Sygn. akt: KIO 1053/24

WYROK

Warszawa, dnia **17 kwietnia 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2024 r. przez wykonawcę **K.J. prowadzącą w Nowym Sączu działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Drogowo Budowlane K.J.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty podstawowej odwołującego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty dodatkowej odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00** gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K.J. prowadzącą w Nowym Sączu działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Drogowo Budowlane K.J.**tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od **Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu** na rzecz wykonawcy **K.J. prowadzącej w Nowym Sączu działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Drogowo Budowlane K.J.** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1053/24

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

Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest remont i utrzymanie rowów, przepustów, ścieków i poboczy ulic na terenie miasta Nowego Sącza w 2024 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 stycznia 2024 r., nr 2024/BZP 00044816.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 29 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca K.J. prowadzącą w Nowym Sączu działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Drogowo Budowlane K.J., zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;
2) art. 224 ust.1 - 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 253 ust. 1 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie i odrzucenie jego oferty pomimo, iż przedstawił on zgodne z wezwaniem wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące ceny oferty i wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (kosztu) w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3) art. 255 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 296 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (względnie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp) poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, mimo, iż jego oferta dodatkowa mieści się w kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty podstawowej i dodatkowej,
2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie dokonania czynności oceny jego oferty dodatkowej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w świetle wyjaśnień złożonych przez niego i załączonych do

wyjaśnień dokumentów nie sposób zgodzić się, że jego oferta dodatkowa zawiera rażąco niską cenę (w części dotyczącej ceny jednostkowej zaoferowanej za „ oczyszczenie przepustów fi 1500 mm z wywozem urobku"), co uzasadnia przyjęcie, że Zamawiający odrzucając ofertę naruszył przepisy ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, naruszenie to jest tym poważniejsze, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu jego oferty nie podał konkretnych przyczyn dla których nie uznał jego wyjaśnień oraz przedstawionych przez niego dowodów na potwierdzenie, że cena (koszt) w tym zakresie nie jest rażąco niska. Według odwołującego lakoniczne stwierdzenie, że wyjaśnienia nie zawierają wyczerpującej kalkulacji dla uzasadnienia opłacalności wykonywania robót budowlanych w kwestionowanej części, uchyla się wręcz od kontroli odwoławczej, albowiem ciężko jest ustalić tok rozumowania Zamawiającego, który dochodzi do takiej konkluzji. Zdaniem odwołującego nieprzemyślana wydaje się również sygnalizacja dokonana przez Zamawiającego powołującego się na rosnące ceny wszystkich materiałów budowlanych, które dla prac budowlanych w części dotyczącej oczyszczania przepustów w ogóle nie wymagają zaangażowania. Praca ta polega jedynie na zaangażowaniu sprzętu budowlanego lub sił ludzkich.

Odwołujący argumentował, że wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego, zaoferowana przez niego cena jednostkowa za wykonanie „oczyszczenia przepustów fi 1500 mm z wywozem urobku" wynosząca 25,00 zł brutto tj. 20,32 zł netto, w pełni pokrywa koszty związane z wykonaniem tej pozycji wraz z zapewnieniem odpowiedniego zysku. Cena jednostkowa w kosztorysie inwestorskim, jak i w kosztorysie ofertowym drugiego wykonawcy jest dziesięć razy wyższa od ceny przyjętej przez niego, gdyż nakłady na tę pozycję przyjęte w kalkulacji dotyczą jedynie ludzkiej pracy – „przy użyciu łopat". Natomiast nakłady ujęte w kalkulacji Odwołującego obejmują wykonanie powyższej czynności oczyszczenia przepustu wraz z wywozem przy użyciu własnego sprzętu mechanicznego, który pozwala zwiększyć wydajność pracy, a tym samym pozwala obniżyć wartość tej pozycji w stosunku do kosztorysu inwestorskiego.

Odwołujący podniósł, że w załączonym do wyjaśnień kosztorysie szczegółowym przedstawił swoistą kosztową analizę porównawczą prac wykonanych przy użyciu wyłącznie czynnika ludzkiego oraz sprzętu mechanicznego. Zdaniem odwołującego w analizie tej wykazał, dlaczego koszt prac w tym zakresie jest niższy od kosztu przyjętego w kosztorysie inwestorskim. W kosztorysie przedstawił dwie pozycje, tj. pozycję dot. wykonania oczyszczenia przepustu fi 1500 mm wg KNR 15-01 0108-06, gdzie nakłady rzeczowe zawierają tylko robociznę (4,2 r-b / m) bez jakiegokolwiek sprzętu mechanicznego. W tym modelu cena jednostkowa wyniosłaby 266,11 zł netto, tj. 327,32 zł brutto, co jest ceną zbliżoną, a nawet wyższą niż przyjęta w kosztorysie inwestorskim oraz w ofercie drugiego wykonawcy. Druga pozycja w załączonym kosztorysie szczegółowym zawierała nakłady jakie przyjął on w swojej kalkulacji ofertowej, gdzie w wykonanie tego zakresu „zaangażował" własny sprzęt mechaniczny (minikoparkę), który kilkukrotnie zwiększy wydajność prac i pozwoli obniżyć wartość pozycji dotyczącej oczyszczenia przepustu fi 1500.

Odwołujący zwracał uwagę, że pozostałe pozycje dotyczące czyszczenia przepustów o innych średnicach (mniejszych od 1500mm) zostały policzone w jego ofercie w sposób uwzględniający tylko i wyłącznie pracę ręczną bez użycia sprzętu mechanicznego, ponieważ przepusty poniżej średnicy 1500mm nie można oczyścić za pomocą sprzętu mechanicznego- koparki. Odwołujący wskazywał, że uwzględnił powyższe w swojej ofercie przyjmując różną technologię robót w odniesieniu oczyszczania przepustów w zależności od średnicy.

Zdaniem odwołującego zaoferowana przez niego cena jednostkowa dla pozycji dotyczącej „oczyszczenia przepustów fi 1500 mm z wywozem urobku" w ofercie podstawowej jak i w ofercie dodatkowej była taka sama ponieważ nie było jakichkolwiek przesłanek by ją modyfikować, gdyż nakłady na robociznę i sprzęt były wystarczające na wykonanie tego typu roboty wraz z zapewnionym odpowiednim zyskiem. Według odwołującego istotnym również jest, iż w dokumentacji postępowania Zamawiający nie narzucał wykonawcy określonej technologii prac budowlanych, a podstawą skalkulowania ceny w ofercie miał być jedynie zakres zamówienia wskazany w rozdziale III SWZ, w szczególności dokumentacja projektowa i przedmiar robót mający charakter pomocniczy dla wyceny przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego powyższe daje podstawę do stwierdzenia, że jego oferta błędnie została uznana za zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno nieuchronnie prowadzić do unieważnienia czynności Zamawiającego.

Odnośnie czynności unieważnienia postępowania odwołujący wskazywał, że istota stawianego przez niego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 296 ust. 1 i 2 ustawy Pzp sprowadza się do tego, że Zamawiający dokonując czynności unieważnienia postępowania nie wziął w ogóle pod uwagę regulacji wynikającej z art. 296 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, która jednoznacznie rozstrzyga, że oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Byt zatem oferty (nazwijmy ją podstawową) wydaje się

być przesądzony. Ustaje on z chwilą złożenia oferty dodatkowej, a jeśli tak to Zamawiający nie powinien był unieważniać postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z tej przyczyny, że oferta podstawowa drugiego wykonawcy przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Z chwilą bowiem złożenia oferty dodatkowej, oferta podstawowa przestała wiązać i nie może stanowić podstawy faktycznej do unieważnienia postępowania na wskazanej podstawie. Powyższe dotyczy również sytuacji gdy oferta dodatkowa została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zdaniem odwołującego ponieważ odrzucenie ofert obydwu wykonawców (w tym odwołującego) mogłoby potencjalnie być przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący podnosił dodatkowo – czyniąc to również przedmiotem zarzutu, że unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty dodatkowej byłoby równoznaczne z uznaniem, iż złożył on w postępowaniu ważną ofertę dodatkową. Złożenie takiej oferty obliguje Zamawiającego do dokonania czynności jej badania i oceny, co jednakowoż wyklucza podstawę do unieważnienia postępowania (której Zamawiający nie zastosował), a która wynika z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

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

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia

Art. 253 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Art. 255 Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*

2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;

3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty;

Art. 296 Pzp stanowi:

1. *W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający wyznacza termin na złożenie ofert dodatkowych z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie tych ofert, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dodatkowych.*
2. *Wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu.*

Ustalono, że w SWZ zamawiający wskazał m.in.:

II.

Zamówienie udzielane jest w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 2269 z późn. zm.)

III. Opis przedmiotu zamówienia.

1. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych w zakresie remontów cząstkowych odwodnienia dróg i poboczy ulic oraz prac utrzymaniowych przy odwodnieniu dróg i poboczy ulic na terenie miasta Nowego Sącza w roku 2024.

Przedmiot zamówienia, został szczegółowo opisany w dokumentacji technicznej, tj.:

➢ przedmiar robót, jako element pomocniczy dla wyceny zamówienia oraz podstawa do ustalenia ostatecznego wynagrodzenia;

stanowiący załącznik nr 1a do SWZ

2. Każdorazowe rozliczenie robót nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów robót przyjęte w drodze przetargu oraz ilości robót wg książki obmiarów podpisanej przez Inspektora nadzoru. Ceny jednostkowe będą niezmienne przez cały czas trwania umowy.

XXII. Prowadzenie procedury wraz z negocjacjami.

1. Zamawiający nie korzysta z uprawnienia, o jakim stanowi art. 288 ust. 1 ustawy PZP.

2. W przypadku podjęcia decyzji o prowadzeniu negocjacji w pierwszym kroku zamawiający poinformuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach:

a) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji

b) których oferty zostały odrzucone,

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

3. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji wskaże miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji oraz kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert.

5. Po zakończeniu negocjacji z wszystkimi wykonawcami Zamawiający informuje o tym fakcie uczestników negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert dodatkowych.

7. Wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez Zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji.

8. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówienie.

9. Oferta przestaje wiązać Wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji.

Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszeniu o zamówieniu podlega odrzuceniu.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert, ofertę zamawiającemu złożył m.in. odwołujący z ceną 397.966,40 zł brutto oraz wykonawca „KES-PLUS" S.K. z ceną brutto 440.467,12 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 410.000 zł brutto.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert dodatkowych, ofertę dodatkową zamawiającemu złożył m.in. odwołujący z ceną 387.018,00 zł brutto oraz wykonawca „KES-PLUS" S.K. z ceną brutto 369.866,28 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert dodatkowych, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 13 marca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do pisemnego udzielenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny w pozycji kosztorysowej nr 27 Oczyszczenie przepustów fi 1500mm z wywozem urobku. W wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje.

Zarówno w ofercie podstawowej jak i dodatkowej zaoferowaliście Państwo tę samą stawkę na poz. nr 27 Oczyszczenie przepustów fi 1500mm z wywozem urobku — kwotę 25,00 zł. brutto. W porównaniu do kosztorysu inwestorskiego, jak i do oferty drugiego z Wykonawców, Państwa stawki na ww. pozycji są około 10 razy niższe, co wskazuje, iż ceny zawarte w Państwa ofertach w pozycji nr 27 są nierealistyczne w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Ponadto stawka ta odbiega w podobnej proporcji względem Państwa ofert z zeszłych lat, gdy realizowaliście Państwo przedmiotowe zadanie.

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie:

1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót

budowlanych;

3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 13 marca 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 18 marca 2024 r. W wyjaśnieniach tych wskazał m.in. co następuje:

należy wskazać na nasze korzystne zarządzanie procesem świadczonych robót oraz przyjętych metod technologii tych robót dla tej budowy i w szczególności dla zakresu poz.27, stąd za pierwszoplanowy argument broniący cenę naszej oferty w tej pozycji można dodać, iż cena jednostkowa tej pozycji tak w kosztorysie inwestorskim jak i w kosztorysie ofertowym drugiego wykonawcy jest dlatego 10 razy wyższa od naszej, gdyż nakłady na tą pozycie przyjęte w tych obu w/w kalkulacjach dotyczą jedynie ludzkiej pracy, ti. przy użyciu przysłowiowych łopat i ludzkich mięśni. Natomiast nasze nakłady w pozycji 27 i ujęte w naszej kalkulacji ofertowej obejmują wykonanie powyższego zakresu dla czynności oczyszczenia przepustu wraz z wywozem przy użyciu własnego sprzętu mechanicznego. który pozwoli nam 10 krotnie zwiększyć naszą wydajność a tym samym pozwolił nam obniżyć wartość tej pozycji w stosunku do kosztorysu inwestorskiego jak i konkurencyjnej Wykonawcy.

Nasza zaoferowana cena jednostkowa za wykonanie tego zakresu „oczyszczenia przepustów fi 1500 mm z wywozem urobku" wynosi 25,00 zł brutto tj. 20,32 zł netto i jest to cena, która w pełni pokrywa koszty związane z wykonaniem tej pozycji wraz z zapewnieniem nam zysku.

Zamawiający na podstawie dotychczasowej współpracy z nami dla tego typu zakresów robót winien znać nasze możliwości i potencjał techniczny i miał prawo bez wątpliwości uznać, że za oferowaną stawkę w naszej kalkulacji, odpowiednio:

Stawka roboczogodziny: 36,00 zł

Koszty pośrednie [KP] 60 % R+S

zysk [Z] 10 % R + S +KP (R+S)

VAT [V] 23,00 % (R+M+S+KP(R+S)+Z (R+S))

zrealizujemy w sposób należyty zobowiązanie wynikające z udzielanego zamówienia.

Wyjaśniamy, dla potwierdzenia zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (dla naszych pracowników /kierowców/obsługi sprzętu, 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 2022 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, iż w tym kosztorysie nasza stawka godzinowa to 36,00 zł., stąd zapewniona została minimalna ustawowa stawka godzinowa na kwotę 22,80 zł brutto, zgodna z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15.09.2023r. (Dz.U. 2023 r. poz. 1893) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej od 01.01.2024 r., gdzie minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone zostało na kwotę w wysokości 4.242,00 brutto (tj. wg stawek obowiązujących w dacie złożenia naszej oferty). Nasza określona na 43,00 zł. stawka godzinowa stąd jest wyższa od obowiązującej od 01.01.2024 r. stawki: minimalnej 27,70 zł. (od 01.07.2024r. stawki godzinowej: 28,10 zł.), z obowiązującym od 01.01.2024 r. wynagrodzeniem minimalnym: 4 242.00 zł. (od 01.07.2023 r. 4.300.00 zł.).

W załączonym do niniejszych wyjaśnień przekładamy dowód tj. kosztorys szczegółowy dwóch pozycji tj.: pozycja dot. wykonania oczyszczenia przepustu fi 1500 mm wg KNR 15-01 0108-06, gdzie nakłady rzeczowe zawierają tylko robociznę (4,2 r-b / m) bez jakiegokolwiek sprzętu. Wg naszych nośników cenowych tj Kp=60%, Rb= 36,00 zł, Z=10% cena jednostkowa wynosi 266,11 zł netto, tj. 327,32 zł brutto, co jest ceną zbliżoną a nawet wyższą niż w kosztorysie inwestorskim oraz ofertą drugiego wykonawcy. Druga pozycja w załączonym kosztorysie szczegółowym zawiera nakłady jakie przyjęliśmy w swojej kalkulacji gdzie w wykonanie tego zakresu „zaangażujemy" własny sprzęt mechaniczny (minikoparka), który kilkukrotnie zwiększy naszą wydajność i pozwoli obniżyć wartość pozycji dotyczącej oczyszczenia przepustu fi 1500.

Potwierdzamy, iż w swoim piśmie Zamawiający bardzo słusznie zauważył, że nasza zaoferowana cena w tym roku obiega od poziomu ceny zaoferowanej w poprzednich latach przy realizowanej tej właśnie pozycji związanej z czyszczeniem przepustu fi 1500 mm (w roku 2024 zaoferowana cena 25,00 zł brutto, w 2023 r. 209,10 zł brutto, w 2022 r. 209,10 zł brutto, w 2021 r. 170,00 zł brutto) ta aktualna cena tej pozycji to był zabieg wykonany przez nas celowo i uzasadniony i popartych zmianą wybranych rozwiązań technicznych i naszej przyjętej technologii wykonania tej roboty z „ręcznej" na „mechaniczną". Pracę przy wykonywaniu czyszczenia przepustów w poprzednich latach tj. 2021 i 2022 r. wykonywaliśmy ręcznie, co wiązało się z dużo większymi naszymi nakładami- kosztami i miało to odzwierciedlenie w tamtych naszych cenach ofertowych dla tej pozycji 27. W 2023 r. jako Wykonawca zakupiliśmy fabrycznie nową minikoparkę JCB 8010, która pozwala nam usprawnić (przyspieszyć) sposób wykonywania tych robót związanych m.in. z czyszczeniem przepustów o świetle 1,5m a tym samym umożliwia obniżyć cenę wartości tej pozycji dotyczącej wykonania tego typu robót w tej pozycji.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że pozostałe pozycje dotyczące czyszczenia przepustów o innych średnicach (mniejszych od 1500 mm) zostały policzone w naszej ofercie w sposób uwzgledniający tylko i wyłącznie pracę ręczną bez użycia sprzętu mechanicznego, ponieważ przepusty poniżej średnicy 1500mm nie można oczyścić za pomocą sprzętu mechanicznego nawet z zastosowaniem minikoparki JCB 8010, co zostało uwzględnione w naszej ofercie w wycenie tych innych pozycji.

Naszym zdaniem nie będzie zasadne podważanie kalkulacji przyjętych przez nas dla wyceny tej pozycji 27, jeżeli są one realne i możliwe do przyjęcia. Tym bardziej, że Zamawiający w dokumentacji postępowania (SWZ) nie żądał kalkulowania cen w oparciu o przeliczniki wynikające z KNR a wręcz w opisie sposobu obliczenia ceny podał, iż podstawą skalkulowania ceny w ofercie jest zakres zamówienia wskazany w rozdziale III SWZ, w szczególności dokumentacja projektowa a załączony przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla wyceny przedmiotu zamówienia.

Skoro zatem jako wykonawca, znający swój potencjał wskazujemy na inny sposób wyliczenia tej pozycji i przy przyjęciu innej dopuszczalnej SWZ technologia dla tych robót to ta nasza odmienność od kalkulacji przyjętej przez Zamawiającego od tej ustalonej przez nas jako Oferenta stanowi jasny przykład, iż każde zamówienie charakteryzuje się właściwym dla takiego zadania okolicznościami, które należy uwzględnić oceniając prawidłowość dokonanej wyceny. Stad nie będzie możliwe arbitralne przyjmowanie przez Zamawiającego stanowiska, że tylko jego wyliczenia są prawidłowe, gdyż nie taki jest sens i cel składania przez wykonawców wyjaśnień. Zamawiający, w tym przypadku stwierdzenia takich rozbieżności będzie miał obowiązek je ocenić, uwzględniając jednocześnie dedykowane nam jako wykonawcy warunki przyjętej technologii realizacji tego zakresu zamówienia.

Dodatkowo podnosimy i wyjaśniamy, iż zaoferowana przez nas cena jednostkowa dla tej pozycji dotyczącej „oczyszczenia przepustów fi 1500 mm z wywozem urobku" w ofercie podstawowej jak i dodatkowej jest taka sama ponieważ nie było jakichkolwiek przesłanek by ją modyfikować, gdyż nakłady na robociznę i sprzęt są wystarczające na wykonanie tego typu roboty wraz z zapewnionym dla nas odpowiednim zyskiem.

Jako dowody załączamy też do niniejszych wyjaśnień wykaz księgowy posiadanych środków trwałych- tj. pokazujący własny sprzęt oraz ceny sprzętu przyjęte w Sekocenbud w 2024 r

Podnosimy, iż posługiwanie się tym naszym kosztorysem szczegółowym opracowanym na podstawie kalkulacji własnej, przy udzielaniu odpowiedzi na wezwanie w trybie art.224 ust. 1 ustawy Pzp jest ze wszech miar zgodne z prawem. Wycena ta dołączona do nin. wyjaśnień została przygotowane przez podmiot specjalizujący się w tych robotach branżowych i mający najlepszą wiedzę, jakie są stawki rynkowe za wykonanie tych robót określonych w SWZ, a zatem wycena przez nas dokonywana powinna zostać uznana za najbardziej miarodajną i wiarygodną oraz ma wyłącznie za cel pokazać, iż ceny za realizację tego typu robót w tej pozycji wskazane w naszej ofercie są cenami rynkowymi i realnymi.

Cena jednostkowa tej pozycji, która budzi wątpliwość Zamawiającego, jest ceną realną, przemyślaną i opartą na wieloletnim doświadczeniu w wykonywaniu tego typu robót.

Jednym z czynników istotnych dla usunięcia wątpliwości w zakresie tego, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę, jest to aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia pokrywała koszty realizacji robót. Innymi słowy istotne jest, aby z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności wykonawca nie ponosił strat (tak też: wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1746/10. Zamawiający warunkami SWZ nin. postępowania (tj. przedmiary robót są jedynie materiałem pomocniczym dołączonym do SWZ, jak można sądzić celem ułatwienia Wykonawcy obliczenia ceny oferty a podane w przedmiarach podstawy wyceny i ilości należy traktować jako orientacyjne. Stąd Zamawiający mimo, iż załączył do SWZ przedmiar robót to nie wymagał złożenia wraz z ofertą szczegółowego sposobu wyliczenia ceny przez wykonawców i ten „szczegółowy kosztorys" nie był też zgodnie z zapisami SWZ wymagany na etapie zawierania umowy. (…)

Co istotne ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu wykazania racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to, więc, że każde wywody i każdy dowód, który w naszej ocenie jako wykonawcy potwierdza twierdzenie wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się istotny przy

dokonywanej przez Zamawiającego ocenie. Naszym zdaniem przesłana w odpowiedzi na wezwanie (jako dowód) nasza kalkulacja przedstawia szczegółową kalkulację i ten nasz kosztorys odnosi się do ponoszonych naszych kosztów, przychodów i przyszłego naszego spodziewanego wynagrodzenia z tytułu realizacji robót oraz ma potwierdzać realność tej ceny jednostkowej i to właśnie to wyliczenie jest odpowiedzią na żądanie Zamawiającego aby zostały podane szczegóły „składowych" mających wpływ na wysokość naszej ceny w tej pozycji. (…)

Podnosimy na koniec, iż Zamawiający ma prawo do badania pod kątem rażąco niskiej ceny nie tylko ceny „globalnej", ale i części składowych ceny. Jednak badanie to powinno nastąpić wtedy, kiedy okoliczności wskazują na możliwość, że mogło dojść do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim. Nie ma powodu badania każdego składnika cenowego w sytuacji, kiedy jest on niższy od cen podanych przez innych wykonawców. Oczywiste jest, że zawsze będą pojawiały się różnice w wycenie, wynikające przede wszystkim z walki konkurencyjnej. Różna jak w tej naszej pozycji 27 metodologia ustalania tej ceny jednostkowej, a w efekcie całkowitej ceny oferty, nie jest nietypową sytuacją rynkową, również w obszarze zamówień publicznych. Istotne bowiem jest to, aby ten sposób kalkulacji ceny zapewniał należyte wykonanie zamówienia, a nie to, by był analogiczny do sposobu wyceny innych wykonawców lub zamawiającego (z zastrzeżeniem oczywiście konieczności uwzględniania postanowień SWZ). Należy przy tym zauważyć, że cena w tej zakwestionowanej pozycji pokrywa określone koszty, które muszą być poniesione do wykonania robót opisanych w tej pozycji. Sama zaś różnica 10 krotna między ceną drugiego Wykonawcy i w stosunku do kosztorysu inwestorskiego w tej pozycji a wartością tej pozycji w naszej ofercie, przy prawnym uwzględnieniu SWZ m.in. dopuszczalności różnych metod wyceny, nie świadczy automatycznie o tym. że nasza wycena nie jest realna i że nie obejmuje wszystkich składników kosztów.

Do wyjaśnień załączono szczegółowy kosztorys ofertowy.

Kosztorys ten obejmował dwie pozycji tj.: pozycja dot. wykonania oczyszczenia przepustu fi 1500 mm wg KNR 15-01 0108-06, gdzie nakłady rzeczowe zawierają tylko robociznę (4,2 r-b / m). Wg nośników cenowych odwołującego tj Kp=60%, Rb= 36,00 zł, Z=10% cena jednostkowa wynosi 266,11 zł netto, tj. 327,32 zł brutto

Druga pozycja w załączonym kosztorysie szczegółowym zawiera nakłady jakie odwołujący przyjął wg kalkulacji własnej, gdzie nakłady rzeczowe obejmują robociznę (0,1 r-b /m), sprzęt – minikoparka gąsienicowa 1,0 t, gdzie nakłady obejmują (0,058300 m-g/m) oraz samochód samowyładowczy 5 t, gdzie nakłady obejmują 0,0479 m-g/m)

Do wyjaśnień załączono także swą listę środków trwałych, na której znalazła się pozyskana w 2023 r. koparka JCB 8010.

Do wyjaśnień załączono także wyciąg z Sekocenbud w którym dla minikoparki średni poziom katalogowy ceny za jednostkę m g wynosi 46.

(por. wyjaśnienia odwołującego z dnia 18 marca 2024 r. z załącznikami, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 25 marca 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty podstawowej i dodatkowej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, co następuje:

W związku ze złożoną przez Państwa ofertą podstawową oraz ofertą dodatkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont i utrzymanie rowów, przepustów, ścieków i poboczy ulic na terenie Miasta Nowego Sącza w 2024 roku" informuję, iż obydwie przedmiotowe oferty zostają odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej jako: ustawa PZP), zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 13 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się o pisemne udzielenie wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny zarówno w ofercie podstawowej jak i dodatkowej w pozycji kosztorysowej nr 27 Oczyszczenie przepustów fi 1500mm z wywozem urobku — w kwocie 25,00 zł brutto. Wyjaśnienia zostały złożone przez Państwa w dniu 18 marca 2024 r. W swojej treści nie zawierają one wyczerpującej kalkulacji dla uzasadnienia opłacalności wykonywania robót budowlanych po wskazanych przez Państwa stawkach.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1614/21 celem badania ceny oferty jest ustalenie, czy wysokość tej ceny daje racjonalne podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany stosownie do wymagań zamawiającego z należytą starannością. Przedstawione przez Państwa wyjaśnienia nie zawierają wyczerpującego przedstawienia dlaczego ceny jednostkowe omawianej pozycji są tak niskie, co pozwoliłoby Zamawiającemu na uznanie, iż Wykonawca nie odstąpi od umowy w trakcie jej wykonywania, bądź nie zażąda zmiany stawek jednostkowych w trakcie jej realizacji ze względu na ponoszenie rażącej straty, biorąc pod uwagę rosnące ceny wszystkich materiałów budowlanych.

Sprawia to, iż Zamawiający zobowiązany jest odrzucić Państwa ofertę podstawową oraz ofertę dodatkową na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r.

(por. ww. zawiadomienie z dnia 25 marca 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 25 marca 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności unieważnienia postępowania zamawiający wskazał, co następuje:

Następujące oferty uległy odrzuceniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- Oferta podstawowa Wykonawcy Usługi Drogowo-Budowlane K.J., ul. Dożynkowa 20, 33-300 Nowy Sącz

- Oferta dodatkowa Wykonawcy Usługi Drogowo-Budowlane K.J., ul. Dożynkowa 20, 33-300 Nowy Sącz

- Oferta dodatkowa Wykonawcy „KES-PLUS" S.K., ul. Stolarska 24, 33-300 Nowy Sącz

Jedyna oferta, która nie uległa odrzuceniu - oferta podstawowa Wykonawcy „KES-PLUS" S.K., ul. Stolarska 24, 33-300 Nowy Sącz — zawiera kwotę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

(por. ww. zawiadomienie z dnia 25 marca 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 224 ust.1 - 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp w razie odrzucenia oferty wykonawcy obowiązkiem zamawiającego jest przedstawienie mu wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Obowiązek sporządzenia omawianego uzasadnienia posiada doniosłe znaczenie. W oparciu bowiem o nie wykonawcy podejmują decyzję co do tego, czy chcą i w jakim zakresie skorzystać z przysługujących im środków ochrony prawnej. Samo przesłanie informacji, że oferta zostaje odrzucona, bez sprecyzowania rzeczywistych motywów takiej czynności jest niewystarczające dla wykrycia przez wykonawcę, czy zamawiający dopuścił się naruszenia prawa czy też nie.

Zasadnym wydaje się w tym miejscu przywołanie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „*W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów*".

W analizowanej sprawie uzasadnienie faktyczne zaskarżonej w odwołaniu czynności odrzucenia oferty podstawowej i oferty dodatkowej odwołującego sprowadzało się do stwierdzenia, że przedstawione przez odwołującego *wyjaśnienia nie zawierają wyczerpującego przedstawienia dlaczego ceny jednostkowe omawianej pozycji są tak niskie, co pozwoliłoby Zamawiającemu na uznanie, iż Wykonawca nie odstąpi od umowy w trakcie jej wykonywania, bądź nie zażąda zmiany stawek jednostkowych w trakcie jej realizacji ze względu na ponoszenie rażącej straty, biorąc pod uwagę rosnące ceny wszystkich materiałów budowlanych.*

Jak słusznie zarzucił odwołujący w odwołaniu, w oparciu o tak sporządzone uzasadnienie faktyczne niemożliwym było ustalić tok rozumowania zamawiającego, który dochodzi do takiej konkluzji.

Dostrzeżenia wymagało bowiem, że pismem z dnia 13 marca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do pisemnego udzielenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny w pozycji kosztorysowej nr 27 Oczyszczenie przepustów fi 1500mm z wywozem urobku.

W odpowiedzi na to wezwanie, odwołujący złożył przy piśmie z dnia 18 marca 2024 r. obszerne i umotywowane wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji pozycji nr 27 kosztorysu ofertowego. W wyjaśnieniach tych uzasadniał dlaczego skalkulował taką a nie inną cenę w pozycji nr 27. Wyjaśnienia te odwołujący poparł także dowodami. Odwołujący do wyjaśnień załączył bowiem szczegółowy kosztorys ofertowy. Kosztorys ten obejmował dwie pozycji tj.: pozycja dot.

wykonania oczyszczenia przepustu fi 1500 mm wg KNR 15-01 0108-06, gdzie nakłady rzeczowe zawierają tylko robociznę (4,2 r-b / m). Wg nośników cenowych odwołującego tj Kp=60%, Rb= 36,00 zł, Z=10% cena jednostkowa wynosiła 266,11 zł netto, tj. 327,32 zł brutto. Druga pozycja w załączonym kosztorysie szczegółowym zawierała nakłady, jakie odwołujący przyjął wg kalkulacji własnej, gdzie nakłady rzeczowe obejmują robociznę (0,1 r-b /m), sprzęt – minikoparka gąsienicowa 1,0 t, gdzie nakłady obejmują (0,058300 m-g/m) oraz samochód samowyładowczy 5 t, gdzie nakłady obejmują 0,0479 m-g/m). Do wyjaśnień załączono także swą listę środków trwałych, na której znalazła się pozyskana w 2023 r. koparka JCB 8010. Do wyjaśnień załączono także wyciąg z Sekocenbud, w którym dla minikoparki średni poziom katalogowy ceny za jednostkę m g wynosił 46.

Jak wynikało z powyższego stanu faktycznego, odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawił obszerne wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji pozycji nr 27 kosztorysu ofertowego, które poparł materiałem dowodowym.

W tej sytuacji, jeśli w ocenie zamawiającego złożone wyjaśnienia i materiał dowodowy okazały się z jakichś powodów niewystarczające, to zamawiający, aby sprostać wymogowi z art. 253 ust. 1 Pzp, powinien ujawnić, dlaczego tak uważa. Zdaniem Izby odniesienie się przez zamawiającego do obszernych wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego jednym zdaniem, sprowadzającym się do stwierdzenia, że wyjaśnienia są niewyczerpujące, bez wskazania jakich konkretnie elementów – w ocenie zamawiającego – zabrakło, okazało się zatem niewystarczające.

Chybiony i nierzeczywisty okazał się natomiast drugi argument wskazany w sporządzonym przez zamawiającego uzasadnieniu zaskarżonej czynności odrzucenia oferty podstawowej i dodatkowej odwołującego z dnia 25 marca 2024 r. Zamawiający powołał się bowiem na rosnące ceny wszystkich materiałów budowlanych. Odnosząc się do tego fragmentu uzasadnienia czynności odrzucenia ofert podkreślenia wymagało, że – jak słusznie zarzucił odwołujący w odwołaniu - prace budowlane w części dotyczącej oczyszczania przepustów, a tego dotyczyło wezwanie zamawiającego, w ogóle nie wymagają zaangażowania materiałów. Praca ta polega jedynie na zaangażowaniu sprzętu budowlanego lub sił ludzkich. Wobec powyższego tak opisany powód odrzucenia oferty podstawowej i dodatkowej odwołującego okazał się niezasadny i nierzeczywisty.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty podstawowej i dodatkowej odwołującego z takim uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jakie zamawiający sporządził w dniu 25 marca 2024 r. i przedstawił odwołującemu nie odpowiadała prawu i musi zostać uchylona. Zasadny okazał się zatem zarzut nr 1 i nr 2 odwołania.

Dostrzeżenia wymagało, że rzeczywiste powody odrzucenia oferty podstawowej i dodatkowej odwołującego zamawiający ujawnił dopiero w swej odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2024 r. Dopiero na tym etapie zamawiający zdecydował się po raz pierwszy przedstawić odwołującemu, dlaczego uznaje jego wyjaśnienia ceny za niewystarczające.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał bowiem przykładowo, że wyjaśnienia odwołującego są nieprzekonujące, gdyż maksymalny zasięg kopania koparki JCB 8010, przy pomocy której odwołujący zamierzał wykonać prace opisane w wyjaśnieniach, to 3,19 m i że - zdaniem zamawiającego - odwołujący jest w stanie wykonać w całości roboty przy użyciu koparki JCB 8010 jedynie na długość 3,19 m x 2 = 6,38 metrów, co umożliwia wykonanie prac jedynie na 8 na 31 przepustów objętych pozycją nr 27 kosztorysu. Dopiero także w odpowiedzi na odwołanie zamawiający zdecydował się ujawnić, że - w jego ocenie - wyjaśnienia ceny odwołującego są niewyczerpujące, bo wykonawca ten, w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, miał nie odnieść się do kwestii utylizacji odpadów budowlanych tj. urobku po oczyszczeniu przepustu i nie uwzględnił tych kosztów w swojej kalkulacji własnej.

Podkreślenia wymagało, że niedopuszczalne jest rozszerzanie przez zamawiającego podstaw faktycznych czynności odrzucenia oferty wykonawcy dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Za zarzuty zaś uznaje się powołane w odwołaniu okoliczności faktyczne, które wskazują na naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp.

W treści odwołania odwołujący nie odnosił się do kwestii utylizacji odpadów budowlanych tj. urobku po oczyszczeniu przepustu i uwzględniania tych kosztów w swojej kalkulacji własnej ani do kwestii zasięgu pracy swojej koparki, gdyż powyższe okoliczności nie zostały objęte podstawą faktyczną odrzucenia jego oferty podstawowej i dodatkowej. Skoro takie zarzuty nie zostały wskazane w treści odwołania, to zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba w ramach obecnego postępowania odwoławczego nie mogła się do nich odnieść.

Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *„(…) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (…)*”.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie mogła się odnieść do zasadności czy niezasadności nowoformułowanych w odpowiedzi na odwołanie podstaw faktycznych czynności odrzucenia oferty podstawowej i oferty dodatkowej odwołującego. W konsekwencji, Izba działając na podstawie art. 541 Pzp przy wyrokowaniu pominęła także:

a) dowody złożone przez zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie, które służyć miały wykazaniu ww. nowych podstaw odrzucenia oferty odwołującego,

b) dowody złożone przez odwołującego na posiedzeniu Izby, które służyć miały odparciu twierdzeń zamawiającego przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie.

Stosownie do art. 541 Pzp, *Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.*

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła także oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M.R. - kosztorysanta, który przygotowywał ofertę i kosztorys dla odwołującego, na okoliczność sposobu kalkulacji ceny w ofercie odwołującego.

Izba uznała, że ww. dowody nie są przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy i zostały powołane jedynie dla zwłoki. Fakty, mające być przedmiotem dowodów, nie mogły bowiem zmienić treści zaskarżonej w odwołaniu wadliwej i nieprawidłowo uzasadnionej czynności odrzucenia oferty podstawowej i oferty dodatkowej odwołującego z dnia 25 marca 2024 r.

Wobec zasadności zarzutu nr 1 i 2 odwołania zasadny okazał się także zarzut nr 3 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 296 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, mimo, iż oferta dodatkowa odwołującego mieści się w kwocie, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Izba stwierdziła, że cena oferty dodatkowej złożonej przez odwołującego (387.018,00 zł brutto), która została niezasadnie odrzucona przez zamawiającego z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 25 marca 2024 r., mieściła się w kwocie, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (410.000,00 zł brutto). Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający z naruszeniem art. 255 pkt 3 Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie. Zarzut nr 3 okazał się zatem zasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu

rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza*uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający niezasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp nietrafnie uznając, że oferta dodatkowa odwołującego podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty podstawowej i dodatkowej odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

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

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

W analizowanej sprawie odwołanie okazało się zasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego składały się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……