Sygn. akt KIO 2231/22

WYROK

z dnia 12 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "GiK" Przedsiębiorstwo Geodezyjne i Kartograficzne - P.D.i, w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Koniński - Zarząd Dróg Powiatowych w Koninie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, i nakazuje Powiatowi Konińskiemu - Zarządowi Dróg Powiatowych w Koninie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty A. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. B. Biuro Usług Geodezyjnych GeoCad Polska, na podstawie art. 226 ust. 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "GiK" Przedsiębiorstwo Geodezyjne i Kartograficzne - P. D., w 1/2 części oraz zamawiającego Powiat Koniński - Zarząd Dróg Powiatowych w Koninie w 1/2 części i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "GiK" Przedsiębiorstwo Geodezyjne i Kartograficzne - P.D., tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Powiatu Konińskiego - Zarządu Dróg Powiatowych w Koninie na rzecz P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "GiK" Przedsiębiorstwo

Geodezyjne i Kartograficzne - P. D., kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,

3.3 uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego znosi wzajemnie między P.D., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą "GiK" Przedsiębiorstwo Geodezyjne i Kartograficzne - P. D., i Powiatem Konińskim - Zarządem Dróg Powiatowych w Koninie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 2231/22

UZASADNIENIE

W dniu 29 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "GiK" Przedsiębiorstwo Geodezyjne i Kartograficzne - P.D. (dalej jako „Odwołujący") - na czynności wyboru oferty A.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. B. Biuro Usług Geodezyjnych GeoCad Polska, oraz badania i oceny tej oferty, dokonane przez zamawiającego - Powiatem Koniński - Zarząd Dróg Powiatowych w Koninie (dalej jako „Zamawiający") - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Wykonanie projektu podziału nieruchomości - droga powiatowa nr 3096P Posoka - Świątniki" (dalej jako „Postępowanie"), a także na zaniechanie dokonania w Postępowaniu odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) „Art. 224 ust. 6 PZP w zw. z Art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 1 PZP w zw. z Art. 224 ust. 5 PZP w zw. z Art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez A. B. Biuro Usług Geodezyjnych GEOCAD Polska w sytuacji, gdy: A.B.Biuro Usług Geodezyjnych GEOCAD Polska nie złożył żadnych dowodów i wyliczeń w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych składowych. Brak dowodów, przy tak rażąco niskiej cenie powinien wzbudzić u Zamawiającego wątpliwość czy Oferent1 (działalność 1 osobowa) właściwie przewidział nakład prac do wykonania i czy jest on zdolny do wykonania zamówienia, zwłaszcza kiedy pozostali oferenci zadeklarowali do wykonania udział dwóch firm (oferta2- udział własny oraz podwykonawstwo 50% prac, oferta3 stanowi konsorcjum 2 firm). Z powyższego jednoznacznie wynika, że oferent2 i oferent3 przewidzieli do wykonania większe zasoby kadrowe co przy zbliżonych cenach świadczy o tym, że właściwie przewidzieli nakład prac do wykonania",

2) „Art. 16 PZP oraz Art. 17 ust. 1 PZP w sytuacji gdy: Art. 17 ustawy PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek uzyskania najlepszej jakości usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, a dokonując wyboru niewiarygodnej oferty Zamawiający narusza ten przepis".

Odwołujący wniósł o:

1) „uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

c) wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty A. B. Biuro Usług Geodezyjnych GEOCAD Polska,

d) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej",

2) „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 lipca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00279935/01.

W dniu 8 sierpnia 2022 roku Zamawiający zażądał od A. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. B. Biuro Usług Geodezyjnych GeoCad Polska (dalej jako „GeoCad"), wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych, pismem o treści „Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; zwana dalej: PZP), Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana cena i jej istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena Państwa oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Wartość zamówienia, ustalona przez Zamawiającego, powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi: 406.000,00 zł. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy oraz czy zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Wyjaśnienia powinny w sposób przekonujący wskazywać obiektywne czynniki, okoliczności lub inne uwarunkowania powodujące przyjęcie zaoferowanych cen, winno uwzględniać te składniki cenotwórcze, o których mowa w art. 224 ust. 3 PZP i które miały wpływ na kalkulację ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W szczególności Zamawiający żąda wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6, tj.

- 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty. Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu".

GeoCad udzielił odpowiedzi na ww. pismo w dniu 12 sierpnia 2022 roku, składając pismo o treści „Biuro Usług Geodezyjnych GEOCAD POLSKA informuje, że złożona oferta przez moją firmę uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji technicznej , a także w warunkach umowy. Cena złożona w przetargu obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, a także wszelkie koszty towarzyszące do jej wykonania. Jednocześnie zwracam uwagę, iż do oferty złożonej do przetargu został dołączony również protokół zdawczo - odbiorczy w którym z jego treści wynika, że cena którą złożyliśmy do przetargu jest zbliżona. Dla wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust 3 pkt 4 i 6 NIE posiadamy pracowników których wartość przyjęta do ustalenia ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej dla realizowanego zamówienia, a wszelkie czynności będą realizowane zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i BHP. Informuję, że kwota złożona w przetargu jest dla nas satysfakcjonująca".

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2022 r. opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazano, że „wybrano jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez: A. B.Biuro Usług Geodezyjnych GEOCAD Polska, Sierakowo, ul. Dożynkowa 30, 63-900 Rawicz. Cena zaoferowana w powyższej ofercie wynosi 180.810,00 zł brutto, termin wykonania zamówienia publicznego: 270 dni od dnia zawarcia umowy (...) Informacja o ilości punktów przyznanych ofertom podlegającym ocenie

Numer oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres Wykonawcy	Liczba pkt w kryterium „Cena” / (cena ofertowa brutto)	Liczba pkt w kryterium „Skrócenie terminu realizacji” / (skrócenie terminu realizacji)	Razem (pkt)
1	A. B.Biuro Usług Geodezyjnych GEOCAD Polska, Sierakowo, ul. Dożynkowa 30, 63-900 Rawicz	60,00 (180.810,00 zł)	40,00 (30 dni)	100,00
2	„GIK” Przedsiębiorstwo Geodezyjne i Kartograficzne P. D., ul. Ogrodowa 48, 62-571 Stare Miasto	31,27 (346.983,00 zł)	40,00 (30 dni)	71,27
3	Konsorcjum Firm: 1) Lider: Łódzkie Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne s.c. M. P., M. J., ul Narutowicza 77, lok. 201, 90-138 Łódź 2) Partner: Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „GEOTRION” s.c. M. C., P. S., P.Ś., Al. Piłsudskiego 135, 92-318 Łódź	29,75 (364.633,50 zł)	40,00 (30 dni)	69,75

33

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 8 września 2022 r. Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w związku z art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) Pzp w związku z art. 224 ust. 5 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp był zasadny w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku art. 224 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Stosownie do art. 224 ust. 6 Pzp, „odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Z przepisów tych wynika, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który

nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Bezspornym było, że cena oferty GeoCad odbiegała o ponad 30 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Okoliczność ta zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, stanowiącym, iż „stanowi, że „w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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", skutkowała powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku żądania od GeoCad wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych - co Zamawiający uczynił w dniu 8 sierpnia 2022 roku.

W takiej sytuacji, jak wynika z art. 224 ust. 5 Pzp, stosownie do którego „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy", GeoCad zobowiązany był wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z przepisu tego wynika domniemanie, że wykonawca, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 2 Pzp, zaoferował cenę rażąco niską. W konsekwencji składane przez wykonawcę w wykonaniu takiego żądania wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, muszą obalić owo domniemanie. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 173/22, podobnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 lutego 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 224/22).

Stwierdzić należy, iż - jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 stycznia 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 3773/21 - „wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu (lub ich istotnych części składowych) muszą być konkretne, rzeczowe, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę, a złożone wyjaśnienia winny być poparte dowodami" (por. również uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 224/22), oraz że „wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia". (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2021 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 3225/21).

W pełni podzielić należy stanowisko przedstawione przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 lutego 2021 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 310/21, iż „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej", jak również w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 listopada 2021 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 3288/21, że „ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach, brak dokładnych danych co do kalkulacji ceny, a także nie udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazanym i oczekiwanym przez Zamawiającego, należy zakwalifikować jako zasługujące na zastosowanie art. 224 ust. 6 Pzp".

Mając na uwadze powyższe Izba przyjęła, iż w toku Postępowania powstało domniemanie, że oferta GeoCad zawiera cenę rażąco niską, a zatem na GeoCad ciążył obowiązek obalenia tego domniemania składanymi wyjaśnieniami i dowodami na ich poparcie. Konieczne jest przy tym zauważenie, że - jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 835/22 - „nie jest zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia. Obowiązkiem Izby jest natomiast ocena, czy Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia".

Dokonując oceny prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez GeoCad w dniu 12 sierpnia 2022 roku Izba uznała, że nie była ona

prawidłowa.

Nie ulega wątpliwości, że w wyjaśnieniach tych GeoCad wskazał, że złożona przezeń oferta „uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji technicznej, a także w warunkach umowy" oraz że zaoferowana cena „obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, a także wszelkie koszty towarzyszące do jej wykonania", oraz zawarł wyjaśnienie dotyczące zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy. Nie można uznać, że jest to wystarczające dla obalenia domniemania, że oferta GeoCad złożona w Postępowaniu zawiera cenę rażąco niską, w sytuacji, gdy w pozostałym zakresie wyjaśnienia te sprowadzają się do powołania się na cenę wymienioną w protokole zdawczo - odbiorczym złożonym przez GeoCad w toku

Postępowania oraz zapewnienia, że GeoCad wykona zamówienie za cenę podaną w ofercie złożonej w Postępowaniu, nie zawierając żadnych danych pozwalających na ustalenie, czy cena ta została skalkulowana poprawnie, a nawet nie pozwalając na określenie, w jaki sposób została ona została skalkulowana - jakie czynniki miały wpływ na jej wysokość, mimo że w żądaniu udzielenia wyjaśnień z dnia 8 sierpnia 2022 roku Zamawiający wskazał, iż „wyjaśnienia powinny w sposób przekonujący wskazywać obiektywne czynniki, okoliczności lub inne uwarunkowania powodujące przyjęcie zaoferowanych cen, winno uwzględniać te składniki cenotwórcze, o których mowa w art. 224 ust. 3 PZP i które miały wpływ na kalkulację ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia".

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że „pomija Odwołujący zupełnie fakt, iż zaoferowana cena obejmuje wynagrodzenie Wykonawcy za osobiste wykonanie przez niego objętej zamówieniem usługi", oraz że „wynagrodzenie Wykonawcy wynosiłoby 180.010,00 zł za czynności zawodowe obejmujące jedynie 350 działek w pasie jednej drogi powiatowej i wykonywane w terminie 270 dni (tj. średnio licząc uwzględnić należy wynagrodzenie Wykonawcy na poziomie nieco ponad 20.000,00 zł przypadających za jeden miesiąc pracy, uwzględniając przy tym średnio konieczność wykonywania miesięcznie czynności w odniesieniu do niespełna 39 działek)" przede wszystkim stwierdzić należy, że okoliczności te nie mogą być uznane za decydujące dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wskazano powyżej, w postępowaniu odwoławczym Izba nie bada ceny oferty w pełnym aspekcie i nie ustala, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia. Nie ma zatem znaczenia, jaka byłaby wysokość wynagrodzenia GeoCad średnio za jeden miesiąc wykonywania zamówienia w sytuacji gdy wykonawca ten osobiście wykonywałby zamówienie.

Ustalenie tej wartości nie pozwala na określenie, jakie koszty i w jakiej wysokości zostały wzięte pod uwagę przy kalkulowaniu ceny oferty, a w konsekwencji zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny. Rzecz jasna, w przypadku gdy wykonawca osobiście wykonuje zamówienie, nie musi on ponosić kosztów związanych z zatrudnieniem osób które będą je wykonywały. Nie ma natomiast podstaw do przyjęcia, że wykonawca ten nie będzie ponosił żadnych kosztów wykonania zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach GeoCad stwierdził, że „cena złożona w przetargu obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, a także wszelkie koszty towarzyszące do jej wykonania", z czego wynika, że będzie on ponosił takie koszty. Nie można więc uznać, że cena oferty GeoCad obejmuje wyłącznie jego wynagrodzenie.

Zważywszy na powyższe, nie sposób było przyjąć, że wyjaśnienia złożone przez GeoCad w dniu 12 sierpnia 2022 roku są rzeczowe i konkretne, i należało je uznać za ogólnikowe.

Biorąc ponadto pod uwagę, na co trafnie wskazywał Odwołujący i co nie było kwestionowane w toku postępowania odwoławczego, że GeoCad w odpowiedzi na żądanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp nie złożył jakiegokolwiek dowodu w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych składowych, brak było podstaw do przyjęcia, że GeoCad złożył wyjaśnienia, które obalają domniemanie, że jego oferta złożona w Postępowaniu zawiera cenę rażąco niską. W konsekwencji należało uznać, że złożone przezeń wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w tej ofercie ceny.

Z treści art. 224 ust. 6 Pzp wynika, że w przypadku, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę tego wykonawcy jako ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, czyli jako ofertę podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Art. 224 ust. 6 Pzp nakazuje

zatem traktować ofertę tego wykonawcy jako ofertę, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. W ocenie Izby w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, odrzucenie oferty wykonawcy powinno nastąpić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 224 ust. 6 Pzp. Zatem nie dokonując odrzucenia oferty GeoCad, Zamawiający naruszył te przepisy.

Naruszenie to miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż odrzucenie oferty GeoCad uniemożliwiałoby wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy odwołanie należało uwzględnić i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty GeoCad na podstawie art. 226 ust. 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Brak było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 oraz

ust. 2 pkt 1) Pzp czy art. 224 ust. 5 Pzp.

Zgodnie 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". Art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp stanowi, że „w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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". .Stosownie zaś do art. 224 ust. 5 Pzp „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

lub kosztu spoczywa na wykonawcy".

Z żadnego z ww. przepisów nie wynika norma prawna określająca zasady wyboru oferty ani w jakim przypadku oferta podlega odrzuceniu, wobec czego przepisy art. 224 ust. 1 Pzp i art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp nie mogą zostać naruszone w zakresie dokonania czynności wyboru oferty czy zaniechania odrzucenia oferty, a przepis art. 224 ust. 5 Pzp - także w zakresie czynności badania i oceny oferty.

Art. 224 ust. 1 Pzp i art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp nie zostały także naruszone w zakresie czynności badania i oceny oferty GeoCad. Jak wskazano powyżej, Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp zażądał od GeoCad wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, a czyniąc to, wykonał wynikający z tych przepisów obowiązek, co wyklucza uznanie, że tym samym je naruszył.

Zarzut naruszenia art. 16 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny". Stosownie zaś do art. 17 ust. 1 Pzp, „zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów".

W zakresie w jakim ww. zarzut dotyczy art. 16 Pzp stwierdzić należy, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W odwołaniu nie przedstawiono jakichkolwiek okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie art. 16 Pzp; nie zawiera ono nawet twierdzeń, iż w zakresie dokonania czynności wyboru oferty GeoCad lub badania i oceny tej oferty lub zaniechania odrzucenia tej oferty Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji

lub równego traktowania wykonawców lub w sposób nieprzejrzysty lub w sposób nieproporcjonalny. W tym stanie rzeczy nie było jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez Zamawiającego.

W zakresie w jakim ww. zarzut dotyczy art. 17 ust. 1 Pzp Odwołujący twierdził, że przepis ten „nakłada na Zamawiającego obowiązek uzyskania najlepszej jakości usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, a dokonując wyboru niewiarygodnej oferty Zamawiający narusza ten przepis". Stanowisko to nie jest zasadne. Z ww. przepisu wynika norma prawna określająca, w jakim sposób zamówienie ma być udzielone, jednakże norma ta ma charakter ogólny. Nie określa ona zasad oceny ofert, w szczególności nie stoi na przeszkodzie dokonaniu wyboru takiej oferty, która została najwyżej oceniona zgodnie z określonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert, ale nie zapewnia najwyższej jakości dostaw, usług albo robót budowlanych czy uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych. Przedmiotowa norma nie określa także, w jakim przypadku oferta podlega odrzuceniu, wobec czego nie może ona stanowić podstawy do odrzucenia takiej oferty.

W konsekwencji w świetle treści art. 17 ust. 1 Pzp to, czy oferta jest „wiarygodna", nie ma znaczenia dla dopuszczalności dokonania wyboru danej oferty oceny czy jej odrzucenia; przepis ten nie uprawnia ani nie zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty „niewiarygodnej" ani nie zakazuje dokonania wyboru takiej oferty.

Wobec powyższego nie można uznać, że Zamawiający naruszył ten przepis oceniając ofertę GeoCad albo dokonując jej wyboru albo zaniechując jej odrzucenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a jednego nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo - w proporcjach 1/2 Zamawiający i 1/2 Odwołujący. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia w konsekwencji zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1/2 kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, zniesiono wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym.

Przewodniczący:.....