

WYROK

z dnia 22 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 19 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 20 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Inżynieria Wodna - Projektowanie i Wykonawstwo M.S., Lemierzyce

[„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie bieżącej konserwacji

i utrzymania wód w obszarze działania Zarządu Zlewni w Gorzowie Wlkp.
(nr PO.ROZ.2810.16.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie
z siedzibą w Warszawie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu

[„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego: MELIOTECH J. J., Międzyrzecz-Wybudowanie

[„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie w częściach nr 14 i 15 zamówienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu, odrzucenie tej oferty na podstawie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.): 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 - jako oferty, której treść w obu wyżej wymienionych częściach zamówienia jest niezgodna z pkt 6.14 Specyfikacji warunków zamówienia, 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 - z uwagi na złożenie wyjaśnień wraz z dowodami, które nie uzasadniły ceny podanej w ofercie na część nr 15 zamówienia.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19212 zł 00 gr

(słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście dwanaście złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

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.

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Regionalny Zarząd Gospodarki

Wodnej w Poznaniu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymania wód w obszarze działania Zarządu Zlewni w Gorzowie Wlkp.(nr PO.ROZ.2810.16.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 marca 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_058 pod poz. 152398.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

8 czerwca 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w częściach nr 14 i 15 oferty złożonej przez MELIOTECH Jarosław Józwiak, Międzyrzecz-Wybudowanie {dalej w skrócie: „Meliotech” lub „Przystępujący”}.

20 czerwca 2022 r. Inżynieria Wodna - Projektowanie i Wykonawstwo Mariusz Szczeciński z Lemierzyc {dalej również: „Odwołujący”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Meliotech na część 14 i 15 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Meliotechu w zakresie części nr 14 i 15 zamówienia, pomimo że jest ona niezgodna z treścią pkt 6.14. specyfikacji warunków zamówienia {dalej: SWZ}.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Meliotechu w części nr 15, pomimo przedstawienia pozornych i ogólnych wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, w tym nieudzielenia odpowiedzi na pytania zawarte w wezwaniu, do których nie załączono dowodów.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w częściach nr 14 i 15 zamówienia {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Meliotechu.

Odwołujący dodatkowo sprecyzował zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesionego

odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów, czyli zarzut nr 1}

{okoliczności faktyczne}

Jako część załącznika nr 2 do SWZ Zamawiający dołączył przedmiary, które określały szczegółowy zakres robót do wykonania przez wykonawców.

Dla części nr 14 zamówienia siedem przedmiarów pn.: 1) Dopływ spod Jasieńca 0+000-1+987 gm. Trzciel; 2) Dopływ w Świdwowie 0+000-7+057 gm. Trzciel; 3) Dopływ spod Sierczynek 0+000-1+610 gm. Trzciel; 4) Dopływ z Jasieńca 0+000-8+123 gm. Trzciel; 5) Dopływ z Żydowo 0+000-8+090 gm. Trzciel; 6) Rakownik 0+000-3+320 gm. Lubrza; 7) Rakownik 0+000-3+320 gm. Lubrza 23%.

Z kolei dla części nr 15 zamówienia sześć przedmiarów pn: 1) Obra konserwacja km 50+825-52+275 gm. Międzyrzecz; 2) Paklica 0+000-6+140 gm Międzyrzecz; 3) Zbiornik Miedzichowo 8%; 4) Zbiornik Miedzichowo 23%; 5) Czarna Woda km 0+000-2+800 gm. Trzciel, Międzyrzecz; 6) Jordanka km 0+000-3+100, 7+221-16+020 gm. Międzyrzecz.

W pkt 6.14. SWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienie: Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i w jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania.

W złożonych przez Meliotech kosztorysach ofertowych występują różnice w cenach składników cenotwórczych.

Dla części nr 14 występują różnice w cenie m-g koparki z hakownicą [kosztorysy nr 1), 3) i 7) - 95 zł, kosztorys nr 2) - 94 zł, kosztorys nr 6) - 93 zł] oraz pilarki spalinowej [kosztorysy nr 1), 3)-7) - 9 zł, kosztorys nr 2) - 8 zł].

Dla części nr 15 występują różnice w cenie m-g krypy [kosztorys nr 3) - 71 zł, kosztorys nr 4) - 68 zł], koparki [kosztorys nr 3) - 95 zł, kosztorys nr 4) - 92 zł] oraz samochodu samowładowego/ciągnika z przyczepą [kosztorys nr 5) - 71 zł, kosztorys nr 6) - 77 zł].

Zamawiający zauważył powyższe i pismem z 6 maja 2022 r. wezwał Meliotech na podstawie art. 223 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień [patrz pkt 2. pisma].

W odpowiedzi z 12 maja 2022 r. Meliotech wyjaśnił, że różnice w cenach sprzętu wynikają z przyjęcia różnych założeń i technologii wykonania robót. Podkreślił również, że brał udział w wizji lokalnej, podczas której ocenił warunki terenowe i dzięki temu we właściwy sposób mógł dobrać optymalny sprzęt.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten koresponduje z treścią art. 218 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Przy czym definicja pojęcia „warunki zamówienia” znajduje się w art. 7 pkt 29 ustawy pzp: Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: (...) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Datą graniczną dokonania takiej zmiany SWZ jest jednak właśnie termin składania ofert. Po upływie tego terminu nie ma możliwości zarówno rozszerzania, jak i pomijania wymagań zapisanych w SWZ przy badaniu ofert., co potwierdza orzecznictwo Izby i doktryna prawnicza {w odwołaniu wskazano dwa wyroki, z których uzasadnień zacytowano stosowne fragmenty, a także zacytowano stosowny fragment jednego z komentarzy do ustawy pzp}.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, stwierdzając, że skoro Zamawiający postawił jednoznaczny wymóg, żeby we wszystkich kosztorysach ofertowych dla każdej z części były takie same ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z), a oferta wykonawcy Meliotechu nie spełnia tego wymogu, oznacza to, że jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona.

Gdyby pozostali wykonawcy wiedzieli o nieegzekwowaniu przez Zamawiającego tego wymogu na etapie badania ofert, również przyjęliby różne ceny dla tych samych składników cenotwórczych, a w konsekwencji inne byłyby ceny ich ofert. Tym samym zaniechanie odrzucenia oferty Meliotechu doprowadziło również do naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych - uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W ocenie Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie tłumaczenia Meliotechu

wynikające z jego wyjaśnień, gdyż wymóg był jednoznaczny i kategoriowy. Jeżeli Meliotech nie zgadzał się z tym, mógł przed terminem składania ofert złożyć odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej lub zgłosić Zamawiającemu wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

{ad pkt 2. listy zarzutów, czyli zarzut nr 2}

{okoliczności faktyczne}

W tym samym piśmie z 6 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Meliotech na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp, gdyż cena jego oferty na część nr 15 stanowi 67,81% wartości

zamówienia, do wyjaśnienia tej ceny. Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien przedstawić kalkulację, a przedstawione zestawienie składników cenotwórczych powinno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów. Zamawiający zaakcentował, że wyjaśnienia muszą zawierać w szczególności potwierdzenie: a) 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; b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Meliotech w piśmie z 12 maja 2022 r. wyjaśnił w szczególności, że:

- 1) na kształt ceny wpływ miały oszczędności metody wykonania zamówienia, w szczególności własny, szeroki park maszyn;
- 2) upatruje oszczędności w skróceniu czasu wykonania robót dotyczących wykaszania porostów roślinnych dzięki użyciu ręcznych wykaszarek spalinowych zamiast ręcznych kos, przy czym nakład pracy zgodny z Katalogiem Nakładów Rzeczowych, czyli 0,013 r-g/m² jest możliwy do zmniejszenia;
- 3) sprzyjające warunki terenowe, tj. niski stan wód w ciekach melioracyjnych oraz znajomość terenu i bliskość lokalizacji wykonywanych robót gwarantuje sprawne ich prowadzenie;
- 4) zastosował stawkę godzinową na poziomie 24,00 zł/r-g, dodatkowo koszty zatrudnienia pracowników zostały zabezpieczone w narzutach, tj. kosztach pośrednich (4%) oraz zysku (1%), co daje stawkę godzinową 25,20 zł;
- 5) uzyskał pomoc publiczną oraz subwencję finansową udzieloną przez Polski Fundusz Rozwoju, dzięki której rozszerzono wielkość parku sprzętowego.

Do wyjaśnień Meliotech załączył pismo z 28 maja 2018 r. Zakładu Ubezpieczeń

Spółecznych dotyczące podpisania umowy o dofinansowanie oraz decyzję w sprawie umowy subwencji z 18 maja 2020 r.

{okoliczności prawne}

Do niniejszego zagadnienia znajdują zastosowanie następujące przepisy ustawy pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 224 ust. 5 - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;
- 3) art. 224 ust. 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.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych

tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji {w odwołaniu wskazano trzy wyroki, z których uzasadnień zacytowano stosowne fragmenty}.

Z orzecznictwa Izby wynika również, że w pewnych sytuacjach konieczne jest nie tylko przedstawienie wyczerpujących wyjaśnień dotyczących ceny oferty, ale również poparcie ich dowodami {w odwołaniu wskazano trzy wyroki, z których uzasadnień zacytowano stosowne fragmenty}.

Niezależnie od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę wykonawca musi również wziąć pod uwagę koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Oznacza to, że wykonawca jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia pracownika.

W aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia pracodawca ponosi dodatkowo koszty wynikające z:

- 1) ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 423 ze zm.): a) art. 16 ust. 1 - składki na ubezpieczenia emerytalne pracowników finansują z własnych środków, w równych częściach, ubezpieczeni i płatnicy składek (zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 składka na ubezpieczenie emerytalne wynosi 19,52% podstawy wymiaru); b) art. 16 ust. 1b - składki na ubezpieczenia rentowe osób, o których mowa w ust. 1 (pracowników), finansują z własnych środków, w wysokości 1,5% podstawy wymiaru ubezpieczeni i w wysokości 6,5% podstawy wymiaru płatnicy składek; c) art. 16 ust. 3 - składki na ubezpieczenie wypadkowe osób wymienionych w ust. 1 pkt 1 (pracowników) finansują w całości, z własnych środków, płatnicy składek;
- 2) ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1100): a) składka na Fundusz Pracy wynosząca 2,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 0,45% tej podstawy, finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę);
- 3) ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 7): a) stopa procentowa składki na FGŚP wynosi 0,10% kwoty od której obliczane są składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę).

Łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia brutto) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia.

Obowiązek uwzględnienia doliczenia do kosztów wynagrodzenia również kosztów pracodawcy znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Izby {w odwołaniu wskazano trzy wyroki, z których uzasadnień zacytowano stosowne fragmenty}.

Wreszcie w orzecznictwie Izby dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia, z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność, w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji {w odwołaniu wskazano trzy wyroki, z których uzasadnień zacytowano stosowne fragmenty}.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, stwierdzając, co następuje.

Po pierwsze, odnośnie ogólnikowości wyjaśnień złożonych przez Meliotech,

który przykładowo pisze o własnym szerokim parku maszyn. Ponieważ brak jest

jakichkolwiek konkretnych informacji, jakimi dokładnie maszynami dysponuje, Zamawiający nie może ocenić, czy to twierdzenie jest zgodne z rzeczywistością.

Brak również informacji, o ile dokładnie (do jakiej wartości) Meliotech jest w stanie skrócić czas wykonywania czynności, co przy podanej stawce roboczogodziny umożliwiłoby byłoby ustalenie, jakie dokładnie oszczędności może wygospodarować Wykonawca. Bez tego złożone oświadczenie należy uznać z podejście życzeniowe.

Sprzyjające warunki terenowe nie są żadnym wyznacznikiem dla Meliotechu na tle innych wykonawców, gdyż każdy z nich będzie mógł skorzystać ze niskiego stanu wód oraz bliskości lokalizacji wykonanych robót.

Za konkretne nie mogą również zostać uznane informacje o pomocy publicznej oraz subwencji finansowej. Pomoc publiczna z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych została udzielona w 2018 r. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób pomoc udzielona cztery lata temu wpływa na cenę, jaką zaoferował w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest również znana kwota pomocy ani cel, na jaki mogła zostać przeznaczona.

Z kolei subwencja udzielona przez Polski Fundusz Rozwoju została ona udzielona w 2020 r., czyli dwa lata temu. W tym przypadku Meliotech wskazał wprawdzie kwotę subwencji (wynika ona z załączonej decyzji z 18 maja 2020 r.). Brak jednak jakichkolwiek informacji, w jaki dokładnie sposób Wykonawca wykorzystał tę subwencję i w jaki sposób wpłynęła ona na możliwość obniżenia ceny.

Meliotech nie wskazał również, jaki dokładnie przewiduje zysk w związku z realizacją zamówienia oraz czy kalkulował jakąkolwiek rezerwę na nieprzewidziane wydatki.

Po drugie, odnośnie niezłączenia dowodów, że Meliotech załączył jedynie pisma z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz z Polskiego Funduszu Rozwoju, z których jednak niewiele wynika w kontekście wykazania wpływu na możliwość obniżenia ceny oferty.

W tym przypadku niezbędnymi dowodami były: 1) wykaz posiadanych maszyn i sprzętu (wraz z ewentualnymi dowodami potwierdzającymi dysponowanie), 2) umowy o pracę lub listy płac dokumentujące wynagrodzenie, jakie Wykonawca wypłaca swoim pracownikom. Bez powyższych dowodów Zamawiający nie miał możliwości oceniania, czy wykonawca Meliotech jest w stanie wykonać zamówienie za cenę wskazaną w jego ofercie.

Po trzecie, odnośnie nieuczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego, że Meliotech w wyjaśnieniach wskazał jedynie, że zastosował stawkę godzinową na poziomie 24,00 zł/r-g oraz że koszty zatrudnienia pracowników zostały zabezpieczone w narzutach, tj. kosztach pośrednich (4%) oraz zysku (1%), co daje stawkę godzinową 25,20 zł. Na podstawie tak złożonych wyjaśnień trudno ustalić, czy stawka godzinowa na poziomie 24,00 zł/r-g stanowi (i) wynagrodzenie, które pracownik otrzymuje „na rękę”, (ii) wynagrodzenie brutto, czy może (iii) wynagrodzenie brutto powiększone o obowiązkowe koszty dotyczące prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Nie wiadomo również, czego ma dotyczyć stawka 25,20 zł/r-g.

W związku z powyższym nie jest możliwa weryfikacja, czy Wykonawca uwzględnił w zaoferowanej przez siebie cenie obowiązkowe koszty dotyczące prawa pracy i zabezpieczenia społecznego pracowników, choć jest to istotny element ceny oferty,

a Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Ponadto w treści wezwania Zamawiający wymagał, aby Meliotech przedstawił kalkulację, w tym przedstawione zestawienie składników cenotwórczych zawierało czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów. Wykonawca Meliotech całkowicie

zignorował to wymaganie.

Po czwarte, że w powyżej opisanych okolicznościach faktycznych i prawnych Meliotech nie może być ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień

W odpowiedzi na odwołanie z 7 lipca 2022 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie odwołania, w szczególności z następujących powodów uznając je za niezasadne.

{ad zarzutu nr 1}

Zamawiający podał następujące brzmienie pkt 6.12. SWZ: Podane w przedmiarach robót podstawy nakładów w postaci odpowiednich tablic KNR użyte są w celu pełniejszego opisu robót. Podana podstawa nie stanowi obowiązującej Wykonawcy podstawy przy kalkulacji ceny. Podstawą dla Wykonawcy może być jego kalkulacja własna wynikająca z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o zapisy treści SWZ, natomiast opis, rozmiar rzeczowy i zakres czynności do wykonania są obligatoryjne. Kalkulowanie cen pozycji kosztorysowych według kalkulacji własnej dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku opisanego takiej pozycji jako „ANALOGIA” lub „WYCENA WŁASNA”.

Według Zamawiającego możliwość zastosowania kalkulacji indywidualnej w kosztorysie ofertowym oznaczała dopuszczenie określenia przez wykonawcę własnych czynników cenotwórczych w postaci doboru sprzętu, przy pomocy którego wykonane zostaną prace wyszczególnione w przedmiarze.

Zamawiający stwierdził, że ponieważ Meliotech zastosował we wskazanych w odwołaniu pozycjach kosztorysowych kalkulację indywidualną, dobierając sprzęt w zależności od warunków terenowych, w tym dostępności do kanałów, oraz zakresu robót, każdy rodzaj sprzętu stanowił inny czynnik cenotwórczy. Zastosowano np. różne wielkości koparek o innych cenach za m-g, ale ten sam model miał już tą samą cenę. Zakwestionowane przez Odwołującego się pozycje różnią się przyjęciem różnych założeń i technologii wykonania robót. Nie jest to niezgodne z SWZ ani z przepisami pzp.

Zamawiający oświadczył, że wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez Meliotech zostały przez niego ocenione jako spójne i wyczerpujące.

Dodatkowo Zamawiający powołał się na to, że jego stanowisko znajduje oparcie w uzasadnieniu wyroku z 15 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 773/20, w którym Izba następująco odniosła się do zbliżonego zarzutu. Nie potwierdził się również zarzut Odwołującego jakoby Przystępujący zastosował różne stawki dla takich samych pozycji kosztowych, w sytuacji gdy pkt 21.13 SWZ nakazuje stosowanie takich samych stawek dla takich samych pozycji kosztowych. Przystępujący odniósł się tutaj do pozycji 98 i pozycji 724, których ceny jednostkowe wynoszą odpowiednio 500,00 zł i 125,40 zł. Zasadność omawianego zarzutu wymagała w pierwszej kolejności wykazania przez Odwołującego, iż zakwestionowane przez niego pozycje dotyczą takich samych prac, wymagających takich samych nakładów i umiejętności. Z opisu zaś zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji wynika, że z poz. 98 i 724 dotyczą innych wylotów, a każda pozycja opisana została jako „WYCENA WŁASNA”. Zatem nie mają tych samych podstaw KNR, co sugerowałoby konieczność zastosowania tych samych nakładów. Wyloty umiejscowione są w różnych km rzeki i sposób dopasowania materia gabionowego do rurociągu zależy od warunków panujących przy tych wylotach. Wymagają również użycia różnego sprzętu i czasu, stąd „WYCENA WŁASNA” przy tych pozycjach. Zatem nie są to te same pozycje, choć mają podobny opis. Tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

{ad zarzutu nr 2}

W ocenie Zamawiającego złożone przez Meliotech wyjaśnienia były wyczerpujące, gdyż wynika z nich, w jaki sposób wykonawca dokonał ustalenia ceny oferty, stąd rozwiąły wątpliwości.

Zamawiający podał, że ponieważ zgodnie z wytycznymi jego wydziału zamówień publicznych stawka roboczogodziny na 2022 r. (łącznie z kosztami pracodawcy) wynosi 21,72 zł, we wszystkich postępowaniach przetargowych stawka ta jest odniesieniem, a w tym przypadku stawka zastosowana przez Meliotech wynosi 24,00 zł.

Zamawiający dodał, że Zarząd Zlewni w Gorzowie Wlkp. w ubiegłych latach kilkakrotnie zawierał umowy z Meliotechem w zakresie konserwacji cieków, a prace zawsze wykonywane były należyście i w terminach zakreślonych umową.

Zamawiający stwierdził, że ponieważ załączone do wyjaśnień dokumenty dotyczące uzyskania dofinansowania i subwencji nie budziły wątpliwości co do ich prawdziwości, tym samym stanowią gwarancję terminowego wykonania zamówienia po wskazanych w ofercie cenach.

Dodał, że złożone wyjaśnienia dotyczące ceny w sytuacji przekroczenia granicznej wartości nieco ponad 2% komisja uznała za wystarczające, prawdziwe oraz gwarantujące poprawne i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został

uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko, przy czym Odwołujący dodatkowo ustosunkował się do odpowiedzi na odwołanie w swoim piśmie z 18 lipca 2022 r.

Natomiast Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, poparł Zamawiającego i podniósł, co następuje.

{ad zarzutu nr 1}

Przystępujący zwrócił uwagę na pkt 6.13. SWZ, regulujący sposób sporządzenia kosztorysów ofertowych, które miały mieć charakter uproszczony, jednocześnie z tego postanowienia nie wynika obowiązek skonkretyzowania typu (modelu) użytego sprzętu. Ponadto Zamawiający zastrzegł sobie możliwość w toku badania oferty zażądania informacji bardziej szczegółowych. De facto w odniesieniu do kwestii wyceny analogicznych pozycji kosztorysów miało to miejsce, a Zamawiający uznał te wyjaśnienia za prawidłowe i wystarczające. Dzięki posiadanemu doświadczeniu w wykonywaniu tego typu zamówień, w tym na rzecz Zamawiającego, a także dokonaniu wizji lokalnej Przystępujący był w stanie w szeregach pozycji dotyczących takich samych prac zidentyfikować możliwości użycia lżejszego sprzętu, co pozwoliło mu na określenie w tych pozycjach niższej stawki pracy tego sprzętu. Jednocześnie reguła z pkt 6.14. SWZ została zachowana, gdyż w analogicznych uwarunkowaniach terenowych przewidziano taką samą stawkę.

{ad zarzutu nr 2}

Przystępujący nie kwestionuje prawidłowości stanowiska Odwołującego, że przedmiotem rozpoznania w tej sprawie jest prawidłowość czynności Zamawiającego, która z kolei dotyczy złożonych mu wyjaśnień. Zgłoszone przez Przystępującego wnioski dowodowe nie mają na celu uzupełnienia tych wyjaśnień, a ukazanie sytuacji w szerszym kontekście, potwierdzającym doświadczenie i kwalifikacje wykonawcy, o których mowa w wyjaśnieniach.

Według Przystępującego należy mieć także na uwadze także, że zamówienie dotyczy działalności prowadzonej przez Zamawiającego, co oznacza, że ma on odpowiednią wiedzę i kompetencję do oceny, czy przedstawione mu wyjaśnienia są wiarygodne. Przy czym Zamawiający prawidłowo uwzględnił również informacje, które wynikają już ze złożonej oferty w kontekście opisu przedmiotu zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, zarówno w części 14., jak i części 15., gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia na te części. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w częściach nr 14 i 15, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile brzmienie postanowień z pkt 6.12. i 6.14. SWZ, treść oferty Meliotechu w zakresie niektórych pozycji przedmiarów, treść jego wyjaśnień i treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do ich złożenia zostały adekwatnie przedstawione w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie i nie są sporne, o tyle konieczne jest ustalenie,

co z nich wynika, gdyż w tym zakresie nie ma już zgody pomiędzy stronami tego sporu.

Ponieważ postanowienia z pkt 6.12. SWZ (podnoszone przez Odwołującego), pkt 6.13. (podkreślone przez Przystępującego) i z pkt 6.14. SWZ (wskazywane przez Zamawiającego) zostały zamieszczone w ramach opisu wymaganego sposobu obliczenia ceny oferty, nie ma wątpliwości, że kształtują one, każde w zakresie swojego zastosowania, w sposób wiążący ten aspekt treści oferty.

W celu ustalenia relacji zachodzących pomiędzy tymi postanowieniami co do zakresu ich zastosowania celowe jest ich uprzednie przytoczenie w takiej kolejności, w jakiej zostały zamieszczone w SWZ:

6.12 Podane w przedmiarach robót podstawy nakładów w postaci odpowiednich tablic KNR użyte są w celu pełniejszego opisu robót. Podana podstawa nie stanowi obowiązującej Wykonawcy podstawy przy kalkulacji ceny. Podstawą dla Wykonawcy może być jego kalkulacja własna wynikająca z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o zapisy treści SWZ, natomiast opis, rozmiar rzeczowy i zakres czynności do wykonania są obligatoryjne. Kalkulowanie cen pozycji kosztorysowych według kalkulacji własnej dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku opisanie takiej pozycji jako „ANALOGIA” lub „WYCENA WŁASNA”.

6.13 W celu obliczenia ceny oferty należy wykonać kosztorys ofertowy w formie kosztorysu

uproszczonego, z wyszczególnieniem opisu zgodnego z „Przedmiarem robót” - dla danej części zamówienia - stanowiącym załącznik do SWZ, ilości przedmiarowej, jednostki miary, ceny jednostkowej oraz wartości stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej. Zamawiający zastrzega sobie prawo, na każdym etapie postępowania, zażądać od Wykonawcy przedstawienia dla każdej pozycji kosztorysowej - kalkulacji wykonanej metodą szczegółową.

6.14 Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, KP, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i w jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania.

Postanowienie pkt 6.13. określa po prostu, że na potrzeby złożenia oferty w celu wyceny przedmiotu zamówienia wystarczające jest sporządzenie kosztorysu uproszczonego,

a dopiero na ewentualne odrębne wezwanie Zamawiającego w toku badania oferty konieczne będzie przedstawienie kalkulacji metodą szczegółową. Przy czym z pkt 6.15. wynika dodatkowo, że wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa będzie zobowiązany przedstawić kosztorys szczegółowy.

Z kolei treść zdania pierwszego pkt 6.12. stanowi de facto opisanie tego, co powinno być standardem przy wykorzystywaniu katalogów nakładów rzeczowych w zamówieniach

publicznych. O ile dla potrzeb opisu przedmiotu zamówienia zamawiający może korzystać

z katalogów poprzez wskazanie w przedmiarze konkretnego symbolu (nazwy katalogu, numeru, tablicy), o tyle katalogi te nie powinny być obligatoryjną podstawą kalkulacji ceny oferty przez wykonawcę. Natomiast dla potrzeb opisu sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający może wskazać podane w przedmiarze KNR-y jako informację pomocniczą dla wykonawców, do wykorzystania na zasadzie dobrowolności przy opracowaniu kosztorysu ofertowego. Wykonawca dla obliczenia ceny oferty powinien mieć bowiem możliwość korzystania przy ustaleniu cen jednostkowych w kosztorysie opracowanym metodą kalkulacji uproszczonej z dowolnych podstaw, w tym z KNR-ów, jeśli uzna je za odpowiednie. Przy czym zdanie drugie pkt 6.13. określa wymagany przez Zamawiającego sposób zasygnalizowania przez wykonawcę skorzystania z możliwości wyceny według kalkulacji własnej, ale w oparciu - jak to podkreślono w poprzednim zdaniu - „zapisy SIWZ”, przez co należy rozumieć informacje wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższych uregulowań, które mają charakter typowy dla zamówień na roboty budowlane, w pkt 6.14. Zamawiający wprowadził na potrzeby tego zamówienia wymaganie, aby dla wszystkich pozycji przedmiarów z takim samym opisem wycena poszczególnych składników cenotwórczych (czyli robocizny, materiałów i sprzętu) oraz narzutów kosztów pośrednich i zysku była taka sama w ramach danej części zamówienia. Ta szczególna regulacja, de facto ograniczająca swobodę kształtowania przez

wykonawcę treści oferty, została skorelowana z wprowadzeniem dla umów w sprawie poszczególnych części tego zamówienia wynagrodzenia kosztorysowego, którego wysokość ma być ustalona na podstawie kosztorysu powykonawczego odzwierciedlającego faktycznie wykonany zakres prac, ale z zastosowaniem czynników cenotwórczych właśnie z kosztorysu ofertowego uproszczonego [co wynika wprost z § 2 i 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ], co zapewne miało na celu uproszczenie rozliczenia wynagrodzenia przysługującego wykonawcy.

Reasumując, uregulowanie wynikające z pkt 6.14. ma charakter obligatoryjny, a zarazem odrębny w stosunku do tego, co zostało uregulowane w poprzedzających pkt 6.12. i 6.13. Innymi słowy skorzystanie przez wykonawcę z oczywistej możliwości wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego w oparciu o kalkulację własną w żaden sposób nie zwalnia z obowiązku zastosowania, w odniesieniu do tak samo opisanych w przedmiarach danej części zamówienia pozycji, identycznej wyceny cen jednostkowych robocizny, materiału i sprzętu, a także tego samego poziomu narzutów kosztów pośrednich i zysku.

Prawidłowość powyżej interpretacji potwierdza również fakt, że gdy Zamawiający po przeanalizowaniu kosztorysów ofertowych zidentyfikował tak samo opisane pozycje z odmienną wyceną pracy sprzętu, pomimo informacji o dokonaniu kalkulacji indywidualnej, wezwał w tym zakresie Melioitech do złożenia wyjaśnień, co byłoby oczywiście zbędne, gdyby posłużył się wyceną własną w jakikolwiek sposób wyłączało obowiązek zastosowania się do pkt 6.14. SWZ

Z kolei wyjaśnienia Melioitechu - sprowadzające się do wskazania kilku różnych modeli koparek czy pilarek jako uzasadnienia dla odmiennej wyceny kosztu pracy tego sprzętu w tak samo opisanych pozycjach kosztorysów danej części - stanowią w istocie doprecyzowanie treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wykonawca w ten sposób de facto potwierdził niezastosowanie się zarówno do pkt 6.14. SWZ, jak i pkt 6.12. SWZ, skoro w tym ostatnim zastrzeżono, że podstawą wyceny indywidualnej ma być wyłącznie treść SWZ (czyli opisu przedmiotu zamówienia), a nie „aktualne warunki terenowe” ustalone rzekomo dzięki przeprowadzeniu wizji lokalnej, na co powołał się Melioitech.

Reasumując nie było sporne, że Melioitech w kosztorysach ofertowych dla części 14. i 15. zamówienia zastosował, w zakresie adekwatnie odzwierciedlonym w odwołaniu, dla niektórych pozycji z takim samym opisem odmienną wycenę kosztów pracy sprzętu (koparki z hakownicą i pilarki spalinowej w części 14. oraz koparki i samochodu samowyladowniczego lub ciągnika z przyczepą w części 15.). Natomiast Zamawiający, pomimo że dostrzegł niezgodność treści kosztorysów ofertowych Melioitechu z warunkiem, który ustanowił w pkt 6.14. SWZ, ostatecznie odstąpił od jego egzekwowania.

Na podobnej zasadzie postąpił Zamawiający przy badaniu ceny oferty Melioitechu w części 15. Wpierw powziął wątpliwości co do tego, czy cena ta nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w tej części i adekwatnie do tego sformułował szczegółowe wezwanie, aby następnie odstąpić od jego egzekwowania. O ile z treści wezwania jednoznacznie wynikało bowiem oczekiwanie przedstawienia szczegółowej kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, o tyle poza wszelkim sporem jest fakt, że złożone przez Melioitech wyjaśnienia jej nie zawierają. Z kolei wyjaśnienia odnośnie kosztów pracy jedynie częściowo czynią zadość wezwaniu, gdyż - jak trafnie zidentyfikowano to w odwołaniu - nie odniesiono się w nich do kosztów pracodawcy związanych z zatrudnianiem pracownika. Wreszcie - na co również zwrócono uwagę w odwołaniu - zadeklarowana w wyjaśnieniach oszczędność dzięki skróceniu czasu wykaszania porostów gęstych twardych ze skarp jest nieweryfikowalna, gdyż zarówno w kosztorysie ofertowym, jak i w wyjaśnieniach wskazano nakłady z przedmiarów. Co więcej, w pozycjach kosztorysów ofertowych dotyczących tych prac Melioitech nie wskazał, że wycenił je na podstawie kalkulacji indywidualnej, co czyni późniejsze wyjaśnienia niewiarygodnymi.

Złożenie dopiero na rozprawie przez Przystępującego dodatkowych dokumentów dla uzasadnienia przyjętych kosztów zatrudnienia pracowników czy wykazania zakresu parku maszynowego, którym dysponuje, które mogły być złożone w ramach wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, dodatkowo potwierdzają że wyjaśnienia te były niewystarczające.

Reasumując, wbrew temu, co twierdził Zamawiający, nie otrzymał w wyjaśnieniach uzasadnienia faktycznie potwierdzającego, że cena oferty Melioitechu została prawidłowo skalkulowana w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego częścią 15.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w obu częściach z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami tego zamówienia, a w odniesieniu do części 15. dodatkowo z uwagi na złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniają ceny określonej w ofercie za wykonanie tej części zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które - według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp - należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy przepis jest odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”}, który stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie budzi wątpliwości, że na podstawie - zarówno obecnie obowiązującego, jak i poprzednio - tak sformułowanego przepisu odrzuceniu podlega oferta, której treść - rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) - nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, jeżeli zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Jednakże nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie tej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią specyfikacji, gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Jak dostrzegano w doktrynie i orzecznictwie, w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5] mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów [por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009]. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania specyfikacji dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczone są w specyfikacji [por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2478/13]. Takie stanowisko jest tym bardziej uzasadnione w aktualnym stanie prawnym, gdy ustawodawca zdecydował się uczynić punktem odniesienia dla oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji „warunki zamówienia”, które tak zdefiniował, że obejmują one nie tylko treść opisu przedmiotu zamówienia czy warunki umowy.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp; przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia.

W ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego pomimo oczywistej niezgodności jej treści z wymaganym w SWZ sposobem określenia treści kosztorysu ofertowego.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że 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.

Przy czym art. 224 ust. 4 pzp stanowi, że 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.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej).

Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość

rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma norma prawna wynikająca z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja wprost odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. De lege lata nie może być również wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym - jak już powyżej wspomniano - według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny tej oferty, odwołujący jest zobligowany li tylko do poważenia prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny tych wyjaśnień. W konsekwencji Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12). W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może ograniczać się do podważania prawidłowości oceny przez zamawiającego złożonych przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

W tej sprawie w odwołaniu - jak to powyżej zrelacjonowano i potwierdzono w ramach poczynionych ustaleń - wystarczająco adekwatnie sprecyzowano okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający nie miał podstaw faktycznych, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd

Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że w tej sprawie przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno odrzuceniem jego oferty, bez stwarzania mu kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak słusznie podkreśla się bowiem w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, nieoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dolożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegającego na sugerowaniu wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie skutecznie została podważona prawidłowość zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych przez Meliotech wyjaśnień, gdyż - jak to powyżej ustalono - nie uzasadnił w nich ceny oferty na część 15. zamówienia, co obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenia i opłaty od pełnomocnictwa, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d 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. poz. 2437) - obciążając nimi Zamawiającego.