający w swoim wezwaniu z dnia 14 grudnia 2021 r. skierowanym do odwołującego. Ustawodawca w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną oferowaną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen musi wzbudzić podejrzenia i prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wezwał odwołującego do przedstawienia wyjaśnień i złożenia dowodów w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co nastąpiło pismem

z dnia 14 grudnia 2021 r.

Wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zaś powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynikało bowiem z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską cena lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba stwierdziła, że rację ma zamawiający twierdząc, że odwołujący nie sprostał ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, co skutkowało koniecznością odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 21 grudnia 2021 r. na str. 2 wskazał, że otrzymał ofertę od podwykonawcy P. P., „Geo-Lit" za usługi z pozycji I.1 załącznika nr 1 do formularza ofertowego z ceną 60.000 zł, plus 30.000 zł na ewentualne prace dodatkowe. Do wyjaśnień załączono maila od ww. podwykonawcy, z którego wynikało, że w cenie 60.000 zł ujęte są m.in. prace geodezyjne dotyczące jedynie 50-55 sztuk budowli.

Nie było sporne między stronami, że ww. liczba budowli nie odpowiadała dokumentom zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że z przeprowadzonej przez Zamawiającego wstępnej analizy szacunkowej ilości obiektów, które powinny zostać uwzględnione podczas prac geodezyjnych w ramach przedmiotowego zamówienia wynika, iż liczba ta wynosi ok. 370 budowli (mostów, przepustów, kładek). Odwołujący zgadzał się z zamawiającym, że ww. wielkości są prawidłowe.

Izba, po dokonaniu analizy wyjaśnień odwołującego z dnia 21 grudnia 2021 r. stwierdziła, że okazały się one jasne i jednoznaczne. Wynikało z nich niezbicie, że w cenie 60.000 zł ujęte są m.in. prace geodezyjne dotyczące jedynie 50-55 sztuk budowli. Odwołujący w trakcie rozprawy dodatkowo powołał się na oświadczenia zawarte na str. 3 wyjaśnień. Jednakże również w tym fragmencie dokumentów próżno było szukać informacji o skalkulowaniu w cenie oferty w pozycji I.1 ok. 370 budowli (mostów, przepustów, kładek) wymagających inwentaryzacji. Na stronie 3 wyjaśnień została jedynie podana globalna kwota za prace z pozycji I.1 załącznika nr 1 do formularza w wysokości 60.000 zł + 30.000 zł za ewentualne prace dodatkowe. Jednakże jedyną informację na temat tego, co mieści się w ww. kwocie, ujawniono na str. 2 wyjaśnień.

W tej sytuacji brak było zatem podstaw do tego, aby zamawiający musiał powziąć jakiekolwiek wątpliwości co do treści analizowanych oświadczeń odwołującego. Zdaniem Izby, ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, którego domagał się odwołujący, zmierzałoby de facto do negocjowania zakresu oferty, sprowadzającego się do wymuszenia przez zamawiającego od wykonawcy stanowiska, że pomimo iż pierwotnie oświadczył, iż wycenił prace dotyczące 50-55 sztuk budowli, to jednak w rzeczywistości miał na myśli znacznie większą liczbę obiektów. Takie działanie oznaczałoby prowadzenie przez zamawiającego niedopuszczalnych negocjacji z odwołującym dotyczących treści złożonej przez niego oferty, celem dokonania jej istotnej zmiany.

Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący w treści odwołania ani na rozprawie nie wskazał żadnego fragmentu wyjaśnień, w oparciu o który zamawiający mógłby powziąć przypuszczenie, że wbrew wyraźnym oświadczeniom, intencją wykonawcy było wycenienie prac dotyczących prawidłowej liczby obiektów. W szczególności z żadnego fragmentu wyjaśnień nie wynikało, że pod pojęciem budowli odwołujący rozumiał jedynie obiekty budowlane na ciągach komunikacyjnych cieków głównych, tak jak utrzymywał w odwołaniu.

Przypomnienia wymagało, że rolą wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ustawy Pzp

jest wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. O takim celu wyjaśnień zamawiający wyraźnie przypomniał odwołującemu w wezwaniu z 14 grudnia 2021 r., wskazując iż jego obowiązkiem jest przedstawienie szczegółowo wyliczenia kosztów związanych z wykonaniem prac z pozycji I.1 i pozycji III.1 załącznika nr 1 do formularza oferty wraz z opisem przewidzianych do wykonania działań. Celem wyjaśnień było zatem ujawnienie założeń przyjętych przy kalkulacji ceny i takie założenia odwołujący przedstawił, tyle że okazały się one niezgodne z dokumentami zamówienia, co prowadziło do zaniżenia ceny oferty.

Bezzasadne okazało się powoływanie się odwołującego na list intencyjny podwykonawcy z dnia 10 stycznia 2022 r. oraz oświadczenie podwykonawcy z 16 lutego 2022 r. załączone przy odwołaniu. Podkreślenia wymagało, że obydwa dokumenty nie zostały złożone zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. W konsekwencji żaden z dokumentów nie został wzięty przez zamawiającego pod uwagę przy ocenie wyjaśnień odwołującego. Izba stwierdziła, że wnioskowanymi dowodami odwołujący usiłował wykazywać realność zaoferowanej przez siebie ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, prezentując materiał dowodowy, który mógł i powinien złożyć w reakcji na wezwanie zamawiającego. Powyższe należało uznać za działanie całkowicie spóźnione. Dostrzeżenia wymagało, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba, zgodnie z art. 513 ustawy Pzp, rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Innymi słowy, Izba nie dokonuje samodzielnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba bada jedynie, czy ocena wyjaśnień, jakiej zamawiający dokonał w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego była prawidłowa i zgodna z prawem, czy też nie. Skoro podstawą oceny zamawiającego nie były ww. załączniki do odwołania, to Izba oceniając czynność zamawiającego nie mogła wziąć pod uwagę tych dokumentów, załączonych dopiero do odwołania. Niezasadne okazało się powoływanie się w tym zakresie przez odwołującego na art. art. 534, art. 535 i art. 537 pkt 1 Pzp. Przepisy te przewidują rzeczywiście, że strony mogą przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Jednakże prawo to nie upoważnia wykonawcy do uzupełniania wyjaśnień ceny i wykazywania realności ceny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, z przyczyn wskazanych wcześniej.

Bezzasadne okazało się powoływanie się przez odwołującego w trakcie rozprawy na rzekomo niejednolitą praktykę zamawiającego co do kierowania ponownego wezwania do wykonawców odnośnie wyjaśnień ceny. W tym zakresie odwołujący powołał się na dwa wezwania do wyjaśnienia ceny, jakie RZGW w Gliwicach kierował do niego w postępowaniu na naprawę i modernizację skarp i urządzeń zbiornika wodnego Dzierżno Duże (załączniki do pisma procesowego odwołującego z dnia 4 marca 2022 r., w aktach sprawy). Odnosząc się do ww. dowodów Izba stwierdziła, że stany faktyczne oraz wyjaśnienia składane przez wykonawców w innych postępowaniach mogą się od siebie różnić. Zasadność ewentualnego skierowania ponownego wezwania należy badać na gruncie danej, konkretnej sprawy. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny na orzeczeniami Izby, zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za całkowicie niedopuszczalne należy uznać drugie wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach. Analogicznie za niedopuszczalne należało uznać próby negocjowania treści oferty przez wymuszanie zmiany pierwotnie złożonych i jednoznacznych wyjaśnień.

Bezzasadne okazało się żądanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień co do zaproponowanej przez niego ceny ofertowej. Odwołujący podnosił, że za konieczność wezwania do złożenia takich wyjaśnień miała przemawiać zasada równego traktowania wykonawców, wynikająca z art. 16 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że cena oferty przystępującego, w przeciwieństwie co ceny oferty odwołującego, nie odbiegała o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Powyższe przesądzało o braku konieczności kierowania do tego wykonawcy wezwania w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, W konsekwencji uznano, że odwołujący niezasadne podnosił zarzut nierównego tratowania wykonawców, gdyż sytuacja obu wykonawców okazała się różna.

Wobec powyższego zamawiający należało dojść do wniosku, że prawidłowo uznał, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu i odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, oraz koszt opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw w kwocie 68 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b i d 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: .....