Sygn. akt KIO 2562/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę RPM spółka akcyjna z siedzibą w Lublińcu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubliniec

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Gminie Lubliniec unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym zażądanie od wykonawcy A.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. "MEMFIS" A.M., wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny w zakresie kanalizacji deszczowej i instalacji elektrycznych,

2.oddala odwołanie w pozostałej części,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę RPM spółka akcyjna z siedzibą w Lublińcu w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części oraz zamawiającego Gminę Lubliniec w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części i:

3.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę RPM spółka akcyjna z siedzibą w Lublińcutytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez wykonawcę RPM spółka akcyjna z siedzibą w Lublińcu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków,

3.2.zasądza od Gminy Lubliniec na rzecz RPM spółka akcyjna z siedzibą w Lublińcukwotę 6 809 zł (słownie: sześć tysięcy osiemset dziewięć złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt KIO 2562/24

UZASADNIENIE

W dniu 22 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy RPM spółka akcyjna z siedzibą w Lublińcu (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Dokończenie robót budowlanych związanych z budową Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych przy ul. Spokojnej w Lublińcu” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez Gminę Lubliniec (dalej jako „Zamawiający”) na zaniechanie odrzucenia oferty A.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. "MEMFIS" A.M., oraz zaniechanie wezwania tego wykonawcy do „wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych ceny”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„I.art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. Memfis A.M., mimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami ustawy, w zakresie w jakim stanowiąca integralny element oferty Tabela elementów robót wypełniona została w sposób odmienny niż określono we wzorze tej tabeli i niezgodny z treścią SWZ oraz wykonawca dokonał zmiany treści Tabeli elementów robót po terminie składania ofert w ramach wyjaśnień treści oferty;

II.art. 224 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy P.H.U. Memfis A.M. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych ceny, tj. cen zaoferowanych w wierszu nr I. 2. (kanalizacja deszczowa) oraz wierszu nr III (instalacje elektryczne) Tabeli elementów robót mimo, że wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

„1.unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy P.H.U. Memfis A.M. jako najkorzystniejszej;

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3.odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. Memfis A.M.;

4.wezwania wykonawcy P.H.U. Memfis A.M. do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny, tj. cen zaoferowanych w pozycji I. 2. (kanalizacja deszczowa) oraz pozycji III (instalacje elektryczne) Tabeli elementów robót;

5.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej”,
a ponadto o „zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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 podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 czerwca 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00373015.

W rozdziale XIII ust. 6 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „Integralną częścią oferty są: 1) tabela elementów robót, stanowiąca Załącznik nr 2 do SWZ (…)”.

W rozdziale XVI ust. 1 SWZ Zamawiający określił „1. Wykonawca poda cenę oferty w formularzu ofertowym. Wykonawca w ofercie określi cenę oferty brutto w zł (PLN), która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu zamówienia. Cena oferty – jest to kwota wymieniona w formularzu oferty, którą należy podać z dokładnością do grosza (do dwóch miejsc po przecinku), wynikająca z tabeli elementów robót, stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ. Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, wszelkie zapisy w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, odnoszące się do wynagrodzenia kosztorysowego, należy traktować jako nieistniejące. Dołączony do dokumentów przedmiar robót ma jedynie charakter pomocniczy. Nie stanowi podstawy kalkulacji ceny oferty. Podstawą kalkulacji ceny oferty jest dokumentacja projektowa, zestawienie zaawansowania robót, dokumentacja zdjęciowa. (…)”.

Załącznik nr 2 do SWZ miał treść„1 Tabela elementów robót

Nr	Opis	Wartość elementów robót (brutto)
I	Instalacje i urządzenia sanitarne	
1	Kanalizacja sanitarna	
2	Kanalizacja deszczowa	
3	Sieć wodociągowa	
II	Instalacje elektryczne	
III	Nawierzchnie utwardzone	
1	Podbudowa	
2	Nawierzchnia asfaltowa	
IV	Wiaty	
V	Ogrodzenie	
VI	Waga samochodowa	
VII	Ekoskłady	
VIII	Uporządkowanie terenu	
IX	Trawniki	
Suma pozycji: I, II, III, IV, V, VI, VII,VIII, IX		

”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i wykonawca A.M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. "MEMFIS" A.M. (dalej jako „Wykonawca”).

W złożonym przez Wykonawcę formularzu ofertowym jako cenę oferty podano 1.251.000 złotych, a złożona przez Wykonawcę tabela elementów robót miała treść „

Nr	Opis	Wartość elementów robót (brutto)
I	Instalacje i urządzenia sanitarne	27 000
1	Kanalizacja sanitarna	100 000
2	Kanalizacja deszczowa	185 000
3	Sieć wodociągowa	15 000
II	Instalacje elektryczne	3 000
III	Nawierzchnie utwardzone	15 000
1	Podbudowa	40 000
2	Nawierzchnia asfaltowa	520 000
IV	Wiaty	20 000
V	Ogrodzenie	37 000
VI	Waga samochodowa	74 000
VII	Ekoskłady	15 000
VIII	Uporządkowanie terenu	150 000
IX	Trawniki	50 000

Suma pozycji: I, II, III, IV, V, VI, VII,VIII, IX	1 251 000,00

”.

Zamawiający przekazał Wykonawcy datowane na 4 lipca 2024 r. pismo o treści „Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605), proszę o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny oferty przedstawionej w załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ). Zgodnie bowiem z załącznikiem w podsumowaniu należało ująć wartości wskazane w wierszach oznaczonych rzymskimi numerami od I do IX. Wiersze oznaczone rzymskimi numerami I i III powinny zawierać sumę wierszy oznaczonych arabskimi cyframi 1-3 oraz 1-2. Podsumowanie tabeli zgodnie z tymi zasadami daje kwotę 1.209.000,- zł. Podsumowanie natomiast wyłącznie wierszy oznaczonych numerami rzymskimi daje kwotę 391.000,- zł, co jest kwotą nierealną za wykonanie zamówienia. Wartość wskazaną w formularzu ofertowym, czyli kwotę 1.251.000,- zł daje podsumowanie wszystkich wierszy w załączniku. Przedstawiona w załączniku kalkulacja pozwala przypuszczać, że w wierszach oznaczonych rzymskimi numerami I i III ujęto elementy robót odrębne od wskazanych w wierszach oznaczonych odpowiednio cyframi 1-3 i 1-2. Proszę zatem o wskazanie, w jaki sposób skalkulowano poszczególne elementy robót i co zawierają kolejne wiersze ujęte w załączniku nr 2 do SWZ. (…)”.

Wykonawca przekazał Zamawiającemu datowane na 6 lipca 2024 r. pismo o treści „W odpowiedzi na pismo z dnia 04.07.2024 r wzywające do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz.1605) wyjaśniam, że w Załączniku nr 2 do SWZ przyjąłem kalkulację w sposób następujący: numery rzymskie i arabskie potraktowałem jako równoważne i wszystkie po zsumowaniu, dają wartość zgodną z formularzem ofertowym czyli 1 251 000,00 zł. Punkt I (instalacje i urządzenia sanitarne) zawiera wartość za wykonanie przepompowni, która nie została uwzględniona w pkt 1 (kanalizacja sanitarna). Natomiast pkt III (nawierzchnie utwardzone) stanowi wartość za wykonanie dokończenia krawężników, co nie zostało zawarte w pkt. 1 (podbudowa) i pkt. 2 (nawierzchnia asfaltowa).”.

W złożonych przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, tabelach elementów robót:

-w wierszu, w którym w kolumnie „Opis” wpisano „Kanalizacja deszczowa”, w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)” wpisano wartości pomiędzy 494.733,06 a 517.830,

-w wierszu, w którym w kolumnie „Opis” wpisano „Instalacje elektryczne”, w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)” wpisano wartości pomiędzy 47.452,17 a 123.000.

Określona w kosztorysie inwestorskim wartość robót (z podatkiem od towarów i usług) w zakresie kanalizacji deszczowej wynosiła 284.576,28 zł, a w zakresie branży elektrycznej i niskoprądowej - 59.752,88 złotych.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz załączonych do odpowiedzi na odwołanie dokumentach zatytułowanych „kosztorys inwestorski” oraz zawartego w odpowiedzi na odwołanie twierdzeniu w zakresie kosztu budowy kanalizacji deszczowej zgodnie z kosztorysem inwestorskim, któremu Odwołujący nie zaprzeczył, wobec czego, mając na uwadze wynik całej rozprawy, na podstawie art. 533 ust. 2 Pzp Izba uznała je za przyznane.

Mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła:

-załączone do odwołania dokumenty oznaczone jako „oferta na zakup pompy”, „oferta na zakup separatora”, „wyliczenie kosztów zakupu podstawowych materiałów do realizacji kanalizacji deszczowej” „oferty na zakup piasku, studni oraz rur PVC”, „oferta na wykonanie systemu telewizji dozorowej”, „ofertę na zakup rozdzielnic” i „kosztorys dla kanalizacji deszczowej”,

-załączone do odpowiedzi na odwołanie dokumenty oznaczone jako „strona internetowa dostawcy https://ecol-shop.com/pl_PL/p/Separator-lamelowy-ESL-Z-10100/95 - wydruk”, „Strona internetowa dostawcy https://www.hydrauliko.pl/pompy/pompy-zatapialne-z-wirnikiem-otwartym-gp/162392.html – wydruk” i „Karta techniczna pomp zatapialnych LFP str. 3. e”.

Dokumenty te mogłyby służyć wyłącznie ustaleniu faktów, które dla poczynionych przez Izbę, a przedstawionych poniżej rozważań, nie miały znaczenia, a tym samym były bez znaczenia dla oceny zasadności odwołania, nie stanowiąc zatem faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w

odwołaniu", a „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. akt KIO 124/22). W konsekwencji Izba rozpoznaje odwołanie w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp. Wymaga przy tym zauważenia, że przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie danego przepisu Pzp nie może ograniczać się do przedstawienia twierdzeń co do faktów oraz wskazania przepisu Pzp, który został naruszony zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie; niezbędne jest wskazanie, na czym polega naruszenie danego przepisu Pzp w określonym stanie faktycznym – odniesienie normy wynikającej z tego przepisu do stanu faktycznego.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w związku z art. 223 ust. 1 w związku z art. 16 Pzpbył nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 3) jest niezgodna z przepisami ustawy (…) 5) jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". Art. 223 ust. 1 Pzp stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.". Stosownie zaś do 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".

Odwołujący podnosząc niezgodność złożonej w Postępowaniu oferty Wykonawcy z przepisami Pzp nie wskazał, z jakim konkretnie przepisem oferta ta jest niezgodna ani na czym ta niezgodność polega. Brak było więc podstaw do uznania, że Zamawiający zaniechał jej odrzucenia z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp.

Z treści odwołania wynika, że okolicznością faktyczną, z powodu której treść oferty Wykonawcy była zdaniem Odwołującego niezgodna z warunkami zamówienia było to, że w złożonej przez tego wykonawcę tabeli elementów robót „wartości wskazane w wierszach nr I i III nie stanowią zsumowania składowych ujętych w wierszach oznaczonych cyframi arabskimi", to jest, iż:

-w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje i urządzenia sanitarne", w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)" wpisano wartość, która nie stanowi sumy wartości wpisanych w tej samej kolumnie w wierszach, w których w kolumnie „Opis" wpisano „Kanalizacja sanitarna", „Kanalizacja deszczowa" i „Sieć wodociągowa",

-w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Nawierzchnie utwardzone", w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)" wpisano wartość, która nie stanowi sumy wartości wpisanych w tej samej kolumnie w wierszach, w których w kolumnie „Opis" wpisano „Podbudowa" i „Nawierzchnia asfaltowa".

W odwołaniu nie wskazano przy tym postanowienia bądź postanowień dokumentów zamówienia (w szczególności SWZ bądź załącznika nr 2 do SWZ), w których Zamawiający określił, że wykonawca zobowiązany jest w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje i urządzenia sanitarne", w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)" wpisać wartość, która stanowi sumę wartości wpisanych w tej samej kolumnie w wierszach, w których w kolumnie „Opis" wpisano „Kanalizacja sanitarna", „Kanalizacja deszczowa" i „Sieć wodociągowa", a w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Nawierzchnie utwardzone", w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)" wpisać wartość, która stanowi sumę wartości wpisanych w tej samej kolumnie w wierszach, w których w kolumnie „Opis" wpisano „Podbudowa" i „Nawierzchnia asfaltowa". W takim stanie rzeczy nie można uznać, że taki warunek zamówienia został przez Zamawiającego określony.

Określenie takiego warunku nie może przy tym być wywodzone wyłącznie z powołanego w odwołaniu pisma Zamawiającego datowanego na 16 lipca 2024 r. Nie ulega wątpliwości, że warunki zamówienia dotyczące sposobu sporządzenia oferty muszą być znane wykonawcom przed upływem terminu składania ofert, zaś przedmiotowe pismo zostało sporządzone po upływie tego terminu w Postępowaniu.

Należy przy tym stwierdzić, iż nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że wartość wskazana w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Suma pozycji: I, II, III, IV, V, VI, VII,VIII, IX" nie jest sumą wartości wpisanych w tej samej kolumnie w wierszach oznaczonyc numerami I, II, III, IV, V, VI, VII,VIII, IX. Okoliczność ta nie została w odwołaniu wskazana jako okoliczność skutkując niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia, wobec czego Izba nie miała podstaw, aby brać ją pod uwagę przy dokonywaniu oceny zgodności zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

W tym stanie rzeczy nie sposób było więc stwierdzić, że treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Nie znajdowało także podstaw przyjęcie, że Wykonawca „dokonał zmiany treści Tabeli elementów robót po terminie składania ofert w ramach wyjaśnień treści oferty", polegającej „na ujęciu w wierszach nr I oraz III elementów

robót, które nie były tam określone”.

Należy zauważyć, że treść złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót była w pełni zgodna (w szczególności w zakresie wierszy oznaczonych nr I i nr III) z treścią tabeli elementów robót stanowiącą załącznik nr 2 do SWZ – w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)” wpisane są konkretne wartości elementów robót, które nie były wpisane w tabeli elementów robót stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ), natomiast treść tych tabel w zakresie pozostałych kolumn jest identyczna. Zarówno w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót, jak i w tabeli elementów robót stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ w wierszach oznaczonych nr I i nr III w kolumnie „Opis” nie określono, jakie roboty ujęte są w elementach robót „Instalacje i urządzenia sanitarne” oraz „Nawierzchnie utwardzone”.

Zważywszy ponadto, że niewątpliwie zawarcie w przekazanym Zamawiającemu piśmie datowanym na 6 lipca 2024 r. stwierdzenia, że „Punkt I (instalacje i urządzenia sanitarne) zawiera wartość za wykonanie przepompowni, która nie została uwzględniona w pkt 1 (kanalizacja sanitarna). Natomiast pkt III (nawierzchnie utwardzone) stanowi wartość za wykonanie dokończenia krawężników, co nie zostało zawarte w pkt. 1 (podbudowa) i pkt. 2 (nawierzchnia asfaltowa).”, czyniło zadość zawartemu w przekazanym Wykonawcy piśmie datowanym na 4 lipca 2024 r. wezwaniu Zamawiającego do wskazania, „w jaki sposób skalkulowano poszczególne elementy robót i co zawierają kolejne wiersze ujęte w załączniku nr 2 do SWZ”, a ze stwierdzenia tego (ani treści całego ww. pisma datowanego na 6 lipca 2024 r.) nie wynikało, że w chwili złożenia oferty w Postępowaniu przez Wykonawcę w złożonej przezeń tabeli elementów robót w wierszach oznaczonych nr I i nr III nie ujęto wartości prac w zakresie „wykonania przepompowni” czy „wykonania dokończenia krawężników”, nie sposób było uznać, że stwierdzenie to zmienia treść oferty Wykonawcy w stosunku do treści, jaką miała ona w chwili jej złożenia.

Wobec powyższego Izba nie miała podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w związku z art. 223 ust. 1 w związku z art. 16 Pzp.

Uzasadniony był natomiast zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „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”.

Z treści tego przepisu wynika, że zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, jeżeli owe części 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.

Należy uznać, że wartości wpisane w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)” w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszach, w których w kolumnie „Opis” wpisano „Kanalizacja deszczowa” oraz „Instalacje elektryczne”, stanowią istotne części składowe ceny.

Aczkolwiek nie można przyjąć, że świadczy o tym sam „fakt wyszczególnienia tych cen w Tabeli elementów robót”, gdyż ww. wartości nie wyrażają cen (w ścisłym tego słowa znaczeniu), to wniosek taki uzasadnia postanowienie rozdziału XVI ust. 1 SWZ, w którym określono, że ceną oferty jest kwota „wynikająca z tabeli elementów robót, stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ”. Nawet gdyby uznać, że cena oferty nie musiała stanowić „zsumowania” wartości wpisanych w tej tabeli w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)”, to wobec treści tego załącznika niewątpliwe jest, że w cenie oferty miały być uwzględnione wartości wpisane w tej tabeli w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)” między innymi w wierszach, w których w kolumnie „Opis” wpisano „Kanalizacja deszczowa” oraz „Instalacje elektryczne”. Wobec powyższego należy uznać, że na podstawie tych wartości miała zostać obliczona cena oferty, zatem są to wartości cenotwórcze, składające się na cenę oferty. Wartości te stanowią więc części składowe ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp.

Bez znaczenia jest przy tym, że stosownie do rozdziału XVI ust. 1 SWZ cena oferty „stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu zamówienia”. Treść art. 224 ust. 1 Pzp nie uzasadnia uznania, że istnienie obowiązku dokonania czynności określonej w tym przepisie uzależnione jest od tego, czy cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe, bądź że w przypadku, gdy cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, nie może być mowy o jej istotnych częściach składowych.

W ocenie Izby w rozumieniu ww. przepisu wartości wpisane w kolumnie „Wartość elementów robót (brutto)” w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszach, w których w kolumnie „Opis” wpisano „Kanalizacja deszczowa” oraz „Instalacje elektryczne”, są istotnymi częściami ceny.

Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Nie można jednak przyjąć, że przez użyte w tym przepisie sformułowanie „istotna część składowa zaoferowanej ceny” należy uznawać wyłącznie taką część składową ceny, która

stanowi istotny ułamek ceny oferty. Określanie, czy dana część składowa ceny jest istotna wyłącznie na podstawie określania stosunku jej wysokości (w jednostkach pieniężnych) do ceny oferty (wyrażonej w jednostkach pieniężnych) prowadziłoby do tego, że im rzeczona część składowa ceny byłaby niższa, tym mniejszy ułamek ceny oferty ta część by stanowiła. W konsekwencji, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie różnych świadczeń, możliwe byłoby kształtowanie oferty w taki sposób, aby cena za wykonanie danego świadczenia objętego przedmiotem zamówienia nie stanowiła istotnego ułamka ceny oferty, a więc nie była istotną częścią składową zaoferowanej ceny. Zatem to wykonawca sporządzając ofertę faktycznie decydowałby, która część składowa ceny jest istotna. Przyjmując, że art. 224 ust. 1 Pzp nie uprawnia zamawiającego do badania oferty w zakresie tej części ceny, która nie jest istotna, w przypadku złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia więcej niż jednej oferty powodowałoby to, iż w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia poszczególne oferty byłyby badane w innym zakresie, w odmienny sposób, co jest nie do pogodzenia z obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, wynikającym z art. 16 Pzp.

W konsekwencji podnoszone przez Zamawiającego okoliczności, że „zgodnie z ofertą Odwołującego wartość" „robót elektrycznych związanych z dokończeniem budowy PSZOK" (czyli wartość wpisana w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje elektryczne") „to 4,7% wartości oferty" czy że wartość tych robót „stanowi według wyceny sporządzonej przez Zamawiającego (kosztorys inwestorski) 5,2% wartości szacunkowej zamówienia", nie uzasadniają uznania, że wartość wpisana w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje elektryczne", nie stanowi istotnej części składowej ceny.

Zdaniem Izby, w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp istotną częścią składową ceny jest taka część składowa ceny oferty, która stanowi cenę (wynagrodzenie) za wykonanie bądź określa wartość (mającą charakter cenotwórczy) świadczenia, które wykonawca zobowiązany będzie wykonać zgodnie z umową w sprawie zamówienia publicznego zawartą po przeprowadzeniu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, mającego istotne znaczenie dla wykonania całego przedmiotu zamówienia.

W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w różnych branżach, za istotną część składową ceny należy uznać część składową ceny dotyczącą wykonania robót w branżach mających istotne znaczenie dla wykonania całego przedmiotu zamówienia – czyli korzystania przez Zamawiającego z efektu tych robót budowlanych.

Nie było zaś sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że w przypadku umowy, która ma być zawarta po przeprowadzeniu Postępowania, zarówno wykonanie robót budowlanych w branży elektrycznej i niskoprądowej, jak i w zakresie kanalizacji deszczowej, jest – jak wskazano w odwołaniu - „istotne z uwagi na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania realizowanego obiektu".

Wymaga wskazania, że w przypadku wniesienia przez wykonawcę odwołania na zaniechanie czynności żądania od innego wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, ocena zgodności tego zaniechania z ww. przepisem powinna być oparta na określeniu, czy - obiektywnie ujmując - zaoferowana cena lub koszt lub ich istotna część składowa wydawała się (powinna wydawać się) rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub czy zaoferowana cena lub koszt lub ich istotna część składowa budziła (powinna budzić) wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zdaniem Izby cena bądź jej istotna część składowa powinna wydawać się zamawiającemu rażąco niska czy budzić jego wątpliwości określone w art. 224 ust. 1 Pzp, w każdym przypadku, gdy zaoferowana cena bądź jej istotna część składowa jest nierealistyczna, niewiarygodna lub istotnie odbiega od cen czy części składowych podanych w ofertach złożonych przez innych wykonawców w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zwrócić należy uwagę, że w załączniku nr 2 do SWZ nie określono, w jakiej jednostce wyrażone mają być wartości wpisane w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)"; wydaje się przy tym nie ulegać wątpliwości, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, wyrazili je w złotych.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że wartość wpisana w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje elektryczne", wynosząca 3.000 złotych, jako mniejsza o ponad 95 % od średniej wartości wpisanych w tym samym miejscu w tabelach elementów robót złożonych przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu i ponad piętnastokrotnie mniejsza niż najmniejsza wartość podana przez innego wykonawcę, który złożył ofertę w Postępowaniu (wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, inni niż Wykonawca wpisali pomiędzy 47.452,17 złotych a 123.000 złotych). W tym stanie rzeczy nie może ulegać wątpliwości, że wartość podana przez Wykonawcę istotnie odbiega od wartości podanych przez innych wykonawców.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że wykonanie robót budowlanych, których wartość w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót podawana była w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje elektryczne", wymaga nabycia rozdzielnic o parametrach określonych w dokumentach zamówienia, ani że koszt nabycia takich rozdzielnic jest większy niż wartość wpisana w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje elektryczne". Biorąc pod uwagę, że wykonanie przedmiotowych robót budowlanych nie ogranicza się do nabycia rzeczonych rozdzielnic, już samo to uzasadniało uznanie, że ww. wartość jest nierealistyczna, a tym samym budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W tym stanie rzeczy bezprzedmiotowe było dokonywanie przez Izbę szczegółowych ustaleń w zakresie wysokości kosztów wykonania przedmiotowych robót budowlanych, zwłaszcza że okoliczności te pozostawały sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

W związku z przedstawionymi wyżej twierdzeniami Zamawiającego dotyczącymi wartości „robót elektrycznych związanych z dokończeniem budowy PSZOK" podanej w kosztorysie inwestorskim (w zakresie branży elektrycznej i niskoprądowej) na marginesie należy zauważyć, że także jej porównanie - wynoszącej 59.752,88 złotych - do wartości wpisanej w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Instalacje elektryczne", wynoszącej 3.000 złotych, a zatem blisko dwudziestokrotnie mniej niż wartość podana w ww. kosztorysie powinno skutkować powstaniem u Zamawiającego wątpliwości określonych w art. 224 ust. 1 Pzp.

Również porównanie wartości wpisanej w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Kanalizacja deszczowa", wynoszącej 185.000 złotych, do wartości wpisanych w tym samym miejscu w tabelach elementów robót złożonych przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, wynoszących pomiędzy 494.733,06 złotych a 517.830 złotych, prowadzi do wniosku, iż wartość podana przez Wykonawcę - jako mniejsza o ponad 55 % od średniej wartości podanych przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu (a przy tym ponad 2,5 krotnie mniejsza niż najmniejsza wartość podana przez innego wykonawcę) - istotnie odbiega od wartości podanych przez innych wykonawców.

W związku z przedstawionymi w odpowiedzi na odwołanie twierdzeniem, że „koszt budowy kanalizacji deszczowej zgodnie z kosztorysem inwestorskim wynosi 284.576,28 zł łącznie z podatkiem VAT" należy stwierdzić, że różnica pomiędzy tą wartością a wartością wpisaną w kolumnie „wartość elementów robót (brutto)" w złożonej przez Wykonawcę tabeli elementów robót w wierszu, w którym w kolumnie „Opis" wpisano „Kanalizacja deszczowa", dodatkowo uzasadnia uznanie, że Zamawiający zobowiązany był zażądać od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny w zakresie kanalizacji deszczowej, gdyż wartość podana przez Wykonawcę powinna wydawać się zamawiającemu rażąco niska czy budzić jego wątpliwości określone w art. 224 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. art. 224 ust. 1 Pzp zażądać od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny w zakresie kanalizacji deszczowej i instalacji elektrycznych, a zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż gdyby Zamawiający nie dopuścił się tych naruszenia, bez zażądania od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w ww. zakresie oferta Wykonawcy nie mogłaby w nim zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Wobec powyższego w punkcie 1. wyroku Izba uwzględniła odwołanie w części – w zakresie zarzutu naruszenie ww. przepisu. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a i b) Pzp, stanowiącymi, że „uwzględniając odwołanie, Izba może: 1) jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego", Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym zażądanie od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w ww. zakresie.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w związku z art. 223 ust. 1 w związku z art. 16 Pzp Izba oddaliła odwołanie w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

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. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika 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". Zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 10.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia transakcji, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 5.535 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 51 złotych.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Ponadto do kosztów tych na podstawie ww. przepisu zaliczono stanowiący „inny uzasadniony wydatek" strony wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych. W sytuacji, gdy do akt sprawy złożono jedno, udzielone jednej osobie, pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego, wydatek na opłatę skarbową przewyższający ww. kwotę - należną za złożenie jednego pełnomocnictwa – nie mógł być zaliczony do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a jednego nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego rozdzielono stosunkowo – w proporcji 1/2 Odwołujący i 1/2 Zamawiający. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia zasądzono od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą 1/2 sumy kwoty uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w wysokości 3.617 złotych, zaokrąglając ją w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący:……..……