Sygn. akt: KIO 788/22

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ABRAMSS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Z. U. sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy M. R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Dróg-Pol Roboty Drogowe i Remontowo-Budowlane M. R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. R. Szart z siedzibą w Koninie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 8 i 10, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ABRAMSS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Z. U. sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w częściach nr 8 i 10, wezwanie w tych częściach zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ABRAMSS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Z. U. sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp do złożenia dodatkowych

wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny co do uwzględnienia w cenie ofertowej wymagań z pkt 4.1. lit. k, h i l opisu przedmiotu zamówienia, a także wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty co do technologii zaoferowanego systemu malarskiego dla poz. II.2., II.3, II.4 i II.7 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ABRAMSS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Z. U. sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ABRAMSS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Z. U. sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 788/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań", nr postępowania: GDDKiA.O.WA.D-3.2412.61.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2021 r., za numerem 2021/S 213-560611.

W dniu 21 marca 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ABRAMSS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Z. U. sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniach nr 8 i 10 z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo tego, że cena oferty Odwołującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;

3. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki, co w konsekwencji skutkowało naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że niezgodność oferty z warunkami zamówienia podlegała poprawie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp (zarzut formułowany na wypadek oddalenia zarzutu z pkt 2);

4. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp przez nie zachowanie zasady uczciwej

konkurencji w zakresie dokonywania oceny wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz badania treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, a tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie w konsekwencji ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że pismami z dnia 11 marca

2022 r. - w części 8 (pismo O.WA.D-3.2412.61.2021.BM.168.2022) oraz nr 10 (pismo

O.WA.D-3.2412.61.2021.BM.170.2022) Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego w ww. częściach z uwagi na rzekomą rażąco niską cenę oferty Odwołującego oraz rzekomą niezgodność treści ofert Odwołującego z warunkami zamówienia. Odwołujący nie podziela

powyższych czynności Zamawiającego. Treść obu ww. pism dot. odrzucenia ofert Odwołującego jest taka sama. Zamawiający zarzucił, że Odwołujący nie przedłożył wystarczająco szczegółowych wyjaśnień, które nie uwzględniały wymagań określonych punktów Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ, konkretnie pkt 4.1. „h" i „k" oraz „l") w swojej kalkulacji ceny oferty. Zdaniem Zamawiającego: „Zaniżenie tych kosztów spowodowało rażące zaniżenie ceny dla tych pozycji, a w konsekwencji rażące zaniżenie ceny całej oferty". Odwołujący nie zgadza się z powyższymi twierdzeniami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wszystkie ww. pozycje, tj. konkretnie pkt 4.1. „h" i „k" oraz „l" OPZ zostały przez Odwołującego uwzględnione w treści złożonych ofert. Odwołujący w załączył dowód nr 1 - stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na to, że referuje do utajnionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołującego, który przedstawia tabelaryczne zestawienie rzeczonych pozycji, które odnoszą się: Kolor fioletowy - prace które mają wspólną specyfikacje U-20.02.04 Renowacja miejscowa powłok malarskich elementów stalowych, Kolor żółty - prace które posiadają wzmiankę o oznakowaniu prac, pracy nocnej, czasowej organizacji ruchu itp. i są cenowo zawyżone; Kolor zielony - pozycje kwestionowane nie wliczeniem kosztów prac takich jak praca nocna, oznakowanie itp.; Kolor pomarańczowy - pozycje zawyżone cenowo. Z przedłożonego dowodu wynika, że Odwołujący, jako profesjonalny wykonawca zamówień, objętych postępowaniem, starannie zweryfikował przedmiot zamówienia w zakresie wymagań warunków zamówienia (OPZ) i wkalkulował rzeczone wymagania do ceny ofertowej. Zamawiający nie miał i nie mógł mieć (jako autor dokumentacji przetargowej) żadnych wątpliwości, że wymagania, do jakich referował w pismach z pkt 2 odwołania nie są i nie mogły być zawarte w kalkulacji treści oferty Odwołującego. Takie bowiem wymagania, jak: prace w porze nocnej (pkt 4.1 „h" OPZ), oznakowanie i zabezpieczenie obiektów (pkt 4.1 „k" OPZ), czy też wykonanie/zapewnienie wszelkich urządzeń pomocniczych (pkt 4.1 „l" OPZ) stanowią standardowe wymagania/ uwarunkowania realizacji zamówień utrzymaniowych i nie było i nie jest możliwe, aby nie były uwzględnione w kalkulacji ceny oferty doświadczonego wykonawcy, do jakich bezwzględnie należy Odwołujący. Załączony dowód nr 1 prezentuje, że te wymagania zostały uwzględnione w cenie oferty Odwołującego - zarówno w części nr 8 jak i 10. Zamawiający, jakby miał jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie to powinien wezwać Odwołującego do ponownego wyjaśnienia ceny oferty we wskazanym, wątpliwym/ spornym zakresie. Tego Zamawiający nie uczynił, będąc jak widać absolutnie przekonanym co do tego, że oferta Odwołującego jest rażąco niska, tzn. nie daje gwarancji do wykonania zamówienia bez ponoszenia strat w zakresie wymagań warunków zamówienia. Powyższe jest o tyle zadziwiające, że w zakreślonym przez Zamawiającego budżecie: - Zadanie nr 8: Rejon Przasnysz, Ostrołęka, Ostrów Mazowiecka - Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w tej części: kwotę brutto: 7 217 468,59 PLN - oferta Odwołującego: 6 242 102,40 PL; wybrana oferta: Dróg - Pol Roboty Drogowe i Remontowo Budowlane M. R. - cena oferty: 6 761 576,49 PLN; - Zadanie nr 10: Rejon Płock, Płońsk, Mława - Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w tej części: kwotę brutto: 3 899 390,61 PLN - oferta Odwołującego: 4 100 414,10 PLN; wybrana oferta: Szart S. R. - cena oferty: 4 340 278,86 PLN.

Powyższe zestawienie jest o tyle znamienne, że w obu przypadkach - Zamawiający jest w stanie stwierdzić, że różnica w cenie ofert na poziomie ok. 0,5 mln zł (przy budżecie Zamawiającego na poziomie 7,2 mln - pozwala Zamawiającemu na wysnucie tezy, że oferta Odwołującego jest rażąco niska, tzn. rodzi ryzyko niewykonania zamówienia, z ryzykiem ponoszenia strat, ale już oferta wybrana jest w pełni rynkowa, i uwzględnia wygenerowanie

zysku; podobnie w przetargu dot. części nr 10 - można zadać retoryczne pytanie, czy różnica w cenie obu ofert (wybranego wykonawcy oraz Odwołującego - prezentująca różnicę w wysokości ok. 150 tys. zł - przy budżecie Zamawiającego w wysokości ok. 3,9 mln zł - musi absolutnie rodzić ryzyko niewykonania zamówienia? Przy czym nie ulega wątpliwości, że jak w zadaniu nr 8 - Odwołujący w pełni uwzględnił i przewidział w kalkulacji swojej oferty wymagania pkt 4.1. „h" i „k" oraz „l" OPZ.

Zamawiający naruszył w ocenie Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny tej oferty. Brzmienie tego przepisu zawiera doniosłą zmianę w stosunku do swego poprzednika prawnego - art. 90 ust. 3 poprzedniego Pzp, który nakazywał zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 nakazywał zatem zamawiającemu uzyskanie racjonalnego potwierdzenia wskazania w ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę. Pomimo tego, że obowiązek wykazania rzetelności oferty spoczywał formalnie na wykonawcy, to jednak zamawiający musiał mieć mocne podstawy do uznania, że cena oferty istotnie została zaniżona i jest to zaniżenie rażące w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązujący stan prawny akcentuje natomiast obowiązek wyjaśnienia ceny oferty (vide: wyrok z 8 września 2021 r. KIO 2031/21). Regulacja art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp jest spójna z pozostałymi przepisami ustawy dotyczącymi badania ceny oferty. Obowiązująca ustawa wzmocniła zatem obowiązek wykonawcy dotyczący złożenia wyjaśnień. Wykonawca wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny swojej oferty nie może odpowiadać całkowicie dowolnie, nie konkretyzując założeń przyjętych przy obliczaniu ceny oferty, istotnych dla możliwości należytego wykonania umowy za cenę podaną w ofercie. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem złożenie wyjaśnień konkretnych, należycie umotywowanych, przekonujących, że cena jego oferty została obliczona poprawnie i nie jest ceną rażąco niską. Takie oczekiwania dotyczące wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę pozostaje w zgodzie z wynikającym z art. 224 ust. 5 ustawy pzp obowiązkiem dowodowym spoczywającym na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Tym samym w obecnym stanie prawnym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień o charakterze ogólnym lub zaniechanie złożenia dowodów naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia za niewystarczające dla uzasadnienia ceny (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r., KIO 3670/21). Ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych obejmuje dwa aspekty: formalny i materialny. Aspekt formalny polega na ocenie zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania, gdyż wyjaśnienia ceny lub kosztu powinny być adekwatne do treści wezwania. Aspekt materialny natomiast obejmuje badanie treści wyjaśnień i załączonych dowodów w kontekście ich realności, spójności, potwierdzenia prawidłowego obliczenia badanej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający poprzestał na jednokrotności wezwania. Uznał jak się zatem wydaje, że nie miał i nie mógł mieć żadnych wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty Odwołującego, tzn. jej kompletności/ uwzględnienia całości wymagań Zamawiającego. Można jednak wskazać na wątpliwość, czy jednak

Zamawiający nie powinien - wobec swoich wątpliwości ujęcia w cenie oferty niezbyt kluczowego elementu oferty - wezwać Odwołującego do ponownych wyjaśnień ceny oferty. Takie ponawianie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty mogło oczywiście następować wyłącznie w granicach wyznaczonych pierwotnie udzielonymi wyjaśnieniami, co też miałoby miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Powyższe ma to znaczenie, że takie ponawianie wyjaśnień nie może w szczególności mieć na celu uzyskania od wykonawcy informacji, których nie podał on w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, choć mógł i powinien był to uczynić. W niniejszym stanie faktycznym - Zamawiający posiadał określony materiał dowodowy (pierwotne wyjaśnienia Odwołującego), co uprawniało go do ewentualnego wyjaśnienia wątpliwości, jakie posiadał. Zamawiający znając doskonale Odwołującego z poprzednich postępowań nie miał i nie powinien mieć wątpliwości, co do doświadczenia Odwołującego w realizacji podobnych zamówień, a tym samym ich uprzedniej kalkulacji.

Odwołujący zwrócił uwagę na jakość (warstwę merytoryczną dowodową) złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (utajnionych z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa). Mając to na uwadze wskazał, że te wyjaśnienia mają - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - wysoki walor szczegółowości, a pod kątem dowodowym w pełni czynią zadość wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, tj. odrzucenia oferty Odwołującego poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna

z warunkami zamówienia Odwołujący wskazał, że podstawą błędnej decyzji Zamawiającego jest uznanie, że Odwołujący powołał się w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na „błędny system malarski". Dla Odwołującego było i jest w pełni zrozumiałe, jaki system malarski ma być zastosowany do zamówienia, tak aby spełniał on wymagania specyfikacji U.20.02.04 - Renowacja miejscowa powłok malarskich elementów stalowych pkt 1.3. Nie można zatem przyjąć - wobec jasnej i czytelnej i nieodwołalnej deklaracji (Oświadczenia Odwołującego) zawartej w formularzu ofertowym (pkt 1 i 2), że załączona do wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny oferta na wykonanie powłok malarskich nie spełnia wymagań warunków zamówienia określonych w SWZ, gdyż zawiera inny sposób (technologię) wykonania tych prac.

Odwołujący wskazał, że załączona oferta do wyjaśnień rażąco niskiej ceny potencjalnego podwykonawcy miała tylko i wyłącznie na celu potwierdzenie realności wkalkulowanej do finalnej ceny oferty, a nie potwierdzenie wykonania zamówienia wobec ściśle określonych wymagań. Wskazał, że przedłożona do wyjaśnień Odwołującego oferta podwykonawcy nie służyła, aby potwierdzić wymagania specyfikacji U.20.02.04 - Renowacja miejscowa powłok malarskich elementów stalowych pkt 1.3, ale aby wskazać na rzetelność kalkulacji ceny oferty Odwołującego. Kluczowe też dla oceny powyższego jest wskazanie, że zaproponowana i udokumentowana ofertą wykonawcy cena oferty przewyższa rynkowe ceny ofert/ wykonawstwa renowacji miejscowej powłok malarskich w technologii wymaganej przez Zamawiającego. Tym samym niezrozumiałe jest czynienie zarzutów Odwołującemu, że rzekomo zastosował niewłaściwą technologię malarską, kiedy to udokumentował swoją cenę oferty w tym zakresie na poziomie wyższym, niż stanowią to oferty z wymagań Zamawiającego. W tym zakresie Odwołujący przedłożył oświadczenie poddostawcy - wystawy oferty potwierdzające powyższe (dowód nr 2). Gdyby Zamawiający powziął jednak wątpliwości, co do prawidłowości technologii malarskiej wobec złożonego dowodu prze Odwołującego to był w pełni zobligowany do zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie, względnie do skorygowania oświadczenia Odwołującego w tym zakresie.

W dniu 5 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o: „1) odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że nie zostało wniesione w sposób prawidłowy, brak jest w ogóle przedmiotu zaskarżenia (odwołania), a tym samym odwołanie jest niedopuszczalne w świetle art. 513 pkt 1 Pzp; 2) w przypadku nieuwzględnienie wniosku z pkt 1 o zwrot Odwołania z uwagi na nieuiszczenie przez Odwołującego wpisu w wymaganej wysokości na podstawie art. 519 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „Pzp" w zw. z art. 517 ust. 1 pkt 2 Pzp; 3) w przypadku nieuwzględnienie wniosku z pkt 1 lub pkt 2 o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność zarzutów Odwołującego." W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał że postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego w sposób określony w art. 91 ust. 1 ustawy pzp, tj. jako jedno postępowanie z podziałem na 10 części (zadań). Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na maksymalnie 6 zdań. Ocena ofert, wykluczenie wykonawcy, odrzucenie ofert z postępowania dokonywane jest odrębnie w odniesieniu do każdej części. Natomiast Odwołujący wniósł odwołanie w postępowaniu na Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 10 zadań jednak przy określaniu zarzutów, czynności Zamawiającego oraz przy formułowaniu żądań nie wskazał, których to części postępowania (Zadań) te zarzuty i żądania dotyczą.

W dniu 6 kwietnia 2022 r. wykonawca M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Dróg-Pol Roboty Drogowe i Remontowo-Budowlane M. R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - dalej „Dróg-Pol", wniósł pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zadania 8 oraz o odtajnienie na posiedzeniu Izby przed otwarciem rozprawy i udostępnienie Przystępującemu dowodu nr 1 dołączonego do odwołania. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 6 kwietnia 2022 r. pismo procesowe wniósł również wykonawca S. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. R. Szart z siedzibą w Koninie - dalej „Szart", w którym wniósł o oddalenie odwołania. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Po pierwsze, art. 513 pkt 1 ustawy pzp, na który powołał się Zamawiający stanowi o czynnościach, wobec których przysługuje odwołanie, a nie o przesłankach odrzucenia odwołania. Po drugie, Zamawiający nie wskazał, ani nie uzasadnił żadnej z przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy pzp, a który to katalog należy uznać za wyczerpujący, z uwagi na negatywne konsekwencje jako rodzi dla wykonawcy składającego środek ochrony prawnej. Odnosząc się natomiast do uzasadnienia wniosku Zamawiającego podnieść należy, że zgodnie z art. 516 ustawy pzp odwołanie poza wskazaniem czynności bądź zaniechania zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy pzp powinno zawierać zarzuty, żądania (którymi Izba nie jest związana) ale przede wszystkim okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na ich poparcie. To właśnie te okoliczności wyznaczają zakres odwołania. Izba ustaliła, że Odwołujący w istocie nie wskazał przy określaniu czynności, zarzutów i żądań zadań postępowania, których dotyczą. Niemniej jednak, skoro oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie okoliczności przywołanych w zarzutach odwołania wyłącznie w zadaniu nr 8 i 10 to nie ulegało wątpliwości, że to w tych czynnościach Zamawiającego Odwołujący upatruje niezgodności z ustawą. Co więcej, Odwołujący w treści odwołania wielokrotnie referował do zadania nr 8 i 10, zarówno przy wykazywaniu interesu, zachowania terminu na wniesienie odwołania, jak i w samym uzasadnieniu, gdzie Odwołujący opisuje okoliczności faktyczne i prawne. Zauważyć należy, że sam Zamawiający nie miał wątpliwości, których zadań dotyczy odwołanie, skoro w odpowiedzi na odwołanie referuje do okoliczności dotyczących czynności odrzucenia oferty Odwołującego w tych zadaniach. Podobnie Przystępujący, którzy przystąpili do postępowania, a których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze właśnie w zadaniach nr 8 i 10. Takich wątpliwości nie miała również Izba, dlatego też wniosek o odrzucenie odwołania należało uznać za bezzasadny.

Izba postanowiła oddalić także wniosek Zamawiającego o zwrot odwołania z uwagi na nie wniesienie wpisu w prawidłowej wysokości. Na posiedzeniu Zamawiający argumentował, że w jego ocenie skoro odwołanie dotyczy czynności dokonanych przez Zamawiający w dwóch odrębnych zadaniach to Odwołujący powinien wnieść wpis w podwójnej wysokości. Twierdzenia Zamawiającego nie mają jednak oparcia w przepisach prawa. Jak wynika z par. 2 ust. 2 pkt 2 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 ze zm.): „2.

Wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty

budowlane o wartości: (...) 2) równej progom unijnym, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, lub przekraczającej te progi, wynosi 20 000 złotych.” Rozporządzenie w sposób jednoznaczny określa, że wpis od odwołania wnosi się w „postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Niewątpliwie, Zamawiający prowadzi jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i w tym postępowaniu zostało wniesione odwołanie. Okoliczność dotycząca ilości zadań przewidzianych w postępowaniu oraz wniesienia odwołania wobec czynności w dwóch zadaniach pozostaje zatem bez wpływu na wysokość wpisu, który Odwołujący uiścił w wysokości 20.000,00 zł, a więc w wysokości prawidłowej, określonej ww. Rozporządzeniem.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Dróg-Pol Roboty Drogowe i Remontowo-Budowlane M. R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim oraz S. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. R. Szart z siedzibą w Koninie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowód nr 1: Tabelaryczne zestawienie cenowe, dowód nr 2: oświadczenie poddostawcy dotyczące technologii malarskiej), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpień wraz z załącznikami, pismo

procesowe Dróg-Pol oraz Szart oraz dowody złożone przez Dróg-Pol (schematy zastępczej organizacji ruchu - 4 szt., dwie oferty kosztów urządzeń do zabezpieczania tymczasowych prac drogowych, dwa ogłoszenia o pracę obejmujące operatora podnośnika koszowego i pomocnika operatora koszowego) oraz Szart (trzy oferty dotyczące robót strukturalnych) na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Tomem I SWZ: IDW: „17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY 17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ - Tom IV dla każdego zadania na które składana jest oferta. 17.2. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w Kosztorysach ofertowych wszystkie podane i opisane tam pozycje. 17.3. Wykonawca w Kosztorysie ofertowym określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tych Kosztorysach a następnie wyliczy Wartości Razem netto które następnie przeniesie do Kosztorysu ofertowego - zestawienie zbiorcze i w tym kosztorysie wyliczy wartość netto, podatek VAT oraz wartość brutto danego zadania. Wartość Razem brutto wykazana w Kosztorysie ofertowym, Wykonawca przeniesie do Formularza „Oferta". Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Kosztorysów ofertowych. (...) 17.7. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Kosztorysie ofertowym, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Kosztorysach ofertowych."

W myśl § 1 PPU - Tom II SWZ: Przedmiot Umowy ust. 2: „Przedmiot Umowy obejmuje wykonywanie prac dotyczących utrzymania obiektów inżynierskich , w szczególności: - utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich, - roboty strukturalne."

Zgodnie z § 4 PPU - Tom II SWZ" Wartość Umowy: „2. Rozliczenie Umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w Kosztorysach Ofertowych, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą, z zastrzeżeniem § 7 ust. 5. 3. Wykonawca oświadcza, że przy przygotowywaniu Oferty uwzględnił, a w cenach jednostkowych zawartych w Kosztorysach Ofertowych skalkulował, koszty związane z przejazdem pojazdów wykorzystywanych do realizacji przedmiotu Umowy, odcinkami dróg objętych oraz nowowprowadzanych do systemów poboru opłat, które Wykonawca będzie ponosił w trakcie trwania Umowy. 4. Opłaty, o których mowa w ust. 3 obciążać będą Wykonawcę i nie będą podstawą roszczeń w stosunku do Zamawiającego. 5. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wartością wyliczoną w oparciu o przewidywane ilości prac i nie stanowi zobowiązania dla Zamawiającego do realizacji Umowy do tej wartości. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że Wykonawcy nie przysługuje wobec Zamawiającego żadne roszczenie w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę wynagrodzenia w wysokości, o której mowa w ust. 1. z zastrzeżeniem § 22 ust. 7. 6. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 5, § 6 i § 7 niniejszej Umowy. 7. Zamawiający przewiduje waloryzację Wynagrodzenia Wykonawcy. Procedura dokonania waloryzacji Wynagrodzenia została opisana w § 7."

Zgodnie z Tomem III SWZ - OPZ: „4. WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA. 4.1. Ustalenia

organizacyjne. (...) h. Wymaga się, aby prace wymagające zamknięcia części jezdni, a więc powodujące utrudnienia w ruchu (nie dotyczy obiektów objętych STANDARDEM III), wykonywane były w porze nocnej (od 20.00 do 6.00). Wykonawca w cenie ofertowej powinien uwzględnić konieczność dodatkowego oznakowania strefy prac oraz przedsięwziąć (i również wycenić w cenie ofertowej) dodatkowe czynności gwarantujące zachowanie bezpieczeństwa ruchu drogowego i bezpieczeństwa pracowników, w związku z wykonywaniem czynności utrzymaniowych realizowanych w porze nocnej. (.) k. Do Wykonawcy należy właściwe oznakowanie i zabezpieczenie obiektów w trakcie realizacji prac utrzymaniowych prowadzonych przy odbywającym się ruchu na lub pod obiektem, jak również zabezpieczenie uczestniczących w tym ruchu osób lub pojazdów. l.

Wykonanie/zapewnienie wszelkich urządzeń pomocniczych (takich jak rusztowania, pomosty robocze, zwyżki, podnośniki, środki pływające, ekrany ochronne itp.) niezbędnych do prowadzenia czynności i robót objętych kontraktem, należy do Wykonawcy."

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert ceny ofertowe w zadaniu 8 kształtowały się

następująco: oferta 1: 13 765 360,50 PLN, oferta Dróg-Pol: 6 761 573,74 PLN, oferta

Odwołującego: 6 242 102,40 PLN oraz oferta 4: 6 040 101,96 PLN.

Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zadaniu nr 8 wynosiła: 7 217 468,59 PLN, wynikająca także z wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego jako wartość szacowana zamówienia powiększona o należny podatek VAT.

Zgodnie z informacja z otwarcia ofert ceny ofertowe w zadaniu 10 kształtowały się następująco: oferta 1: 6 823 240,50 PLN, oferta Odwołującego: 4 100 414,10 PLN, oferta Szart: 4 340 278,86 PLN.

Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zadaniu nr 10 wynosiła: 3 899 390,61 PLN., wynikająca także z wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego jako wartość szacowana zamówienia powiększona o należny podatek VAT.

Pismami z dnia 18 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 oraz 223 ust. 1 ustawy pzp wskazując m.in.:

„W państwa ofercie wątpliwości zamawiającego wzbudziły niektóre zaoferowane przez Państwa ceny jednostkowe. W związku z powyższym w celu ustalenia czy istotne części składowe oferty nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania SWZ Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie określonym poniżej w tym w zakresie wynikającym z art. 224 ust 3 pkt 4 i 6: Prosimy o podanie szczegółowej wyceny następujących składowych ceny Oferty: 1. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie nr 8: a) Poz. II.2 Zabezpieczenie antykorozyjne barier stalowych i barieroporęczy: Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie następujących urządzeń i sprzętu wymaganych do odpowiedniego przygotowania podłoża : - Spalinowe lub elektryczne urządzenie do mycia ciepłą (temp. ok. 50 st. C) lub zimną wodą pod ciśnieniem ok. 8-10 MPa, - Sprężarka powietrza ze zbiornikiem wyrównawczym i kompletem filtrów przeciwolejowych i przeciwwilgotnościowych, - zestaw urządzeń do obróbki strumieniowo-ściernej, - lekkie młotki pneumatyczne z iglakami i skrobakami, - szlifierki, - odkurzacze przemysłowe. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny dotyczącej przygotowania podłoża. b) Poz. II.2 Zabezpieczenie antykorozyjne barier stalowych i barieroporęczy: Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie systemów malarskich spełniających wymagania zawarte Tablic 1 Specyfikacji „U-20.02.45 UTRZYMANIE BALUSTRAD 53 Zabezpieczenie antykorozyjne wszystkich elementów balustrad". Proszę o podanie materiałów które były uwzględniane przy dokonywaniu wyceny tej pozycji oraz przedstawienie szczegółowej. 2. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie nr 8: a) Poz. II.3 zabezpieczenie antykorozyjne balustrad schodów Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie następujących urządzeń i sprzętu wymaganych do odpowiedniego przygotowania podłoża: - Spalinowe lub elektryczne urządzenie do mycia ciepłą (temp. ok. 50 st.C) lub zimną wodą pod ciśnieniem ok. 8-10 MPa, - Sprężarka powietrza ze zbiornikiem wyrównawczym i kompletem filtrów przeciwolejowych i przeciwwilgotnościowych, - zestaw urządzeń do obróbki strumieniowo-ściernej, - lekkie młotki pneumatyczne z iglakami i skrobakami, - szlifierki, - odkurzacze przemysłowe. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny dotyczącej przygotowania podłoża. b) Poz. II.3 zabezpieczenie antykorozyjne balustrad schodów: Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie systemów malarskich spełniających wymagania zawarte Tablic 1 Specyfikacji „U-20.02.45 UTRZYMANIE BALUSTRAD 53 Zabezpieczenie antykorozyjne wszystkich elementów balustrad". Proszę o podanie materiałów które były uwzględniane przy dokonywaniu wyceny tej pozycji oraz przedstawienie szczegółowej wyceny. 3. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie nr 8 a) Poz. II.4 zabezpieczenie antykorozyjne osłon trakcyjnych. Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie następujących urządzeń i sprzętu wymaganych do odpowiedniego przygotowania podłoża: - spalinowe lub elektryczne urządzenie do mycia ciepłą (temp. ok. 50 st.C) lub zimną wodą pod ciśnieniem ok. 8-10 MPa, - sprężarka powietrza ze zbiornikiem wyrównawczym i kompletem filtrów przeciwolejowych i przeciwwilgotnościowych, - zestaw urządzeń do obróbki strumieniowo-ściernej, - lekkie młotki pneumatyczne z iglakami i skrobakami, - szlifierki, - odkurzacze przemysłowe. Proszę o przedstawienie szczegółowej

wyceny dotyczącej przygotowania podłoża. b) Poz. II.4 zabezpieczenie antykorozyjne osłon trakcyjnych. Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie systemów malarskich spełniających wymagania zawarte Tablic 1 Specyfikacji „U-20.02.45 UTRZYMANIE BALUSTRAD 53 Zabezpieczenie antykorozyjne wszystkich elementów balustrad". Proszę o podanie materiałów które były uwzględniane przy dokonywaniu wyceny tej pozycji oraz przedstawienie szczegółowej wyceny. 4. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie nr 8 a) Poz. II.7 zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych.

Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie następujących urządzeń i sprzętu wymaganych do odpowiedniego przygotowania podłoża: - spalinowe lub elektryczne urządzenie do mycia ciepłą (temp. ok. 50 st.C) lub zimną wodą pod ciśnieniem ok. 8-10 MPa, - sprężarka powietrza ze zbiornikiem wyrównawczym i kompletem filtrów przeciwolejowych i przeciwwilgotnościowych, - zestaw urządzeń do obróbki strumieniowo-ściernej, - lekkie młotki pneumatyczne z iglakami i skrobakami, - szlifierki, - odkurzacze przemysłowe. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny dotyczącej przygotowania podłoża. b) Poz. II.7 zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej użycie systemów malarskich spełniających wymagania zawarte Tablic 1 Specyfikacji „U-20.02.45 UTRZYMANIE BALUSTRAD 53 Zabezpieczenie antykorozyjne wszystkich elementów balustrad". Proszę o podanie materiałów które były uwzględniane przy dokonywaniu wyceny tej pozycji oraz przedstawienie szczegółowej wyceny. (.) 8. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie

nr 8 a) Poz. II.12 wymiana uszkodzonych balustrad Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej wymagania zawarte w OPZ pkt II.12 w tym zakup nowych balustrad ? Proszę o podanie materiałów jakie były uwzględniane przy sporządzaniu wyceny oraz przedstawienie szczegółowej wyceny. 9. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne

Zadanie nr 8 a) Poz. II. 13 wymiana uszkodzonych barier Czy i w jakim zakresie Wykonawca

uwzględnił w cenie jednostkowej wymagania zawarte w OPZ pkt II.13 w tym zakup nowych barier? Proszę o podanie materiałów jakie były uwzględniane przy sporządzaniu wyceny oraz przedstawienie szczegółowej wyceny. 10. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie nr 8 a) Poz. II.14 wymiana uszkodzonych barierioporęczy Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej wymagania zawarte w OPZ w pkt II.14 w tym zakup nowych barieroporęczy ? Proszę o podanie materiałów jakie były uwzględniane przy sporządzaniu wyceny oraz przedstawienie szczegółowej wyceny. (.) 18. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie nr 8 a) Poz. II.37 Wymiana urządzeń dylatacyjnych stalowych Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej sporządzenie projektu urządzenia dylatacyjnego zgodnie z punktem II. 37 OPZ. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny. b) Poz. II.37 Wymiana urządzeń dylatacyjnych stalowych. Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej montaż urządzenia dylatacyjnego wraz z robotami towarzyszącymi (rozkucie płyty betonowej, oczyszczenie zbrojenia, odbudowa płyty betonowej, rozkucie i odtworzenie nawierzchni, montaż elementów kotwiących dylatacji itp. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny. 19. Kosztorys ofertowy roboty strukturalne Zadanie nr 8 a) Poz. II.38 Wzmocnienie istniejącego obiektu inżynierskiego metodą „relining". Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej uwzględnił użycie następujących urządzeń i sprzętu wymaganych do wykonania wzmocnienia obiektu inżynierskiego - żuraw, koparka lub ładowarka, - rusztowanie montażowe, - zawiesia i haki montażowe, - agregaty prądotwórcze, lekkie rusztowania i drabiny, - zakrętarki elektryczne lub pneumatyczne min. 2 szt., klucze ręczne, - klucz dynamometryczny do kontroli momentu dokręcenia, - sprzęt zagęszczający - zagęszczarki mechaniczne, płyty wibracyjne, walce. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny. b) Poz. II.38 Wzmocnienie istniejącego obiektu inżynierskiego metodą „relining". Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej stosowanie materiałów zgodnych z punktem 2.2.2 Specyfikacji M. 14.03.01 Stalowa konstrukcja z blachy falistej. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny. c) Poz. II.38 Wzmocnienie istniejącego obiektu inżynierskiego metodą „relining". Czy i w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej opracowanie i uzgodnienie projektu wzmocnienia obiektu inżynierskiego metodą relining. Proszę o przedstawienie szczegółowej wyceny. (.) Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu wyliczenia ceny Oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelakich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej."

W dniu 28 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami dla zadania nr 8 i 10, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismami z dnia 11 marca 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 8 Przystępującego Dróg-Pol a w zadaniu nr 10 Przystępującego Szart oraz poinformował m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując: „Uzasadnienie prawne: Oferta Wykonawcy Konsorcjum Firm: ABRAMSS Sp. z o. o., ul. Świętokrzyska 30/63, OO116 Warszawa; Z. U. sp. z o. o., ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Maz. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 226 ust. 1 pkt 5, ustawy

PZP ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Uzasadnienie faktyczne: Działając w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający w celu ustalenia czy złożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwrócił się do Wykonawcy pismem O.WA.D-3.2412.61,2021.35,2022 z dnia 18.01.2022r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty. Zamawiający w piśmie zawarł pytania w zakresie sposobu wyliczenia szczegółowej wyceny ceny jednostkowej dla następujących pozycji: Zabezpieczenie antykorozyjne, konstrukcji stalowych, Wymiana uszkodzonych balustrad, Wymiana uszkodzonych barier, Wymiana uszkodzonych barieroporęczy, Wymiana urządzeń dylatacyjnych stalowych, Wymiana dylatacji bitumicznych, Wzmocnienie istniejącego obiektu inżynierskiego metodą „reliningu". Przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia (pismo z dnia 28.01.2022 r.) nie były wystarczająco szczegółowe i nie wyjaśniły jednoznacznie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za zaoferowaną cenę. Należy bowiem podkreślić, z analizy wyjaśnień wykonawcy wynika ze w cenie oferty nie uwzględniono wymagań z punktu 4.1 „h" i „k" Opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że nie uwzględniono pracy w porze nocnej, nie uwzględniono konieczności dodatkowego oznakowania strefy prac, nie uwzględniono konieczności właściwego oznakowania i zabezpieczenia obiektów inżynierskich. Ponadto, z wyjaśnień wykonawcy wynika że w cenie oferty nie uwzględniono wymagań z punktu 4.1 „l" Opisu przedmiotu zamówienia, tj. nie uwzględniono wykonania/zapewnienia urządzeń pomocniczych (takich jak rusztowania, pomosty robocze, zwyżki, podnośniki, środki pływające, ekrany ochronne itp.). Nieuwzględnienie tych kosztów spowodowało rażące zaniżenie ceny dla tych pozycji, a w konsekwencji rażące zaniżenie ceny całej oferty. Należy również zauważyć, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołuje się na ofertę na system malarski. System ten nie spełnia jednak wymagań Specyfikacji U. 20.02.04 „Renowacja miejscowa powłok malarskich elementów stalowych" pkt. 1.3. Stosownie do treści punktu 1.3 ww. Specyfikacji : „Zasady niniejszej specyfikacji określają wymagania techniczne i dotyczą w zależności od potrzeb i wskazań do wykonywania renowacji malarskich powłok antykorozyjnych na elementach stalowych drogowych obiektów mostowych. Niezgodność polega na tym, że Zamawiający wymagał zastosowanie systemów malarskich na konstrukcje stalowe a nie na konstrukcje stalowe natryskiwane cieplnie cynkiem jak przedstawił wykonawca w wyjaśnieniach. W związku z powyższym Zamawiający stwierdza, że z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że dla następujących pozycji Kosztorysu ofertowego, Oferta Wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego: II.2 Zabezpieczenie antykorozyjne barier stalowych i barieroporęczy, II.3 Zabezpieczenie antykorozyjne balustrad schodów, II.4 Zabezpieczenie antykorozyjne osłon trakcyjnych, II.7 Zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych. Wyjaśnienia Wykonawcy potwierdzają że treść oferty nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SWZ TOM III w Specyfikacji Technicznej U 20.02.45 „Utrzymanie Balustrad" pkt. 1.3 Zakres robót objętych ST. Zatem oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca jest niewątpliwie profesjonalistą, ubiegającym się i uzyskującym zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp. Powinien mieć zatem świadomość, iż kierowane do niego wezwanie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w trybie ustawy PZP oznacza konieczność uzasadnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji ceny ofertowej. Musi on dodatkowo także wykazać, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Celem postępowania wyjaśniającego jest bowiem ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Złożenie zaś wyjaśnień nieprzydatnych dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust, 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p,z.p., ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu (por. wyrok KIO 1462/21). Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że ustawodawca zobowiązał zamawiającego również do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w SWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym

konkretnie niezgodność oferty z SWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ (por. KIO 1103/21). Jeżeli zatem Wykonawca w warunkach złożonych wyjaśnień wskazał, że oferuje system malarski na konstrukcje stalowe natryskiwane cieplnie cynkiem, który nie odpowiada konkretnym i jednoznacznym postanowieniom SWZ to zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP."

Izba ustaliła, że Zamawiający nie żądał przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu.

Bezsporne pomiędzy Stronami było, że do wyjaśnień została dołączona oferta na system malarski w innej technologii niż wymagana postanowieniami OPZ.

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Zgodnie z 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. (.) 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) 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."

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (.) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.(.) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia."

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia."

Przedmiotem sporu w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp była ocena prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była nieprawidłowa z kilku powodów.

Na wstępie podnieść należy, że istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z

określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszerne wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Izby przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(.) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego - jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. (.) 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 (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Podkreślenia również wymaga, że ocena prawidłowości czynności zamawiającego przed Izbą odbywa się w odniesieniu do uzasadnienia prawnego i faktycznego danej czynności. Wyczerpujące uzasadnienie czynności zamawiającego ma także istotne znaczenie dla wykonawców, którzy podważają prawidłowość takich czynności w drodze środków ochrony prawnej, gdyż w oparciu o okoliczności faktyczne w nim podniesione budują strategię procesową w postępowaniu odwoławczym. W przypadku odrzucenia oferty za rażąco niską cenę zamawiający nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia w tym zakresie, a powinien wskazać wszystkie okoliczności faktyczne, które wpłynęły na taką ocenę wyjaśnień przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego za rażąco niską cenę podniósł, że wyjaśnienia Wykonawcy: „nie były wystarczająco szczegółowe i nie wyjaśniły jednoznacznie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za zaoferowaną cenę. Należy bowiem podkreślić, z analizy wyjaśnień wykonawcy wynika ze w cenie oferty nie uwzględniono wymagań z punktu 4.1 „h” i „k” Opisu przedmiotu zamówienia”. I dalej: „Ponadto, z wyjaśnień wykonawcy

wynika że w cenie oferty nie uwzględniono wymagań z punktu 4.1 „l” Opisu przedmiotu

zamówienia." (...) Nieuwzględnienie tych kosztów spowodowało rażące zaniżenie ceny dla tych pozycji, a w konsekwencji rażące zaniżenie ceny całej oferty.” Z powyższego wynika, że Zamawiający oparł swoją ocenę i decyzję o odrzuceniu oferty uznając, że zaoferowana cena jest rażąco niska wyłącznie na nieuwzględnieniu przez Wykonawcę w wyjaśnieniach wymagań z pkt 4.1. lit. h, k oraz l OPZ. W tym kontekście zaznaczyć należy, że utajniona część odpowiedzi na odwołanie, przedstawiająca okoliczności faktyczne przemawiające w ocenie Zamawiającego za uznaniem ceny oferty Odwołującego za rażąco niską, nie mogła zostać uwzględniona przy rozpoznaniu odwołania, gdyż wychodziła poza ramy podstaw faktycznych odrzucenia oferty wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu.

Przechodząc natomiast do przyczyn odrzucenia oferty, które zostały przez Zamawiającego podniesione w piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Izba uznała, że w świetle wezwania Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2022 r. oraz złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający nie był uprawiony do czynienia tak kategorycznych wniosków co do nieuwzględnienia w cenie ofertowej wymagań z pkt 4.1. lit. h, k oraz l OPZ. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy. Zamawiający bardzo skrupulatnie zadawał pytania co do konkretnych kosztów związanych z wykonaniem poszczególnych robót, które budziły jego wątpliwości. Zamawiający nie wzywał jednak szczegółowo do przedstawienia kalkulacji kosztów i uwzględnienia w cenie wymagań z pkt 4.1. lit. h, k i l. Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego także w żadnym zakresie co do kosztów robót - „wymiany dylatacji bitumicznych”, które przywołuje w decyzji o odrzuceniu oferty, co do których to kosztów uznać należy, że Zamawiający nie miał wątpliwości co do wysokości

zaoferowanej ceny. Podkreślenia przy tym wymaga, że Odwołujący złożył wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu (odnosiły się do wątpliwości Zamawiającego) oraz złożył dowody na potwierdzenie przyjętego poziomu kosztów. Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika, aby Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie odnosiły się do kosztów, których wykazania wymagał Zamawiający. Zamawiający nie podważał również przyjętej przez Odwołującego kalkulacji w zakresie tych kosztów. Skoro zatem wyjaśnienia Wykonawcy odpowiadały wezwaniu - a sam Zamawiający wskazał w wezwaniu, że powinny one odpowiadać co najmniej temu zakresowi, o który Zamawiający pytał, to uznać należało, że w przypadku jakichkolwiek dalszych wątpliwości co do zaoferowanej ceny Zamawiający mógł wystosować do Wykonawcy dodatkowe wezwanie. Oczywiście Izba ma świadomość, że Zamawiający prosił o wyjaśnienia jak najbardziej szczegółowe w zakresie wymagań OPZ. Mając jednak na względzie wyczerpujący charakter złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, precyzyjne zadanie pytań w wezwaniu przez Zamawiającego, a także różnorodność i mnogość wymagań OPZ, nie można było jednoznacznie przesądzić, że nieuwzględnienie w wyjaśnieniach kosztów z pkt 4.1. lit. h, k i l dla poz. II.2, II.12, II. 13, II.14, II.37 i II.38 kosztorysu ofertowego równało się z nieuwzględnieniem ich w cenie. Zamawiający mógł mieć jedynie w tym zakresie wątpliwości, co uprawniało Zamawiającego do wystosowania do Wykonawcy dodatkowego wezwania do wyjaśnień, co też Izba nakazała. Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępujących, że wezwanie do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny ma charakter wyjątkowy, niemniej jednak okoliczności faktyczne tej sprawy przemawiały za koniecznością jego wystosowania. Jak już zostało poniesione, nie jest tak, że Odwołujący złożył wyjaśnienia lakoniczne, czy też nieodpowiadające wezwaniu.

Stąd też dalsze wątpliwości co do ceny determinowały kolejne wezwanie do wyjaśnień. Izba wzięła pod uwagę, również w świetle dowodów złożonych przez Przystępującego Dróg-Pol

(w szczególności ofert kosztów zakupu urządzeń do zabezpieczania tymczasowych prac

drogowych oraz schematy zastępczej organizacji ruchu), iż koszty związane z pracą w porze

nocnej, koszty oznakowania i zabezpieczenia obiektów w trakcie realizacji prac utrzymaniowych oraz wszelkich urządzeń pomocniczych mogą różnie się kształtować i

wpływać na zaoferowaną cenę w zależności od właściwości wykonawcy. Dlatego też koszty

te powinny zostać przedstawione przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego a nie w postępowaniu przed Izbą i ukazywać założenia Wykonawcy, a także wpływ czynników takich jak warunki organizacyjne, kadrowe, sprzętowe na możliwość skalkulowania tych kosztów na danym poziomie, co umożliwi Zamawiającemu ocenę tych wyjaśnień.

Odnosząc się do dowodu nr 1 złożonego przez Odwołującego Izba uznała dowód jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, jako stanowiący wyłącznie porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez Odwołującego i innych wykonawców. Z dowodu nie wynika, jakie koszty związane z wymaganiami z pkt 4.1. lit. h, k i l OPZ zostały uwzględnione w cenie, jakie założenia Wykonawca poczynił również co do ich wysokości. Samo wskazanie na wyższe bądź niższe ceny co do danej pozycji robót nie wyjaśniały powyższych kwestii. Ponadto, jak już zostało podniesione, koszty te powinny zostać wyjaśnione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na skutek dodatkowego wezwania Zamawiającego.

Pozostałe dowody złożone przez Przystępujących w zakresie w jakim odnosiły się do kosztów i okoliczności faktycznych nie stanowiących podstawy odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp Izba uznała zarzut za zasadny. W ocenie Izby, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego za niezgodność z wymaganiami oferowanej technologii systemu malarskiego.

Na wstępie wskazania wymaga, że na gruncie nowej ustawy pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy pzp. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej

przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej.

Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że w zakresie oferowanej przez Odwołującego technologii systemu malarskiego Zamawiający nie mógł mieć pewności co do niezgodności z wymaganiami oferty Wykonawcy. Izba zwraca uwagę, że w ofercie Wykonawca zapewnił - złożył oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ. Ponadto, w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Odwołujący ponownie oświadczył co do zgodności systemu malarskiego z wymaganiami Specyfikacji U-20.02.45. Bezsporna pozostawała okoliczność, że załączona do wyjaśnień oferta dotyczyła systemu malarskiego w innej technologii niż wymagana w postępowaniu. Izba zauważa, że złożenie tego dokumentu spowodowało wewnętrzną sprzeczność oferty Odwołującego - rozbieżność pomiędzy złożonymi oświadczeniami woli. Z jednej bowiem strony Wykonawca oświadcza o systemie zgodnym z wymaganiami Zamawiającego, z drugiej w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny składa ofertę na system malarski w innej technologii. Co znamienne, Zamawiający nie żądał w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowana technologia systemu malarskiego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający bazował w postępowaniu w tym zakresie wyłącznie na ogólnych oświadczeniach wykonawców. Oczywiście złożonej przez Wykonawcę oferty na system malarski Zamawiający nie mógł pominąć przy badaniu i ocenie, niemniej jednak powinien rozpatrywać ją w kategorii oświadczenia Wykonawcy. Rozbieżność pomiędzy tymi oświadczeniami powinna zostać więc wyjaśniona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co też Izba nakazała. Podkreślenia wymaga, że co do tej okoliczności faktycznej Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a nie z uwagi na rażąco niską cenę, dlatego też rozpoznanie odwołania w tym zakresie nastąpiło co do przesłanek uznania oferty za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, czego w ocenie Izby Zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić wobec sprzeczności oświadczeń Wykonawcy.

Wskazać również należy, że zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp został podniesiony jako zarzut ewentualny, o którego rozpoznanie Odwołujący wnosił w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 2 odwołania. Mając na względzie, że żądaniem i celem Odwołującego w zakresie zarzutów głównych było unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty w zadaniu nr 8 i 10, co też Izba nakazała uwzględniając zarzuty główne odwołania, Izba pozostawiła ww. zarzut bez rozpoznania. Tym samym należało uznać, że Izba uwzględniła wniesione odwołanie w całości.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie, a więc do wysokości określonej w § 5 pkt 2 lit. b ww. Rozporządzenia.

Przewodniczący:.....