

**WYROK**  
**z dnia 21 listopada 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę **ATP EKO SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe w Policach**

**przy udziale** wykonawcy **REMEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 8) w petitum odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.)
2. Oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ATP EKO SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ATP EKO SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od wykonawcy **ATP EKO SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Starostwa Powiatowego w Policach** kwotę **5 519 zł 81 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset dziewiętnaście złotych osiemdziesiąt jeden groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr), opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł 00 gr), kosztów dojazdu (1 902 zł 81 gr).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:**

Sygn. akt KIO 3298/23

**UZASADNIENIE:**

Powiat Policki - Starostwo Powiatowe w Policach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Rekultywacja wraz z remediacją terenu zlokalizowanego w Policach przy ul. Kamiennej z nadaniem nowych wartości użytkowych związanych ze zwiększeniem powierzchni biologicznie czynnej”, nr referencyjny: PR.272.10.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 149-473271.

W postępowaniu tym wykonawca **ATP EKO SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, tj.:

- 1) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Remea Sp. z o.o.
- 2) poprawienie w ofercie Remea Sp. z o.o. omyłki polegającej na wskazaniu, że wybór oferty doprowadzi do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego
- 3) wezwanie Remea Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień oferty pismem z dnia 18 września 2023 r.
- 4) zaniechanie odrzucenia oferty Remea Sp. z o.o. jako:
  - a) niezgodnej z przepisami ustawy
  - b) niezgodnej z warunkami zamówienia
  - c) zawierającej błąd w obliczeniu ceny
  - d) zawierającej rażąco niską cenę

5)zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Remea Sp. z o.o. w odniesieniu do rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny
- 5)art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) i 3) PZP poprzez poprawienie rzekomej omyłki w ofercie Remea Sp. z o.o. polegającej na wskazaniu, że wybór oferty doprowadzi do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego, pomimo tego, że dokonano w ten sposób zmiany oferty
- 6)art. 223 ust. 1 PZP poprzez niezasadne wezwanie wykonawcy Remea Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień oferty
- 7)art. 16 ust. 1 Pzp poprzez złamanie zasady uczciwej konkurencji wyrażające się w dopuszczeniu do uzupełnienia oferty Remea Sp. z o.o. o brakujące wcześniej dane będące podstawą punktacji oferty
- 8)art. 18 ust. 1 oraz art. 18 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wbrew zasadzie jawności odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Remea Sp. z o.o. w odniesieniu do rażąco niskiej ceny
- 9)art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remea Sp. z o.o. pomimo tego, że wyjaśnienia tego wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie rażąco niskiej ceny
- 10)art. 239 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) i ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie została oceniona zgodnie z przepisami ustawy i która powinna być odrzucona oraz która nie zapewnia najlepszej jakości usług i najlepszych efektów w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- 2)odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Remea Sp. z o.o. w odniesieniu do rażąco niskiej ceny
- 3)odrzucenie oferty Remea Sp. z o.o.
- 4)powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej ofert

Nadto, Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie zwrotu tych kosztów na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

I.

Wykonawca Remea Sp. z o.o. w formularzu oferty w części XI, w wierszu „należny podatek VAT” podał kwotę „8,00”. Jednocześnie Wykonawca oferuje cenę brutto 3.996.000 PLN. Tym samym należny podatek VAT nie może wynosić 8 PLN. Jest to poważny błąd. Gdyby taki błąd został popełniony przykładowo w fakturze VAT, taka faktura nie mogłaby zostać prawidłowo zaksięgowana i konieczne byłoby wystawienie faktury korygującej. Przepisy PZP nie przewidują jednak „ofert korygujących”, a więc taki błąd dyskwalifikuje ofertę.

Odwołujący przytoczył treść art. 218 ustawy Pzp. W jego ocenie, oferta Remea Sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, albowiem nie zawiera określenia rzeczywistej kwoty należnego podatku VAT. Jest to przy tym o tyle istotne, że jednocześnie wykonawca ten wskazał, iż wybór jego oferty spowoduje powstanie obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego.

Odwołujący przytoczył fragment komentarza Prawo zamówień publicznych Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jamicka, Agnieszka Matusiak, 2023, dot. błędu w obliczeniu ceny, tj. przyjęcie do wycieszenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Zdaniem Odwołującego tym bardziej więc błędem musi być wskazanie nieprawdziwej kwoty VAT należnego, w połączeniu z informacją o powstaniu obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego. Są to przy tym błędy, których nie można traktować jako oczywistych omyłek. Poprawienie takich „omyłek” prowadzi do merytorycznej zmiany oferty w zakresie ceny (kosztu dla zamawiającego), czyli najbardziej newralgicznego jej elementu.

W ocenie Odwołującego oferta Remea Sp. z o.o. była więc niezgodna z warunkami zamówienia, a Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia ww. rzekomej omyłki.

II.

W punkcie 14 SWZ (opis kryteriów oceny ofert), w podpunkcie 14.2 na stronie 20 Zamawiający sformułował wymóg załączenia do oferty wykazu doświadczenia kadry, którą dysponuje wykonawca: „Przez doświadczenie kadry rozumie się doświadczenie osoby, którą Wykonawca wskaże odpowiedzialną za koordynację realizacji przedmiotu zamówienia, upoważnioną do kierowania pracami związanymi z rekultywacją lub remediacją terenów zdegradowanych i zanieczyszczonych. W wykazie należy ująć zadania z okresami ich realizacji, przy których wskazana osoba koordynowała prace związane z realizacją przedmiotu zamówienia.”

Jednocześnie poniżej Zamawiający wyraźnie zastrzegł:

„Zamawiający informuje, że w stosunku do kryteriów oceny ofert nie znajdują zastosowania przepisy art. 128 ustawy Pzp.

*Ocena/weryfikacja doświadczenia personelu Wykonawcy odbywa się tylko i wyłącznie w oparciu o informacje zawarte w Formularzu ofertowym."*

Nie może więc ulegać wątpliwości, że obowiązkiem każdego wykonawcy składającego ofertę było dołączenie do formularza oferty wykazu doświadczenia obejmującego „zadania z okresami ich realizacji” - wymóg jasny, prosty i jednoznaczny.

Wykonawca Remea Sp. z o.o. nie uczynił tego, a Zamawiający w konsekwencji wezwał go do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Takie działanie Zamawiającego nie może być ocenione jako zasadne. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że brak określonych informacji nie może być uzupełniany drogą wyjaśnień.

Odwołujący przytoczył fragment komentarza Prawo zamówień publicznych Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jamicka, Agnieszka Matusiak, 2023, dot. wyjaśnień treści oferty. W podsumowaniu stwierdził, że „wyjaśnienia” złożone przez wykonawcę Remea Sp. z o.o. doprowadziły do uzupełnienia oferty o bardzo konkretne informacje, których wcześniej w tej ofercie nie było i których nie dało się z tej oferty w żaden sposób wyczytać czy też wywnioskować. Nie może być więc mowy o usuwaniu jakichkolwiek niepewności co do rozumienia oferty czy też dokonywania interpretacji niejednoznacznych jej zapisów. W ocenie Odwołującego doszło do podania przez wykonawcę Remea Sp. z o.o. – już po otwarciu ofert – nowych informacji będących bezpośrednio podstawą oceny oferty i przyznania punktów. Należy to ocenić jako jaskrawe naruszenie zasady równej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

III.

Zamawiający utajnił złożone przez Remea Sp. z o.o. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w związku z tym, że ww. wykonawca zastrzegł je jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie zna więc treści tych wyjaśnień, nie zna motywów uznania ich za niejawne. Odwołujący nie jest więc w stanie w jakikolwiek konkretny sposób odnieść się do takiej postawy Zamawiającego. Odwołujący został tutaj w całości pozbawiony możliwości obrony swoich praw.

Odwołujący przytoczył fragment komentarza Prawo zamówień publicznych Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jamicka, Agnieszka Matusiak, 2023, dot. jawności postępowania oraz tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił trzy rzeczy: 1) jawność postępowania jest zasadą - i to naczelną, konstytucyjną; 2) ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady, który musi być interpretowany w ścisły sposób; 3) zachowanie tajności określonych informacji przekazanych przez wykonawcę wymaga nie tylko wskazania, że są one tajemnicą przedsiębiorstwa, ale także - a nawet przede wszystkim - udowodnienia, że tak jest.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy nie mogą oczekiwać zapewnienia im z jednej strony dobrodziejstwa dostępu do zamówień publicznych - realizowanych ze środków publicznych podlegających szczególnemu reżimowi transparentnej kontroli ich wydatkowania - a więc do bardzo rozległego i lukratywnego rynku zapewniającego wielu przedsiębiorstwom pokaźne zyski, z drugiej strony zaś możliwości działania na tymże rynku na zasadach takich samych, jak przy transakcjach pomiędzy prywatnymi podmiotami, gdzie obowiązuje swoboda kontraktowania. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się z koniecznością akceptacji tego, że postępowanie to jest jawne i że będzie zobowiązany ujawnić więcej, niż przy transakcji zawieranej z podmiotem prywatnym.

W związku z powyższym Odwołujący wskazuje, że już tylko z powyższego powodu powinno dojść do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i następnie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Remea Sp. z o.o. — nawet gdyby wniosek o odrzucenie oferty Remea Sp. z o.o. mógł być obecnie oceniony jako przedwczesny (tak jednak nie jest).

IV.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający utajnił złożone przez Remea Sp. z o.o. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wie, w jaki sposób ww. wykonawca uzasadnia możliwość rzetelnego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę brutto - a więc nie może w żaden konkretny sposób odnieść się do tych wyjaśnień.

Tym niemniej jednak Odwołujący wskazuje, że oferta złożona przez Remea Sp. z o.o. w rażący sposób odbiega od wszystkich czterech pozostałych ofert. Wykonawca ten zamierza zrealizować zamówienie za kwotę mniejszą od połowy sumy jaką Zamawiający przeznaczą na to zamówienie. Tak daleko idąca rozbieżność nakazuje niewątpliwie szczególną ostrożność w zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Remea Sp. z o.o. Sam zdrowy rozsądek i zasady elementarnego doświadczenia życiowego prowadzą do wniosku, że wykonanie specjalistycznych usług o dużej skali, jakich dotyczy zamówienie, za cenę mniejszą od połowy ceny rynkowej nie jest możliwe. Żadna technologia, metody zarządzania ani też żadne inne szczególne warunki nie mogą na to pozwolić, żaden wykonawca nie ma mocy czynienia cudów - a zamówienie obejmuje w szczególności konieczność przetworzenia wielkich zanieczyszczonych mas ziemnych. Nie istnieją żadne tajne czy oryginalne technologie pozwalające zrobić to inaczej, niż wszyscy to robią. Nie da

się zmniejszyć kosztów takiej operacji poprzez zarządzenie czy organizację pracy.

Odwołujący przytoczył fragment komentarza Prawo zamówień publicznych Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jamicka, Agnieszka Matusiak, 2023, dot.prawidłowości ceny, oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący nie wie, na jakie okoliczności powołał się wykonawca Remea Sp. z o.o. oraz jakie przytoczył dowody. Znając jednakże kalkulację własnej oferty, treść ofert złożonych przez innych wykonawców oraz mając wieloletnie doświadczenie branżowe Odwołujący nie jest w żaden sposób uwierzyć w to, aby ktokolwiek mógł zrealizować przedmiot zamówienia za cenę mniejszą niż cztery miliony złotych. Konieczne do poniesienia koszty wykonania usług objętych zamówieniem są *prima facie* większe niż cztery miliony złotych.

Odwołujący wskazał, że istotnymi czynnikami kosztotwórczymi realizacji zamówienia są w szczególności następujące okoliczności:

1. Remediacja metodą *ex-situ* obejmująca usunięcie zanieczyszczonego gruntu i przekazanie powstałego odpadu w postaci zanieczyszczonej gleby i ziemi uprawnionemu podmiotowi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z Decyzją Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie ustalającą plan remediacji powierzchnia zanieczyszczonego gruntu wynosi 5 534 m<sup>2</sup> i odpowiada kubaturze 10 515 m<sup>3</sup>, co przy przyjętej gęstości objętościowej szacowanej na ok. 1,7 Mg/m<sup>3</sup> daje ok. 17 875 Mg zanieczyszczonego gruntu. Na podstawie rozeznania rynku w zakresie zagospodarowania odpadów o kodzie 17 05 03\* i pozyskanej oferty w tym zakresie koszt samego transportu i przyjęcia odpadów kształtuje się na poziomie ponad 3 500 000 zł netto. Do tego kosztu należy przyjąć dodatkowe koszty związane m.in. z wydobyciem odpadów, ich załadunkiem, ważeniem.
2. Uzupełnienie powstałego po usunięciu zanieczyszczonego gruntu wyrobiska gruntem niezanieczyszczonym. Sam koszt dostawy kruszywa do uzupełnienia wykopów bez kosztów pracy sprzętu niezbędnego do wbudowania mas ziemnych i ich odpowiedniego zagęszczenia na podstawie pozyskanych ofert od lokalnych dostawców kształtuje się na poziomie netto 28-31 zł za 1 tonę, co przy ilości ok. 17 515 Mg i średniej ceny 29,50 zł daje wartość 527 312,50 zł netto.
3. Rekultywacja techniczna obejmująca niwelację terenu o powierzchni ok. 2,3079 ha poprzez jego wyrównanie oraz nawiezenie materiału ziemistego na warstwę rekultywacyjną w celu odtworzenia warstwy biologicznej oraz plantowanie gruntu na całej powierzchni realizacji zadania tj. 4,6158 ha ze szczególnym uwzględnieniem powierzchni, która nie jest objęta rekultywacją w taki sposób, aby powierzchnia nie objęta rekultywacją była wyrównana do terenu objętego pracami rekultywacyjnymi. Sam koszt zakupu i dostawy materiału ziemistego, bez kosztów pracy sprzętu, przy ofercie lokalnego dostawcy w wysokości 40 zł/1 tonę i szacowanej ilości ziemi na poziomie ok. 9 000 ton, daje wartość 360 000 zł netto.

Już tylko powyższe koszty wynoszą ponad 4 000 000 zł netto (przy ofercie spółki Remea w wysokości 3 700 000 zł netto), a należy mieć na uwadze, iż wskazane powyżej koszty nie stanowią pełnego zakresu i kosztów realizacji zamówienia, które obejmuje jeszcze szereg innych czynności i tym samym kosztów z nimi związanych, w szczególności: praca ciężkiego sprzętu związana z robotami ziemnymi, czyli wydobyciem zanieczyszczonego gruntu oraz rozplantowaniem czystego gruntu (koparki, spychacze i zagęszczarki), pobór i analizy próbek gruntu w akredytowanych laboratoriach, nasadzenia drzew i krzewów o parametrach dokładnie opisanych przez Zamawiającego, pielęgnacja terenu przez 5 lat (częste i regularne koszenie trawnika o powierzchni ponad 2 hektarów, nawożenie, regularne podlewanie, odchwaszczanie, usuwanie odrostów korzeniowych, uzupełnianie kory, palikowanie i wiązanie drzew, wymiana roślin obumarłych i uszkodzonych, cięcia pielęgnacyjne, sanitarne i zagęszczające, opryski), budowa drogi dojazdowej dla ciężkiego sprzętu, utylizacja nawierzchni betonowych i asfaltowych, których inwentaryzacja dotąd nie była możliwa i powierzchnia nie jest znana, koszty zagospodarowania innych niż ziemia odpadów powstałych podczas całych prac, ogólny nadzór i kierowanie całością robót, organizacja zaplecza socjalnego na miejscu prac, wykonanie dokumentacji dla RDOŚ.

Odwołujący zaznaczył, że remediacja zanieczyszczonego gruntu musi być przeprowadzona zgodnie z decyzją Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie, znak WONS.515.7.2023.MR z dnia 20 lipca 2023 r.

W złożonej pismem z dnia 20 listopada 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający wniósł o odrzucenie, względnie oddalenie odwołania w całości. Nadto, o zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że zachodzi wskazana w art. 528 pkt 6) przesłanka odrzucenia odwołania, a to ze względu na fakt, że stosownie do postanowień art. 514 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący winien

przekazać zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, czego jednak Odwołujący zaniechał.

Zgodnie z art. 67 ustawy Pzp zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia, informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzenia, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. W wykonaniu powyższych obowiązków w ogłoszeniu o zamówieniu nr OJ/S 2023/S 149-473271 z dnia 04 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał w pkt „1.3) Komunikacja”: „*Nieograniczony, pełny i bezpośredni dostęp do dokumentów zamówienia można uzyskać bezpłatnie pod adresem: <https://ezamowienia.gov.pl/pl/> Więcej informacji można uzyskać pod adresem podanym powyżej. Oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy przysyłać drogą elektroniczną za pośrednictwem: <https://ezamowienia.gov.pl/pl/>”*

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) winna zawierać: informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzenia, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. W przedmiotowym Postępowaniu znak: PR.272.10.25.2023.KW w postanowieniach rozdziału 9. SWZ (Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami) Zamawiający wskazał: „*9.2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, która jest dostępna pod adresem <https://ezamowienia.gov.pl/>.”*

W kolejnych punktach tego rozdziału następuje szczegółowy opis zasad komunikowania się Zamawiającego z wykonawcami.

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że do wypełnienia przez Odwołującego obowiązku przekazania Zamawiającemu odwołania albo jego kopii (w zależności od formy, w jakiej odwołanie jest wnoszone) konieczne było, aby przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia, wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wskazanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ, jako służących do komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami. Nie można zatem użyć jakichkolwiek środków komunikacji elektronicznej. Przyjęcie takiej interpretacji zaprzeczałoby celowości podawania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ informacji o środkach komunikacji elektronicznej, w szczególności w przypadku zamawiających o rozbudowanej strukturze organizacyjnej, do których należy Zamawiający.

Komunikowanie się za pomocą innych środków komunikacji elektronicznej niż wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ (w tym poczty elektronicznej) mogłoby prowadzić do zawarcia umowy, wobec uznania przez Zamawiającego, że upłynął termin na wniesienie odwołania, a w terminie tym odwołanie nie zostało wniesione.

Podany przez Zamawiającego sposób komunikacji z Wykonawcami jest opisany jednoznacznie w SWZ. W ten sposób Zamawiający prowadził także całość komunikacji w toku Postępowania, w tym także w stosunku do Odwołującego, który także w ten sposób udzielał wyjaśnień lub składał wnioski. Nie jest zrozumiałe zatem z jakiego powodu, w przypadku obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu, Odwołujący zaniechał komunikacji w dotychczasowej formie, a o odwołaniu zawiadomił, przekazując jego kopię, wyłącznie „w drodze wiadomości email”.

Zamawiający zwrócił uwagę, że stosownie do postanowień SWZ, które w zakresie opisu środków komunikacji są bardziej obszernie niż postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przewidział okoliczności opisane w pkt 9.18. i 9.19.: 9.18 W przypadku problemów technicznych i awarii związanych z funkcjonowaniem Platformy e-Zamówienia użytkownicy mogą skorzystać ze wsparcia technicznego dostępnego pod numerem telefonu (22) 458 77 99 lub drogą elektroniczną poprzez formularz udostępniony na stronie internetowej <https://ezamowienia.gov.pl> w zakładce „Zgłoś problem”. 9.19 W szczególnie uzasadnionych przypadkach uniemożliwiających komunikację wykonawcy i Zamawiającego za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia, Zamawiający dopuszcza komunikację za pomocą poczty elektronicznej na adres e-mail: [przetargi@policki.pl](mailto:przetargi@policki.pl) (nie dotyczy składania ofert).

Jak jednak z powyższego wprost wynika komunikacja za pośrednictwem „wiadomości email” dopuszczalna jest jedynie wyjątkowo, tj. w szczególności w razie obiektywnego braku możliwości korzystania z Platformy e-Zamówienia lub wystąpienia innej okoliczności o cechach istotnego problemu technicznego w komunikacji z Zamawiającym.

W przedmiotowej sprawie jednak o powyższym nie może być mowy. Platforma e-Zamówienia w dniu składania odwołania działała prawidłowo. Ewentualny dowód przeciwny spoczywa zaś na Odwołującym.

Mając zatem na uwadze, że Odwołujący nie zastosował się do wymagań ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie komunikacji, a przesłał „kopię” odwołania nie za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia, lecz pocztą elektroniczną, zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

Adres email, którym posłużył się Odwołujący nie został podany, jako służący do komunikacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, skoro komunikacji tej służy Platforma e-Zamówienia. Z postanowień zawartych w rozdziale 9. SWZ wynika jednoznacznie, że intencją Zamawiającego było, aby komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami odbywała się wyłącznie poprzez platformę zakupową e-Zamówienia. Zatem to platforma zakupowa powinna podlegać weryfikacji Zamawiającego pod kątem tego, czy w terminie zostało wniesione odwołanie, tj. czy jest on uprawniony do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w dniu 19 stycznia 2023 r. w sprawie o sygnaturze akt: KIO 3495/22.

Zamawiający podnosi, że zachodzi wskazana w art. 528 pkt 3) przesłanka odrzucenia niniejszego odwołania w zakresie zarzutu nr 8), tj. naruszenia art. 18 ust. 1 oraz 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wbrew zasadzie jawności odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Remea Sp. z o.o. w odniesieniu do rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Wykonawca ATP Eko Serwis Sp. z o.o. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem z dnia 19 października 2023 r. o: „udostępnienie złożonych ofert wraz z załącznikami oraz całej korespondencji z Zamawiającym w ramach postępowania (np. wezwania Zamawiającego, informacje o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy i inne składane pisma) powstałej do dnia udostępnienia dokumentów, z wyłączeniem naszej oferty i korespondencji”. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający za pismem z dnia 20 października 2023 r. oświadczył: „Zamawiający nie udostępni wyjaśnień przekazanych przez REMEA Sp. z o.o., które to wyjaśnienia zostały przez Wykonawcę objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233)”. Od daty przekazania ww. pisma z dnia 20 października 2023 r. rozpoczął bieg termin na czynność odmowy udostępnienia opisanych wyżej wyjaśnień wykonawcy Remea Sp. z o.o. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem z dniem 30 października 2023 r., a odwołanie wniesione zostało dopiero 3 listopada 2023 r. W tej sytuacji zachodzi wskazana w art. 528 pkt 3) przesłanka odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 8), jako, że odwołanie w tym zakresie złożone zostało z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp.

Przechodząc do odniesienia się do zarzutów merytorycznych odwołania, w kolejności ich wniesienia Zamawiający wskazał, co następuje:

Zarzut 1) – nie jest wiadome na czym konkretnie ma ta niezgodność polegać i z jakimi konkretnymi przepisami ma być niezgodna oferta.

Zarzut 2) - nie jest wiadome z którymi konkretnymi warunkami zamówienia oferta ma być niezgodna i w jakim zakresie, w szczególności czy chodzi o warunki udziału w postępowaniu czy inne wymagania.

Zarzut 4) – nie jest wiadome na czym konkretnie ma ten błąd polegać i w którym miejscu oferty tego błędu upatruje Odwołujący.

Zarzut 6) - wykonawca Remea Sp. z o.o. był wzywany do złożenia wyjaśnień czterokrotnie - jeden raz w zakresie rażąco niskiej ceny i trzy razy w różnych innych sprawach. Nie jest jednak wiadome, o które konkretnie wezwanie chodzi Odwołującemu w sformułowanym zarzucie, tym bardziej, że w uzasadnieniu wskazuje on na wezwania dotyczące różnych spraw, tj. np: omyłek dotyczących obliczeń oferowanej kwoty, doświadczenia kadry wykonawcy Remea Sp. z o.o., itp.

Zarzut 7) naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp - art. 16 ustawy Pzp nie dzieli się na ustępy, a z uzasadnienia odwołania wynikać może, że Odwołujący kwestionuje tak „uzupełnienie oferty” (czemu Odwołujący zaprzecza) o kwestie oświadczenia dotyczącego stawki i kwoty podatku VAT, powstania obowiązku podatkowego, jak i kwalifikacji kadry, którą wykonawca Remea Sp. z o.o. zamierza skierować do realizacji zamówienia. Nie jest zatem wiadome na czym konkretnie ten zarzut polega i poprzez konkretnie które działanie („dopuszczenie do uzupełnienia”) lub zaniechanie („dopuszczenie do uzupełnienia”) Zamawiający miałby się dopuścić naruszenia zarzucanego przepisu ustawy Pzp.

Zarzut 10) - ww. przepisy nie wskazują na wybór oferty, która ma być oceniona zgodnie z przepisami ustawy, a jedynie, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 17 w ust. 1 pkt 1) i 2) dotyczy zaś ogólnie zasad prowadzenia postępowania jako takiego (efektywności) aniżeli samej czynności formalnego badania i oceny ofert.

Odnosnie wszystkich zarzutów, w tym w szczególności pominiętych wyżej zarzutów nr 3), 5), 8) i 9), zauważenia wymaga, że nie jest wiadome o ofertę którego wykonawcy w tych zarzutach chodzi. W postępowaniu złożono bowiem jeszcze jedną niepodlegającą odrzuceniu ofertę, poza ofertą Remea Sp. z o.o. i samego Odwołującego. Prawdopodobnie sformułowany zarzut winien zatem każdorazowo wskazywać oferenta, w stosunku do którego Zamawiający miał dopuścić się naruszenia przepisów ustawy.

Z uzasadnienia odwołania także naruszenie opisanych wyżej przepisów ustawy Pzp nie wynika, albowiem uzasadnienie podzielone zostało na cztery części w oderwaniu od dziesięciu sformułowanych zarzutów i pięciu czynności oraz zaniechań Zamawiającego, od których wniesiono odwołanie. W tej sytuacji stwierdzić należy, że zarzuty odwołania, jako sformułowane wadliwie, tj. w sposób nie pozwalający na ich właściwe odczytanie i zrozumienie, nie

powinny być rozpatrywane. Izba nie orzeka bowiem co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co wynika wprost z art. 555 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący poprawienia w ofercie Remea Sp. z o.o. omyłki polegającej na wskazaniu, że wybór oferty doprowadzi do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego:

W tym zakresie Zamawiający podnosi, że zarzut odwołania dotyczy jedynie nieuprawnionego (w ocenie Odwołującego) poprawienia w ofercie Remea Sp. z o.o. omyłki polegającej na wskazaniu, że wybór oferty doprowadzi do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego. Odwołujący – pomimo dalszej treści uzasadnienia odwołania – nie sformułował zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny, który w jego przekonaniu mógłby wynikać z przyjęcia nieprawidłowej kwoty lub stawki podatku VAT. Wprawdzie w opisie przepisów prawa, które swoim postępowaniem miał naruszyć Zamawiający jest mowa i o naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 3) i pkt 10) ustawy Pzp, ale zarzutu dotyczącego ich naruszenia w odwołaniu brak.

W zakresie stawki i kwoty podatku VAT formularz wypełniony został przez Przystępującego w sposób, z którego wynikało, że jego intencją jest zaoferowanie wynagrodzenia z zastosowaniem 8% stawki podatku VAT, a nie 8 złotych wysokości podatku VAT.

W punkcie „VIII. Kryteria oceny ofert” Formularza ofertowego Przystępujący wskazał:

„Cena: 3.996.000,00 PLN.

Wartość słownie: trzy miliony dziewięćset dziewięćdziesiąt sześć tysięcy 00/100

Informacje dodatkowe: Proszę podać cenę oferty brutto. Cenę netto oraz należny podatek VAT proszę wpisać w dalszej części formularza. Deklaracja Wykonawcy: Wykonawca oświadcza, że powyższa kwota jest kwotą ryczałtową.”

W punkcie „IX. obowiązek podatkowy” Formularza ofertowego Przystępujący wskazał: Wybór ofert będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego:

TAK  NIE

Nazwa i wartość towaru lub usługi, której dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego: 90722300-7 Usługi rekultywacji gruntu 90732200-9 Usługi usuwania skażonej gleby VAT 8% - cena brutto: 3 996 000 zł

W punkcie „XI. Informacje dodatkowe” Formularza ofertowego Przystępujący wskazał:

Cena oferty netto\*: 3.700.000,00

Proszę podać cenę oferty netto

Cena oferty netto

Należny podatek VAT\*: 8,00

Proszę podać kwotę podatku

Należny podatek VAT

Przyczyną popełnienia omyłek w sposobie wypełniania formularza ofertowego przez wszystkich wykonawców, którzy omyłki popełnili i którym te omyłki poprawiano, było skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości zastosowania interaktywnych formularzy na Platformie e-Zamówienia. W trakcie wypełniania formularzy Wykonawca pracuje na polach, które ma wypełnić treścią. Po najechaniu na nie kursorem pojawiają się różnego rodzaju komentarze i pouczenia, które mogą wprowadzać w błąd. Widok pól na etapie ich wypełniania różni się bowiem od ostatecznie generowanego na podstawie wypełnionego formularza dokumentu. Wynika to z przyjęcia danego formatowania danej komórki przez program, w którym napisano interaktywny formularz ofertowy. Wykonawca wpisuje bowiem cyfrę „8”, a system sam formatuje ją na „8,00”.

Zatem wywnioskować z powyższych punktów Formularza ofertowego należy, że jedyną intencją wykonawcy Remea Sp. z o.o. było złożenie oferty, w której przez użyte sformułowanie dotyczące tak stawki/kwoty podatku VAT, jak i obowiązku podatkowego, miał on na celu oświadczenie, że w sprawie ma zastosowanie stawka podatku VAT w wysokości 8%. Z zasad wiedzy matematycznej wprost wynika bowiem, że 3.700.000,00 złotych netto powiększone o 8% daje 3.996.000,00 zł brutto. Zastosowanie stawki VAT 8% wpisane jest w formularzu ofertowym wprost w jego punkcie IX, a wpisanie w punkcie XI. cyfry 8 nie mogło stanowić niczego innego jak właśnie nieistotnej omyłki pisarskiej, które mogło wynikać z niezrozumienia pouczenia zawartego w tym formularzu.

Jeżeli zaś chodzi o kwestię powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, to oczywistym jest, że obowiązek ten powstaje wyłącznie w przypadku tzw. wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, o którym mowa w art. 9 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Zgodnie z ust. 1 ww. przepisu przez wewnątrzspółnotowe nabycie towarów, rozumie się nabycie prawa do rozporządzania jak właściciel towarami, które w wyniku dokonanej dostawy są wysyłane lub transportowane na terytorium państwa członkowskiego inne niż terytorium państwa członkowskiego rozpoczęcia wysyłki lub transportu przez dokonującego dostawy, nabywcę towarów lub na ich rzecz. W tym przypadku obowiązek podatkowy powstaje po stronie nabywcy towaru lub usługi, a nie zbywcy. Stawka podatku VAT przyjmowana jest według przepisów właściwych dla polskiego prawa podatkowego. Zatem kwestia tego czy obowiązek podatkowy powstaje po stronie wykonawcy czy Zamawiającego nie ma żadnego znaczenia dla stawki i kwoty podatku VAT, a w konsekwencji – dla wartości brutto oferty.

Oznacza to jedynie tyle, że w przypadku gdybyśmy w przedmiotowej sprawie mieli do czynienia z wewnątrzspółnotowym nabyciem towarów, to po stronie Zamawiającego powstałby obowiązek zapłaty należnej stawki 8% VAT od kwoty netto, tyle że nie w drodze opłacenia faktury wystawionej przez wykonawcę na konto wystawcy faktury, a na podstawie faktury tego wystawcy, ale bezpośrednio na konto organu podatkowego. Nie miałyby to jednak żadnego wpływu ani na wysokość podatku, ani na wartość oferty danego wykonawcy, w tym przypadku Remea Sp. z o.o. W dalszym ciągu za świadczoną usługę lub towar o wartości 3.7000.000,00 złotych netto do zapłacenia pozostaje 8% podatku VAT, tj.: 296.000,00 złotych. Niezależnie zatem od tego czy VAT płaci wystawca faktury czy Zamawiający wartość brutto oferty w tym przypadku wynosi: 3.996.000,00 złotych, a podatku VAT do zapłaty pozostaje: 296.000,00 zł, czyli 8%.

Oczywistym jest więc, że intencją wykonawcy Remea Sp. z o.o. było zaoferowanie usługi z zastosowaniem 8% podatku VAT, a przedmiotowa transakcja w kraju nie odbywa się z zastosowaniem przepisów o wewnątrzspółnotowym nabyciu towarów. W razie bowiem oferowania towaru lub usługi z zastosowaniem przepisów o wewnątrzspółnotowym nabyciu towarów, przepis art. 225 ust. 2 pkt 3) nakazuje podawać w ofercie wyłącznie wartość towaru lub usługi objętej obowiązkiem podatkowym Zamawiającego, bez kwoty podatku, tj. w kwocie netto.

Mamy zatem do czynienia z omyłką, którą należało poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Wykonawca Remea Sp. z o.o. potwierdził powyższe wprost w piśmie z 19 września 2023 r.

Przechodząc do zarzutu dotyczące kryterium oceny ofert: „doświadczenie kadry wskazanej przez Wykonawcę do realizacji zadania”, w pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, że stosownie do postanowień rozdziału „5. Dokumenty wymagane przez Zamawiającego, które należy dołączyć do oferty” SWZ, wraz z ofertą nie trzeba było przedstawiać żadnego wykazu osób ani życiorysu lub innych dokumentów, z których mogłoby wynikać jakie konkretnie doświadczenie zdobyła dana osoba, skierowana przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W rozdziale 5. wskazano bowiem na obowiązek złożenia na etapie składania ofert jedynie następujących dokumentów:

5.1. Wypełniony interaktywny Formularz ofertowy, udostępniony przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia. W przypadku składania oferty wspólnej należy złożyć jeden wspólny formularz.

5.2. Oświadczenie wykonawcy, zgodnie z pkt. 4.3. ppkt. 1) SWZ według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. W przypadku składania oferty wspólnej ww. oświadczenie składa każdy z Wykonawców składających ofertę wspólną.

5.3. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, zgodnie z pkt 4.4. SWZ, jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamierza polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów;

Wzór przykładowego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

5.4. Dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa; 5.5. Oświadczenie zawarte w załączniku nr 1 do SWZ wskazujące część przedmiotu zamówienia, której wykonanie Wykonawca powierzył podwykonawcom oraz firmy podwykonawców (jeżeli Wykonawca przewiduje udział podwykonawców);

W przypadku składania oferty wspólnej należy złożyć jedno wspólne oświadczenie.

W punkcie 11.6 zawartym w rozdziale „11. Opis sposobu przygotowania ofert” wskazano zaś, że:

11.6. W terminie składania ofert Wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu:

1. formularz ofertowy (interaktywny formularz na platformie e-Zamówienia),
2. dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty, tj. odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sadowego, Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy),
3. pełnomocnictwo dla pełnomocnika ustanowionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
4. oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESPD), o którym mowa w pkt 4.3 ppkt 1) SWZ,
5. doświadczenie personelu wykonawcy – podane w interaktywnym formularzu ofertowym,
6. jeżeli dotyczy – oświadczenie określone w art. 117 ust. 4 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczące usług Wykonywanych przez poszczególnych wykonawców – wg załącznika nr 9 do SWZ (dotyczy przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 3 ustawy Pzp – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego będzie wynikało, jakie roboty lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy),
7. jeżeli dotyczy – zobowiązanie innego podmiotu oraz oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESPD), o których mowa w pkt 4.4. SWZ (dotyczy przypadku gdy Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołuje się na podstawie art. 118 ustawy Pzp, na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby; w sytuacji o której mowa powyżej Wykonawca składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie,

będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów; Wykonawca może wykorzystać wzór zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby stanowiący załącznik nr 4 do SWZ).

Jak zatem z powyższego wynika jedynym źródłem wiedzy o doświadczeniu kadry skierowanej do realizacji zamówienia na etapie składania ofert miał być: interaktywny formularz ofertowy. Dokumenty podmiotowe, w tym wykazy osób żądane były dopiero na wezwanie Zamawiającego, na dalszym etapie postępowania, tj. w pismach Zamawiającego z 27 września 2023 r. i 17 października 2023 r. W odpowiedzi na powyższe, za pismami Remea Sp. z o.o. z dnia 9 i 23 października 2023 r. były one złożone.

Wobec powyższego załączony do formularza ofertowego życiorys, jako dokument, którego złożenia nie przewidywała SWZ, nie może stanowić podstawy zarzutu ani uzasadnienia dla stwierdzenia, że Zamawiający naruszył jakikolwiek przepis ustawy Pzp poprzez dane działanie lub zaniechanie podjęte w oparciu o ten dokument.

Treść formularza ofertowego zawierała deklarację (co do liczby lat doświadczenia), która mogła być następnie weryfikowana w oparciu o dalsze dokumenty, które wykonawcy składali na dalszym etapie postępowania, zgodnie z rozdziałem 4.5. SWZ, zgodnie z którym: 4.5. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od Wykonawcy obejmują:

(...) 2) w zakresie spełniania warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdz. 4 pkt 4.2, tj.: c) wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez te osoby czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – załącznik nr 7 do SWZ;

W przypadku składania oferty wspólnej Wykonawcy składają jeden wspólny ww. wykaz. Wykaz należy złożyć w oryginale.

Zauważenia nadto w tym miejscu wymaga, że w wyniku badania ofert, Zamawiający wzywał do wyjaśnień zarówno wykonawcę Remea Sp. z o.o., jak i samego Odwołującego.

Podsumowując zatem, nie można stwierdzić, że w ofercie zabrakło jakichś informacji, które następnie Zamawiający uzupełnił. W interaktywnym formularzu ofertowym wykonawca Remea Sp. z o.o. wskazał bowiem, że: „doświadczenie kadry wskazanej przez Wykonawcę do realizacji zadania” wynosi: „>15 lat”. Dokumenty złożone następnie w toku dalszych czynności badania i oceny ofert potwierdziły ten fakt – w przypadku oferty Remea Sp. z o.o. Zauważenia zaś wymaga, że w przypadku samego Odwołującego Zamawiający nie poprzestał na wezwaniu do wyjaśnień, ale wręcz poprawił w formularzu ofertowym podaną przez ATP Eko Serwis Sp. z o.o. wartość doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia ze sformułowania: „20 lat” na sformułowanie: „18 lat”. Powyższe nie wpłynęło na czynności badania i oceny ofert, w tym na tzw. ranking ofert. Jednak bez wątpienia czynność ta była dalej idąca niż proste weryfikowanie podanej wartości liczbowej w formularzu ofertowym poprzez żądanie wykazu osób, stosownie do przepisów ustawy PZP i postanowień SWZ.

Zamawiający odniósł się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy Remea Sp. z o.o. w dwukrotnie składanych pismach, z dni: 20 października 2023 r. oraz 6 listopada 2023 r. Wyjaśnienia te, niezmiennie wskazują na zasadność utrzymania w tajemnicy podanych informacji, ze względu na fakt, że informacje te podlegają ochronie na zasadach przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Spełnione są bowiem wszystkie trzy przesłanki uzasadniające utrzymanie podanych informacji w tajemnicy przed konkurentami Remea Sp. z o.o. (...)

Odnosząc się zaś do zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Remea Sp. z o.o. Zamawiający w pełni zaprzecza dowolnym wywodom Odwołującego, które poparte zostały ogólnie opracowanymi, wybiórczymi kalkulacjami oferty oraz przedstawieniem rzekomo zaproponowanych Odwołującemu wycen niektórych elementów zamówienia za ceny wyższe niż oferuje konkurencja. To, że dane wyceny uzyskał Odwołujący nie oznacza jeszcze, że innych (korzystniejszych) wycen, tyle że w odróżnieniu od Odwołującego, popartych dowodami, nie mógł uzyskać wykonawca Remea Sp. z o.o. Wykonawca ten przedstawił rzetelnie opracowane wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierające szczegółowe, kompletne kalkulacje, uzasadnienie oraz wiarygodne dowody. Nie ma podstaw aby te wyjaśnienia kwestionować.

Wykonawca REMEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 16 listopada 2023 r. ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w**

**szczegółności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Uczestnika postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu jak również w odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 528 pkt 3) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Powyższe oznacza, że odwołanie nie będzie rozpoznawane przez Izbę merytorycznie. Co istotne Krajowa Izba Odwoławcza bada z urzędu, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania.

W świetle art. 515 ust. 1 pkt 1) lit a) odwołanie, w przypadku zamówień, których wartość przekracza progi unijne, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

W świetle powyższego, odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 8) w *petitum* odwołania okazało się spóźnione. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 oraz art. 18 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wbrew zasadzie jawności odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Remea Sp. z o.o. w odniesieniu do rażąco niskiej ceny. W toku postępowania Izba ustaliła, że: Odwołujący w dniu 19 października 2023 r. złożył wniosek o udostępnienie złożonych ofert wraz z załącznikami oraz całej korespondencji z Zamawiającym w ramach postępowania (np. wezwania Zamawiającego, informacje o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy i inne składane pisma) powstałej do dnia udostępnienia dokumentów (...).

Pismem z 20 października 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że udostępni oferty wraz z załącznikami (...). W punkcie 2) pisma Zamawiający wskazał, że nie udostępni wyjaśnień przekazanych przez REMEA Sp. z o.o., które to wyjaśnienia zostały przez Wykonawcę objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Co za tym idzie, termin na zaskarżenie czynności Zamawiającego upłynął 30 października 2023 r.

Wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 6) ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 514 ustawy Pzp:

1. Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby.
2. Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
3. Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przytoczony wyżej przepis wskazuje w jakiej formie odwołanie powinno zostać przekazane zamawiającemu, nie ograniczając sposobu przekazania odwołania lub kopii odwołania. Określa jedynie, że przekazanie odwołania lub kopii odwołania ma nastąpić przed upływem terminu na wniesienie odwołania i zapewnić możliwość zapoznania się zamawiającego z jego treścią. Ust. 3 art. 514 ustawy Pzp wynika wprost, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia jeżeli przekazanie (...) nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Dalej, przez środki komunikacji elektronicznej (zgodnie z art. 7 pkt 23) ustawy Pzp) należy rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zgodnie z art. 2 pkt 5) wskazanej wyżej ustawy środki komunikacji elektronicznej to *rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną*. (podkreślenie własne)

Przede wszystkim nie można zapomnieć, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem. Izba wskazuje, że przesłanki odrzucenia odwołania, jako przepisy o charakterze restrykcyjnym, podlegają wykładni ścisłej. Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego przepis nie wskazuje, że odwołanie ma być przekazane wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu oraz w SWZ.

Nie można tracić z pola widzenia, że bardzo często odwołania w imieniu wykonawców wnoszone są przez profesjonalnych pełnomocników (radców prawnych, adwokatów). Nie ma uzasadnionych podstaw, zarówno faktycznych, jak i prawnych, aby wymagać od profesjonalnych pełnomocników logowania/rejestracji na platformie zakupowej zamawiającego celem przesłania odwołania lub kopii odwołania.

Co równie istotne, z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający odwołanie otrzymał, zapoznał się z jego treścią

i przekazał pozostałym wykonawcom.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę REMEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny:***

Stan faktyczny pomiędzy Stronami w dużej mierze nie był sporny, wobec czego w tym zakresie wskazane okoliczności Izba uznała za ustalone na zasadzie przepisów art. 533 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl art. 533 ust. 1 ustawy Pzp nie wymagają dowodów fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Poza sporem było w szczególności, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rekultywacja wraz z remediacją terenu zlokalizowanego w Policach przy ul. Kamiennej z nadaniem nowych wartości użytkowych związanych ze zwiększeniem powierzchni biologicznie czynnej.

W formularzu ofertowym w punkcie XI. Informacje dodatkowe, Zamawiający wymagał od wykonawców wpisania m.in.: „Ceny oferty netto” oraz „Należny podatek VAT”. Uczestnik postępowania w wierszu „Należny podatek VAT” wpisała liczbę 8,00. Nadto, Uczestnik postępowania w punkcie VIII. Kryteria oceny ofert wskazał cenę brutto.

Z kolei w punkcie IX. Obowiązek podatkowy należało wskazać, zaznaczając odpowiednio TAK lub NIE, czy wybór oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Uczestnik postępowania zaznaczył odpowiedź TAK. W drugim wierszu należało wskazać nazwę i wartość towaru lub usługi, której dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego – Uczestnik postępowania nie uzupełnił wskazanego wiersza.

Strony nie kwestionowały również faktu wezwania Uczestnika postępowania do wyjaśnienia treści oferty oraz rażąco niskiej ceny, jak również zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Kwestią sporną było czy należało załączyć do oferty wykaz doświadczenia kadry, którą dysponuje wykonawca. Postanowienia w tym zakresie mieszczą się w Rozdziale 14 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, pkt 14.2 ppkt 2 (kryterium doświadczenia kadry) SWZ, jak również w Rozdziale 5 Dokumenty wymagane przez Zamawiającego, które należy dołączyć do oferty, w Rozdziale 11 Opis sposobu przygotowania ofert pkt 11.6, w Rozdziale 4 pkt 4.5 Podmiotowe środki dowodowe. Treść powyższych postanowień została przytoczona w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego, gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważyć ich wiarygodność i moc dowodową.

***Izba zważyła, co następuje:***

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Tytułem wstępu, art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania.

Izba wskazuje również, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów.

Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.

Nie jest rzeczą Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

**Zarzut nr 1)** – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z przepisami ustawy.”

Odwołujący nie wskazał na czym ta niezgodność polega i z jakimi przepisami ustawy oferta Uczestnika postępowania jest niezgodna. Warto przypomnieć, że konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w petitum naruszenia prawa. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

**Zarzut nr 2)** – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia oraz **Zarzut nr 4)** – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny

Izba połączyła ww. przytoczone zarzuty. Odwołujący na potwierdzenie zasadności zarzutu oznaczonego nr 2) i nr 4) w petitum odwołania przywołują tożsamą argumentację.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący nie wskazał na czym ta niezgodność polega, z którymi konkretnie warunkami zamówienia oferta Uczestnika postępowania jest niezgodna, w jakim zakresie. Jak już wyżej wskazano, konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w petitum naruszenia prawa. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.”

Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp mamy do czynienia m.in. gdy wykonawca wskaże nieprawidłową stawkę VAT jak również wtedy, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Co za tym idzie dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna.

W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić.

Przedkładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie zasługują na aprobatę. Podanie podatku VAT w postaci liczby 8,00 jest oczywistą omyłką, widoczną na pierwszy rzut oka, nie budzącą żadnych wątpliwości. Podkreślić należy, że Uczestnik postępowania wskazał w formularzu cenę netto oraz cenę brutto.

Sam fakt, że Uczestnik postępowania wskazał stawkę podatku (notabene prawidłową), a nie kwotę podatku nie może skutkować odrzuceniem jego oferty. Biorąc pod uwagę rangę instytucji odrzucenia oferty i konsekwencje, jakie może przynieść jej nieprawidłowe zastosowanie, zamawiający obowiązany jest przykładać należytą staranność i rzetelność w jej stosowaniu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający słusznie przyjął, że wpisanie w punkcie XI cyfry 8,00 stanowi nieistotną omyłkę pisarską.

Co ciekawe, z jednej strony Odwołujący na rozprawie twierdzi, że: *z formularza ofertowego powinno jasno wynikać jaka jest cena. Trudno zrozumieć z jakiego powodu zamawiający ma ustalać prawidłowość danych i domyślać się, która z podanych wartości jest tą prawidłową.* Z drugiej strony, Odwołujący bez problemu wskazał w uzasadnieniu odwołania cenę netto oferty Uczestnika postępowania. Powyższe potwierdza niesłuszność stawianych zarzutów.

**Zarzut nr 3)** – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz **Zarzut nr 9)** – naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remea Sp. z o.o. pomimo tego, że wyjaśnienia tego wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie rażąco niskiej ceny

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie

*uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu."*

W ocenie Izby za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Odwołującego dotyczące rozkładu ciężaru dowodu. Zgodnie z art. 537 ustawy PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Pamiętaj jednak należy, że szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Dysproporcja cen oferowanych przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską. Fakt zaferowania nawet ceny niskiej nie można w żaden sposób utożsamiać z ceną rażąco niską. Różnice w cenach ofert są codziennością w zamówieniach publicznych, podobnie jak szacunek wartości zamówienia dokonywany przez zamawiającego.

Odwołujący nie znał treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Uczestnika postępowania, zatem samo wskazanie, w ciemno, że *wyjaśnienia tego wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie rażąco niskiej ceny* jest niewystarczające do uwzględnienia zarzutu w tym zakresie. Odwołujący w ww. zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji.

Uczestnik postępowania złożył wyjaśnienia, w których wskazał sposób wyliczenia ceny. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są konkretne, spójne, logiczne i szczegółowe.

Faktem jest, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy jednak o rażąco niskiej cenie jednego z tych wykonawców oraz o cenie rynkowej drugiego z nich. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia. Powyższe świadczy ostatecznie o niezasadności zarzutów postawionych przez Odwołującego.

Twierdzenia Odwołującego, że *zaferowanie tak niskiej ceny mogłoby być jedynie w wypadku, gdyby Uczestnik postępowania przekwalifikował odpad niebezpieczny na inny, np. poprzez przepłukiwanie gruntu na miejscu, co byłoby niezgodne z decyzją Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska* nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę. W tym zakresie zarzutów Odwołujący nie postawił. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Zarzut nr 5) – naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) i 3) PZP poprzez poprawienie rzekomej omyłki w ofercie Remea Sp. z o.o. polegającej na wskazaniu, że wybór oferty doprowadzi do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego, pomimo tego, że dokonano w ten sposób zmiany oferty**

Art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp stanowi, że: „*Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*”

Wykonawca, składając ofertę, jest zobowiązany poinformować zamawiającego, czy wybór jego oferty doprowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Powyższe oświadczenie ma wyłącznie charakter informacyjno-pomocniczy i nie wpływa na ostateczne ukształtowanie obowiązku podatkowego. Ustawodawca nie przewidział sankcji za niewykonanie wskazanego wyżej obowiązku informacyjnego przez wykonawcę. Podkreślić należy, że ww. informacja nie stanowi treści oferty i nie ma wpływu na wykonanie przedmiotu zamówienia. Pozwala jedynie na ustalenie, na kim spoczywa obowiązek rozliczenia podatku VAT.

**Zarzut nr 6) – naruszenie art. 223 ust. 1 PZP poprzez niezasadne wezwanie wykonawcy Remea Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień oferty**

Art. 223 ust. 1 ustawy 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*”

Izba w pełni podziela argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, wobec czego za zbędne należy uznać jej powtarzanie

**Zarzut nr 7) – naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp poprzez złamanie zasady uczciwej konkurencji wyrażające się w dopuszczeniu do uzupełnienia oferty Remea Sp. z o.o. o brakujące wcześniej dane będące podstawą punktacji oferty**

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*”

Odwołujący nie wskazał, ani nie uzasadnił, na czym to naruszenie miałyby polegać. Warto przypomnieć, że konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w petitum naruszenia prawa.

Odwołujący nie wskazał jakie rzekomo brakujące wcześniej dane będące podstawą punktacji zostały uzupełnione przez Uczestnika postępowania. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

**Zarzut nr 10)** – naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) i ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, które nie została oceniona zgodnie z przepisami ustawy i która powinna być odrzucona oraz która nie zapewnia najlepszej jakości usług i najlepszych efektów w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi: „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”

Naruszenie przez zamawiającego art. 239 ust 1 ustawy Pzp ma miejsce wtedy, gdy zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty nie stosuje, lub stosuje w sposób nieprawidłowy kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca.

Odwołujący nie wskazał, ani nie uzasadnił, na czym to naruszenie miałyby polegać. Warto przypomnieć, że konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w petitum naruszenia prawa. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

**Przewodnicząca:**