

WYROK

z dnia 14 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **12 lipca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **30 czerwca 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Inżynieria Wodna Projektowanie i Wykonawstwo M.S., Lemierzyc** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymania wód w obszarze działania Zarządu Zlewni w Gorzowie Wlkp.* (PO.ROŻ.2710.19.2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu w częściach zamówienia nr 3 i 4 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie dokonanie następujących czynności:

- 1) w części nr 3 i 4 – zawiadomienia Odwołującego o poprawie jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), polegającej na wycieszeniu dla poszczególnych pozycji cen jednostkowych i wartości z narzutami na podstawie danych zawartych w kosztorysach ofertowych, bez dokonywania zmiany ceny oferty;
- 2) w części nr 4 – odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Usług Melioracyjnych M.M. z Gorzowa Wielkopolskiego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniły ceny podanej w tej ofercie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

- 1) zaliczyć w poczet tych kosztów kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;**
- 2) **zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18879 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom tego postępowania poniesionym przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów jego dojazdu na posiedzenie oraz opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu [dalej: „Zamawiający”] prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymania wód w obszarze działania Zarządu Zlewni w Gorzowie Wlkp.* (PO.ROŻ.2710.19.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 31 marca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_65 pod poz. 192598.

Wartość przedmiotowego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

20 czerwca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu m.in. w częściach nr 3 i 4, w tym o odrzuceniu w tych częściach zamówienia oferty złożonej przez Inżynierię Wodną Projektowanie i Wykonawstwo M.S. z Lemierzyc.

30 czerwca 2023 r. Inżynieria Wodna Projektowanie i Wykonawstwo M.S. z Lemierzyc {dalej: „IWPIW” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, a także od zaniechania dokonania innych czynności w prowadzonym postępowaniu w tych dwóch częściach zamówienia.

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

1. Art. 223 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie obligatoryjnej poprawy w ofercie IWPIW innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści tej oferty.
2. Art. 223 ust. 2 pkt 2 – przez zaniechanie obligatoryjnej poprawy w ofercie IWPIW omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści tej oferty [zarzut ewentualny w stosunku do zarzutu z pkt 1.]
3. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez odrzucenie oferty IWPIW, pomimo że jej teść oferty nie jest niezgodna z warunkami tego zamówienia odnośnie sposobu obliczenia ceny.
4. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Usług Melioracyjnych M.M. {dalej również: „ZUM”}, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że tak nie jest [zarzut dotyczący tylko części nr 4].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty IWPIW.
3. Poprawienia w ofercie IWPIW innej omyłki [alternatywnie omyłki rachunkowej].
4. Odrzucenia oferty ZUM [żądanie dotyczące tylko części nr 4].

Z uzasadnienia odwołania wynika w szczególności następujące sprecyzowanie powyższych zarzutów i żądań.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów, czyli zarzutów nr 1 i 2}

{okoliczności faktyczne wynikające z uzasadnienia odwołania}

Zgodnie pkt 6.3 SWZ dla każdej części, na którą składana jest oferta, należało sporządzić uproszczony kosztorys ofertowy.

Brzmienie pkt 6.5 SWZ:

Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarach robót”, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe, które stanowią będą załączniki do oferty, według następujących zasad:

a) W celu obliczenia ceny oferty należy wykonać kosztorys ofertowy w formie kosztorysu uproszczonego, z wyszczególnieniem opisu zgodnego z „Przedmiarem robót” stanowiącym załącznik do SWZ, ilości przedmiarowej, jednostki miary, ceny jednostkowej oraz wartości stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej. Zamawiający zastrzega sobie prawo, na każdym etapie postępowania, zażądać od Wykonawcy przedstawienia dla każdej pozycji kosztorysowej – kalkulacji wykonanej metodą szczegółową.

b) Wszystkie pozycje w kosztorysie muszą zawierać cenę jednostkową łącznie z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami.

c) Cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z przedmiarem robót i opisem zamówienia.

d) Wykonawca zobowiązany jest wskazać w kosztorysach ofertowych wysokość czynników cenotwórczych jakie zastosował przy obliczaniu wartości kosztorysu (stawka roboczegodziny, koszty pośrednie w %, zysk w %).

(...)

IWPIW złożył wraz z ofertą kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe, wartości, globalne narzuty (koszty pośrednie, zysk, stawkę VAT), stawkę roboczegodziny, informacje o nakładach robocizny, sprzętu itp. O ile ceny jednostkowe i wartości zostały podane jako bezpośrednie, czyli bez narzutów, o tyle wysokość procentowa tych ostatnich została określona zbiorczo w podsumowaniu.

20 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty IPIW na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, co następująco uzasadnił:

Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w zakresie części 1, 2, 3, 4, 5. Wykonawca wraz z ofertą złożył kosztorysy ofertowe dla części 1, 2, 3, 4, 5, w których ceny jednostkowe oraz poszczególne wartości nie zawierają narzutów.

Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi zapisami pkt 6 treści SWZ – Opis sposobu obliczania ceny:

„6.5. Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarach robót”, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe, które stanowią będą załączniki do oferty, według następujących zasad:

b) Wszystkie pozycje w kosztorysie muszą zawierać cenę jednostkową łącznie z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami”

Uzasadnienie prawne:

art. 226 ust.1 pkt. 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.): 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”

{okoliczności prawne wynikające z uzasadnienia odwołania}

[Po przytoczeniu brzmienia art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 16 ustawy pzp] Odwołujący wyraził pogląd, że przepisy te mają zapobiegać odrzucaniu ofert z powodu drobnych formalnych omyłek co do na przykład formy prezentacji jakichś elementów oferty, jeżeli omyłki te nie mają istotnego wpływu na treść oferty wykonawcy.

Jak wskazuje się w doktrynie: „Obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp., jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki: 1) polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, 2) nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Spełnieniem warunku pierwszego, tj. niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, przy literalnej wykładni przepisu będzie niezgodność zarówno co do treści, jak i co do formy (...) Poprawiane są wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc a priori, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty” (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 223) [cytat z odwołania].

Odwołujący podniósł, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, poprawa każdej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 ustawy pzp, jest obowiązkiem zamawiającego [w odwołaniu wskazano na trzy wyroki Izby i przytoczono fragmenty ich uzasadnień].

Zasada proporcjonalności powinna znajdować jak najszersze odzwierciedlenie w działaniach Zamawiającego na wszystkich etapach postępowania. Podejmowane przez Zamawiającego działania, zgodnie z zasadą proporcjonalności, powinny prowadzić do określonego celu, czyli udzielenia zamówienia. Działania te również powinny być niezbędne, to znaczy podejmowane wówczas, kiedy celu nie da się osiągnąć innymi lepszymi sposobami. Wreszcie działania te powinny w jak najmniejszym stopniu ograniczać interesy wykonawców oraz nakładać na wykonawców jak najmniejsze obciążenia (zob. Wiktorowski A. [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 132). O proporcjonalności wymogów stawianych wykonawcom przez zamawiającego należy mówić właśnie wtedy, kiedy tok postępowania zostanie w ten sposób ukształtowany, by wszyscy wykonawcy, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia mieli możliwość wzięcia udziału w postępowaniu (zob. Stachowiak M. [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16, s. 157) [cytat z odwołania].

Zasada równego traktowania wykonawców została wyrażona w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i wywodzi się ona z traktatowej zasady niedyskryminacji. Głównym założeniem tej zasady jest nakaz jednakowego traktowania wykonawców bez względu na kraj pochodzenia, formę organizacyjną i jej wielkość, czy miejsce prowadzenia działalności gospodarczej. Innymi słowy oznacza to, że wykonawcy, którzy są w tej samej lub podobnej sytuacji muszą być traktowani tak samo. Zasada równego traktowania ma zastosowanie na każdym etapie prowadzenia postępowania oraz odnosi się zarówno do zagwarantowania równych szans w uzyskaniu zamówienia oraz do możliwości złożenia korzystniejszej oferty (zob. Wiktorowski A. [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16, s. 128) [cytat z odwołania].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, jak to poniżej zacytowano.

W niniejszym przypadku doszło do tego typu omyłki. Wykonawca zawarł wszystkie wymagane w kosztorysie ofertowym informacje, lecz przedstawił je w inny sposób niż wymagany. Poszczególne pozycje w kosztorysie powinny być skonstruowane w następujący sposób: (cena jednostkowa 1 bezpośrednia x narzuty) + (cena jednostkowa 2

bezpośrednia x narzuty) + (cena jednostkowa 3 bezpośrednia x narzuty) itd. i w analogiczny sposób powinny być skonstruowane wartości w kosztorysie: (wartość 1 bezpośrednia x narzuty) + (wartość 2 bezpośrednia x narzuty) + (wartość 3 bezpośrednia x narzuty) itd.

Tymczasem Odwołujący, ze względu na inne ustawienia programu do kosztorysowania, popełnił omyłkę „wyłączając przed nawias” narzuty, które miały taką samą wartość dla całego kosztorysu i które były w tym kosztorysie wyraźnie wskazane. Tym samym Odwołujący przedstawił powyższe informacje w następujący sposób: (cena jednostkowa 1 bezpośrednia + cena jednostkowa 2 bezpośrednia + cena jednostkowa 3 bezpośrednia itd.) x narzuty i analogicznie dla wartości: (wartość 1 bezpośrednia + wartość 2 bezpośrednia + wartość 3 bezpośrednia itd.) x narzuty

Jest więc zupełnie oczywiste, że działania matematyczne:

- 1) (cena jednostkowa 1 bezpośrednia x narzuty) + (cena jednostkowa 2 bezpośrednia x narzuty) + (cena jednostkowa 3 bezpośrednia x narzuty) itd.
- 2) (cena jednostkowa 1 bezpośrednia + cena jednostkowa 2 bezpośrednia + cena jednostkowa 3 bezpośrednia itd.) x narzuty

dają identyczny wynik mimo różnej prezentacji treści.

Z kosztorysów ofertowych przedstawionych przez Odwołującego wynika, jakie ceny jednostkowe bezpośrednie i wartości bezpośrednie bez narzutów przyjął Odwołujący. Z kosztorysu wynika też, jaką wartość narzutów podaną w procentach należy doliczyć do każdej pozycji jednostkowej bezpośredniej i tym samym otrzymać ceny jednostkowe z narzutami oraz łącznie wartość pozycji z narzutami.

Przykładowo, dla części numer 3 Odwołujący przygotował kosztorys ofertowy numer 3, który zawiera kosztorys dla zadania „Łęcza” (plik: „kosztorys_czes___3_str.1-sig”), w którym jest między innymi pozycja lp. 1 „Mechaniczne wykoszenie porostów ze skarp”. Odwołujący wskazał dla tej pozycji cenę jednostkową bezpośrednią 0,18 zł i wartość łączną bezpośrednią 627,90 zł. Zgodnie z informacjami podanymi na końcu kosztorysu do ceny jednostkowej bezpośredniej i łącznej wartości bezpośredniej należy doliczyć narzuty w postaci kosztów pośrednich w wysokości 30% kosztów robocizny i sprzętu, a następnie do tak uzyskanej kwoty należy doliczyć zysk w wysokości 5% kosztów robocizny i kosztów pośrednich robocizny oraz kosztów sprzętu i kosztów pośrednich sprzętu. W ten sposób otrzymamy wysokość ceny jednostkowej i łącznej wartości wraz z narzutami.

Obliczenia więc przebiegają w następujący sposób:

627,90 zł [podana przez Odwołującego łączna wartość bezpośrednia] x 30% [podana przez Odwołującego stawka kosztów pośrednich] = 188,37 zł [obliczona wartość kosztów pośrednich]

627,90 zł [podana przez Odwołującego łączna wartość bezpośrednia] + 188,37 zł [obliczona wartość kosztów pośrednich] = 816,27 zł [obliczona wartość bezpośrednia powiększona o koszty pośrednie]

816,27 zł [obliczona wartość bezpośrednia powiększona o koszty pośrednie] x 5% [podana przez Odwołującego stawka zysku] = 40,81 zł [obliczona wartość zysku]

816,27 zł [obliczona wartość bezpośrednia powiększona o koszty pośrednie] + 40,81 zł [obliczona wartość zysku] = 857,08 zł [obliczona wartość powiększona o wszystkie narzuty]

Analogiczne obliczenia dotyczą cen jednostkowych.

Informacje te zostały wyraźnie i jednoznacznie wskazane w kosztorysie ofertowym. Sposób przeprowadzenia tych obliczeń nie budzi żadnych wątpliwości i jest możliwy do przeprowadzenia tylko w jeden sposób.

Jak widać wykonanie tych działań jest oczywiste, nie budzi żadnych wątpliwości i nie wpływa w żaden sposób na wysokość ceny oferty Odwołującego, ani na jej merytoryczną treść. W celu wykazania, że powyższe działanie jest możliwe do wykonania i nie wpływa w żaden sposób na cenę oferty Odwołujący przygotował uzupełnione już kosztorysy ofertowe dla części numer 3 i części numer 4, który stanowią załącznik do niniejszego pisma.

(...)

Tym samym poprawa omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Wszystkie istotne dane (ceny jednostkowe bezpośrednie, wartości bezpośrednie, globalne narzuty (koszty pośrednie, zysk, stawka VAT), stawka roboczogodzinowa, informacja o nakładach robocizny, sprzętu) zostały przez Odwołującego wskazane w kosztorysach ofertowych. Jedynym zaniedbaniem Odwołującego była prezentacja danych w taki sposób, że ceny jednostkowe były podane bezpośrednio (bez narzutów), a narzuty wyłączone przed nawias.

Dokonując poprawy omyłki nie dochodzi do wytworzenia nowej treści oferty lub też do modyfikacji merytorycznej treści oferty, lecz do zaprezentowania danych podanych już wcześniej przez Odwołującego w sposób wymagany przez Zamawiającego.

{ad pkt 4. listy zarzutów, czyli zarzutu nr 4}

{okoliczności faktyczne wynikające z uzasadnienia odwołania}

Cena oferty ZUM: 275.821,93 zł (netto).

Pismem z 31 maja 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ustawy pzp wezwał ZUM do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, w tym wskazał, że żąda: 1) przedstawienia dowodów, 2) przedstawienia kalkulacji zawierającej robociznę, ceny materiałów, koszty sprzętu, narzuty kosztów pośrednich, ceny zakupu materiałów i zysk dla każdej pozycji, 3) wyjaśnień w zakresie: a) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przy czym Zamawiający określił graficznie w wezwaniu, że wymaga, aby kalkulacja zawierała co najmniej następujące składniki cenotwórcze dla każdej pozycji kosztorysu: 1) robociznę, 2) ceny materiałów; 3) koszty sprzętu, 4) narzuty kosztów pośrednich, 5) ceny zakupu materiałów, 6) zysk.

ZUM udzielił odpowiedzi pismem z 2 czerwca 2023 r.

W części opisowej wyjaśnień znajdują się ogólne informacje dotyczące wykonawcy, takie jak np. [poniżej cytat z odwołania wraz z krytycznym komentarzem Odwołującego]:

1) „Wykonawca oświadcza, że jest firmą lokalną, posiada ponad trzydziestoletnie doświadczenie w branży melioracyjnej, posiada doskonałą znajomość terenu, zna specyfikę realizacji wykonania zadania”.

– Wykonawca jednak w żaden sposób nie wyjaśnia, jaki jest dokładny wymiar oszczędności, jakie wygeneruje z tego tytułu.

2) „Wykonawca oświadcza, że wszystkie koparki posiadają nie np. łyżki, są to łyżki do hakowania robione na zamówienie o szerokości 3m co znacznie zwiększa wydajność prac i wpływa na zmniejszenie kosztów np. paliwa, czasu pracy”.

– Nie wiadomo jednak, w jaki sposób posiadanie tych maszyn wpływa kwotowo lub procentowo na możliwość obniżenia ceny.

3) „Wykonawca oświadcza, że posiadany sprzęt jest renomowanych firm, charakteryzuje się dużą wydajnością prac przy niskich kosztach eksploatacji”.

– Również nie wiadomo jednak, w jaki sposób posiadanie tych renomowanych maszyn wpływa kwotowo lub procentowo na możliwość obniżenia ceny.

4) „Wykonawca oświadcza, że w roku ubiegłym jak i w latach poprzednich realizował podobne zamówienia za podobną wartość wykonania robót/ prot. odbioru prac”.

– Wykonawca nie wyjaśnił jednak, jak realizacji poprzednich podobnych zamówień wpływa na możliwość obniżenia ceny przez tego wykonawcę w tym postępowaniu. Każde zamówienie jest inne, ma inny zakres, a więc nie można dokonywać takich porównań.

5) „Wykonawca oświadcza, że jest emerytem i opłaca składkę zdrowotną do ZUS, oszczędność miesięczna to około 2 tys. zł plus emerytura 3200 zł co daje miesięcznie ok. 5 tys.”.

– Nie jest do końca zrozumiałe, w jaki sposób opłacanie składki zdrowotnej do ZUS i pobieranie emerytury wpływa na możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia.

Wykonawca nie wyjaśnił w jakim zakresie i na jakiej podstawie prawnej uzyskuje wspomniane oszczędności.

Ponadto, zupełnie niezrozumiałe jest, w jaki sposób wykonawca przyjął oszczędność w kwocie 2 000 zł. Być może wykonawca zmierzał do wykazania, że jako emeryt może, ale nie musi opłacać składki na ubezpieczenia społeczne. Jednak wysokość składek na ubezpieczenia społeczne dla przedsiębiorców to obecnie kwota 1418,48 zł (łącznie z fakultatywnym ubezpieczeniem chorobowym). Oszczędności są więc niższe niż zakłada wykonawca.

Dodatkowo wskazuję, że nie można uwzględnić wyjaśnień wykonawcy w zakresie uzyskiwania emerytury. Po pierwsze nie jest możliwe finansowanie kosztów zamówienia z innych źródeł. Skoro Wykonawca musi przeznaczać na realizację zamówienia swoje zewnętrzne środki, to znaczy, że cena w skazana w ofercie przez wykonawcę nie jest wystarczająca na realizację zamówienia, pokrycie wszystkich kosztów i osiągnięcie zysku.

Co więcej, wykonawca zapomina, że zgodnie z art. 104 ust. 1, 7 i 8 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 504 z późn. zm.):

„1. Prawo do emerytury lub renty ulega zawieszeniu lub świadczenia te ulegają zmniejszeniu, na zasadach określonych w ust. 3-8 oraz w art. 105, w razie osiągnięcia przychodu z tytułu działalności podlegającej obowiązkowi ubezpieczenia społecznego, o której mowa w ust. 2 oraz z tytułu służby wymienionej w art. 6 ust. 1 pkt 4 i 6.

7. Prawo do emerytury, renty z tytułu niezdolności do pracy oraz renty rodzinnej, do której uprawniona jest jedna osoba, ulega zawieszeniu w razie osiągnięcia przychodu w kwocie wyższej niż 130% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia za kwartał kalendarzowy, ostatnio ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

8. W razie osiągnięcia przychodu w kwocie przekraczającej 70% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia za kwartał kalendarzowy, ostatnio ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, nie wyżej jednak niż 130% tej kwoty, świadczenie ulega zmniejszeniu o kwotę przekroczenia, nie większą jednak niż kwota maksymalnego zmniejszenia obowiązująca w dniu 31 grudnia 1998 r. w wysokości 24% kwoty bazowej obowiązującej przy ostatniej waloryzacji w 1998 r. – dla emerytury lub renty z tytułu całkowitej niezdolności do pracy (...).”

Zgodnie z komunikatem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 11 maja 2023 r. w sprawie przeciętnego wynagrodzenia w pierwszym kwartale 2023 r.: „Na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 504, 1504 i 2461) ogłasza się, że przeciętne wynagrodzenie w pierwszym kwartale 2023 r. wyniosło 7124,26 zł”.

Tym samym 130% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia wynosi 9261,54 zł. Jeżeli wykonawca osiągnie przychód (przychód w rozumieniu przepisów dotyczących systemu ubezpieczeń społecznych) przekraczający tę kwotę, to prawo do emerytury zostanie zawieszone.

Zgodnie z rozdziałem 5 ust. 5.1 SWZ, termin realizacji zamówienia wynosi 13 tygodni dla części numer 4. Można przyjąć, że 13 tygodni to około 3 miesiące i 1 tydzień.

Zgodnie z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wykonawcy Zakład Usług Melioracyjnych MM planuje osiągnąć dochód (przychód w rozumieniu przepisów dotyczących systemu ubezpieczeń społecznych) w wysokości ok. 31000 zł.

Kwota 31000 zł podzielona na 3 miesiące i 1 tydzień daje wartość 9538 zł.

Oznacza to, że jeżeli Zakład Usług Melioracyjnych MM wykonywałby zamówienie wyłącznie w zakresie części numer 4, to jego prawo do emerytury zostałoby zawieszone. Oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza również w zakresie innych części, a ponadto nie można wykluczyć, że wykonawca realizuje również inne przedsięwzięcia, które przynoszą zysk.

Część wyjaśnień w zakresie kalkulacji sprowadza się do podania następujących informacji: „Część numer 4 – 297.887,68 Koszty ok. 245.000 zł Podatek VAT – 22.065,75 zł Planowany zysk ok. 31.000 zł” [cytat za odwołaniem].

Do wyjaśnień załączono dowody dotyczące należytego wykonania podobnego zamówienia, posiadanego sprzętu oraz upustu na paliwo.

{okoliczności prawne wynikające z uzasadnienia odwołania}

Odwołujący podniósł, jak to poniżej w skrócie wskazano.

Po pierwsze, że według stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji [w odwołaniu wskazano na dwa wyroki Izby i przytoczono fragmenty ich uzasadnień].

Po drugie, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody [w odwołaniu wskazano na trzy wyroki Izby i przytoczono fragmenty ich uzasadnień].

Po trzecie, że obowiązek doliczenia do kosztów wynagrodzenia również kosztów znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [w odwołaniu wskazano na dwa wyroki Izby i przytoczono fragmenty ich uzasadnień].

Przy czym w aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia pracodawca ponosi dodatkowo następujące koszty:

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

1) ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 423 ze zm.): a) art. 16 ust. 1 – składki na ubezpieczenia emerytalne pracowników finansują z własnych środków, w równych częściach, ubezpieczeni i płatnicy składek (zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 składka na ubezpieczenie emerytalne

wynosi 19,52% podstawy wymiaru); b) art. 16 ust. 1b – składki na ubezpieczenia rentowe osób, o których mowa w ust. 1 (pracowników), finansują z własnych środków, w wysokości 1,5% podstawy wymiaru ubezpieczeni i w wysokości 6,5% podstawy wymiaru płatnicy składek; c) art. 16 ust. 3 – składki na ubezpieczenie wypadkowe osób wymienionych w ust. 1 pkt 1 (pracowników) finansują w całości, z własnych środków, płatnicy składek;

2) ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1100): a) składka na Fundusz Pracy wynosząca 2,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 0,45% tej podstawy, finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę);

3) ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 7) – stopa procentowa składki na FGŚP wynosi 0,10% kwoty od której obliczane są składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę).

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

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

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, że złożone Przez ZUM wyjaśnienia z następujących powodów nie mogły być poczytane za prawidłowe uzasadnienie ceny jego oferty.

Po pierwsze, bo zawierają ogólne deklaracje, z których nie wynikają żadne możliwe do wychwycenia wartości ekonomiczne. Przy czym okoliczność pobierania emerytury nie tylko jest pozbawiona znaczenia dla uzasadnienia obniżenia ceny, ale jest niezgodna z rzeczywistością.

Po drugie, z uwagi na całkowite zignorowanie wezwania do przedstawienia szczegółowej kalkulacji dla każdej pozycji kosztorysu. Z przedstawionych jako kalkulacja generalnych danych (spośród których założony zysk i podatek VAT wynikały już z oferty) nie wynikają żadne uchwytnie informacje i wartości ekonomiczne, dzięki którym Zamawiający mógłby prześledzić przyjęty przez wykonawcę proces kosztorysowania, zakładane nakłady i koszty oraz ocenić ich prawidłowość.

Po trzecie, gdyż załączone dowody nie mają żadnego istotnego znaczenia. Wykonanie innego podobnego zamówienia w żaden sposób nie dowodzi tego, że wykonawca prawidłowo skalkulował cenę oferty w obecnym postępowaniu. Dowody na posiadany sprzęt mają jedynie znaczenie pomocnicze, gdyż większość wykonawców działających w branży dysponuje odpowiednim sprzętem i maszynami, więc nie jest to jakaś wyjątkowa okoliczność, która umożliwia wykonawcy znaczące obniżenie ceny. Podobnie wygląda kwestia z dowodem na posiadany rabat na paliwo.

W odpowiedzi na odwołanie z 11 lipca 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności z następujących powodów uznając je za niezasadne.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów, czyli zarzutów nr 1 i 2}

Zamawiający w szczególności jak to poniżej zacytowano odniósł się do kwestii poprawienia i odrzucenia oferty IWPIW.

(...) Wykonawca, w oparciu o ust. 6.5. b) SWZ, winien wskazać cenę jednostkową pod każdą z pozycji w kosztorysie już po narzutach, czyli cenę jednostkową plus koszty pośrednie plus zysk. Odwołujący zrobił to poprawnie dopiero w kosztorysie, który załączył do KIO. Jedynie co wskazał to podstawową cenę jednostkową bez zwiększenia jej o narzuty, co jest niezgodne z treścią SWZ. Odwołujący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie kierował pytań do Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności sposobu obliczenia ceny, co wskazuje, że zrozumiał wymagania stawiane przez Zamawiającego. Pomimo ograniczeń programowych mógł podać żądane wartości, tak jak uczynił to w kosztorysie załączonym w odwołaniu do KIO.

Zgodnie z ust. 6.6. SWZ brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji w kosztorysie ofertowym spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SWZ.

Kosztorysy złożone w postępowaniu przez Odwołującego nie spełniały warunków SWZ w punkcie 6.5 b) w związku z czym złożona oferta nie spełniała wymogów postępowania.

(...)

(...) Treść oferty to oferowany przedmiot zamówienia oraz jego wielkość lub zakres. W przypadku formy wynagrodzenia kosztorysowego za treść oferty uznaje się również kosztorys ofertowy (wyceniony przedmiar robót), gdyż na podstawie kosztorysu ofertowego wykonawca dokonuje wyliczenia wynagrodzenia oraz składa oświadczenie woli potwierdzające przewidziany do wykonania zakres prac.

Złożony wraz z formularzem ofertowym kosztorys ofertowy jest dokumentem, za pomocą którego wykonawca akceptuje wielkość lub zakres przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, to niezgodność treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych lub projektu budowlanego stanowiących treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji warunków zamówienia, stanowi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazanie w SWZ, w przypadku przyjęcia w umowie wynagrodzenia kosztorysowego, że wykonawca wraz z formularzem oferty składa wyceniony przedmiar robót budowlanych oznacza, że sposób wyceny przedmiaru prac stanowi ustalony przez zamawiającego sposób obliczenia ceny.

Odwołujący opiera swoje odwołanie na zarzucie naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., który brzmi: (...) Przepis ten budzi wątpliwości interpretacyjne, gdyż trudno jest jednoznacznie określić na czym mogą polegać nieistotne zmiany w treści umowy nie będąc równocześnie oczywistymi omyłkami pisarskimi i oczywistymi omyłkami rachunkowymi, gdyż te jako wymienione przez ustawodawcę w osobne pozycji nie mogą być tożsame z „innymi omyłkami”. Jednakże wspólną cechą jest określenie, iż jest to również „omyłka” jakiej dopuścił się wykonawca w składanej ofercie. Będzie to niedokładność spowodowana niezawinionym błędem osoby lub urządzenia technicznego, np. programu komputerowego. Omyłką w tym znaczeniu nie będzie celowe, chociażby wynikające z niewiedzy działanie człowieka.

Omyłki, o których mowa art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Ich poprawa winna mieć charakter czysto techniczny a nie wynikający z nowego oświadczenia woli składającego ofertę.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 maja 2010 r., za sygn. akt: KIO 780/10, nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę w treści oferty będącej oświadczeniem woli wykonawcy, braku wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej oraz wartości pozycji z narzutami uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie cen jednostkowych wraz z narzutami i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem powołanej regulacji nie jest poprawianie wszystkich braków i błędów oferty, lecz umożliwienie zamawiającemu poprawienie niektórych omyłek w treści oferty niepowodujących istotnych zmian w jej treści.

Tymczasem w załączonym do odwołania przez Odwołującego kosztorysie ofertowym, wprowadzone zmiany powodują istotne zmiany w treści oferty, Odwołujący się wprowadza nowe dane, których w ogóle nie uwzględnił w poprzednim kosztorysie, tj. koszt robocizny (ilość/cena jednostkowa/wartość- s. 3 załączonego do odwołania kosztorysu) oraz wskazuje cenę jednostkową/ilość/wartość prac wykonanych za pomocą: koparki z hakownicą, ciągnika z rębakiem, kosiarki zawieszanej na ciągniku, ciągnika kołowego- str. Nr 5 wskazanego kosztorysu. Odwołujący uzupełnia kosztorys również o brakujące narzuty, których wyliczenia w ogóle nie wykonał. Znamienne jest to, że Odwołujący znając ograniczenia programu, świadomie zaniechał wyliczenia i podania brakujących elementów oferty. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać w wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy, a ten w niniejszej sprawie przyznał, że pominął omawiane pozycje, ze względu na to, że nie obejmował ich użyty do tego program. Na podkreślenie zasługuje to, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców korzystania, przy sporządzaniu treści oferty z konkretnych programów, to Odwołujący decydował o tym jaki program wybierze i mając wiedzę o jego ograniczeniach zaniechał uzupełnienia danych oferty wymaganych warunkami zamówienia. Brak wskazania cen z narzutami, wyliczenia kosztów robocizny, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w pojęciu „innej omyłki”. Brak wyceny wszystkich pozycji kosztorysu nie tylko utrudnia, ale może także uniemożliwić prawidłowe rozliczenie wykonania umów, w szczególności przy różnicach powierzchniowych, na których wykonywane będą prace, których określenie ceny nastąpi na podstawie zaprezentowanych kosztorysów.

(...)

{ad pkt 4. listy zarzutów, czyli zarzutu nr 4}

Zamawiający zrelacjonował treść wyjaśnień złożonych przez ZUM 2 czerwca 2023 r., jak to poniżej zacytowano.

(...) W piśmie tym Wykonawca oświadczył, że posiada trzydziestoletnie doświadczenie w branży melioracyjnej, posiada doskonałą znajomość terenu, zna specyfikę realizacji wykonania zadania, położenie miejsca wykonywania działalności gospodarczej Wykonawcy znajduje się w pobliżu miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, co znacznie obniża koszty transportu, pracownicy zatrudniani przez Wykonawcę również zamieszkują lokalnie- co obniża koszty w zakresie zakwaterowania pracowników, delegacji, dojazdów do pracy, transportu maszyn i innego sprzętu. Wykonawca oświadczył, że wszyscy pracownicy, biorący udział w wykonaniu zamówienia będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, w pełnym wymiarze czasu i na cały okres realizacji zamówienia, z zachowaniem aktualnych regulacji prawnych, w szczególności w zakresie minimalnego wynagrodzenia. Ponadto podał, że posiada własne maszyny do robót ziemnych, co udowodnił załączonymi fakturami, przedstawił wiarygodne wyliczenie oszczędności wynikających z posiadania własnego sprzętu – na ok. 14-16 tysięcy zł miesięcznie. Wykonawca oświadczył, że dojazd do kanałów dla części 3,4,5 znajduje się 3 km od jego bazy sprzętowej. Ponadto posiada on koparkę long o zasięgu 17 metrów pozwalającą na wykonanie prac po obu stronach kanału jednocześnie, a także koparki o niestandardowych, 3-metrowych łyżkach, co podwaja wydajność pracy, skraca czas wykonania zamówienia, obniża koszty paliwa i roboczogodzin. Sprzęt posiadany przez Wykonawcę jest renomowanych firm, charakteryzuje się dużą wydajnością i niskimi kosztami eksploatacji, jest serwisowany i w pełni dyspozycyjny. Oszczędności wynikają z szybszego wykonania usługi, dużej ilości sprawnego i dostosowanego do prac sprzętu, w tym specjalnie zaprojektowanych łyżek, podwajających wydajność pracy, wieloletniego doświadczenia pracowników wykonujących tą pracę, użyciu ciągników z kosiarką bijakową do wykaszania skarp kanałów (zastępujących pracę 5-6 osób) – tu Wykonawca wykazał, że praca jednego pracownika dziennie do koszt ok. 240 zł brutto (30 zł brutto/h x 8 h), co przy 6 osobach daje koszt ok. 1440 zł brutto dziennie, a w skali miesiąca ok. 30.000,00 zł oszczędności. Wykonawca posiada dwa takie ciągniki, co w skali miesiąca pozwala mu oszczędzić ok. 60.000,00 zł brutto na wynagrodzeniu pracowników.

Wykonawca oświadczył ponadto, że posiada zniżki i rabaty na nabycie paliw w wielu Stacjach Paliw, na udowodnienie czego załączył oświadczenie ze Stacji Paliw NEO w Jeninie. Ponadto sam Wykonawca osobiście będzie wykonywał pracę brygadzysty, co oszczędzi mu kwotę ok. 4-5 tysięcy miesięcznie z tyt. zatrudnienia operatora.

Ponadto Wykonawca wskazał, że w ubiegłych latach realizował podobne zamówienia wycenione na podobną wartość, wykonał zadania w terminie i zgodnie z zapisami umownymi. Załączone dokumenty potwierdzają oświadczenia Wykonawcy. Wykonawca wskazał również, że opłaca składki na ubezpieczenia społeczne i wyszczególnił je.

Zamawiający w następujących słowach opisał, w jaki sposób ocenił tak złożone wyjaśnienia:

(...)

Zamawiający ocenił wyjaśnienia Wykonawcy oraz przedstawiony materiał dowodowy i uznał jego wyjaśnienia za wiarygodne. Część 4 zamówienia zawiera 26 km cieków do konserwacji. Odwołujący się zaproponował kwotę za utrzymanie 1 km 12.203,72 zł, a M.M. kwotę 11.457,21 zł. Kosztorys Odwołującego się przewiduje narzut zysku w 5%, a M.M. w 8%. Różnice w utrzymaniu 1 km cieków pomiędzy wymienionymi, to ok. 700 zł na 1 km. Porównując stawki wskazane w innych ofertach, które spełniały wymogi warunków zamówienia, Zamawiający wskazuje, że różnica całościowej ceny ofertowej brutto między ofertą M.M. a drugą w kolejności L.B. – to ok. 19.000,00 zł, a pomiędzy M.M. a Odwołującym – 22.000,00 zł.

(...)

Wykonawca wykazał w sposób wiarygodny, w ocenie Zamawiającego, że posiadany zasób maszyn i innego sprzętu, jego ilość, jakość, a także cechy indywidualne; położenie miejsca wykonywanej działalności, posiadane zniżki na paliwo, pozwalają mu poczynić te oszczędności zarówno na paliwie, ilości zatrudnionych pracowników, roboczogodzinach pracy, a także uniknięciu dodatkowych kosztów związanych z utrzymaniem pracowników, ich dojazdami, dowozem maszyn. Są to okoliczności, których inni Wykonawcy nie posiadają i uwiarygadniają możliwość poczynienia tych oszczędności i poniesienia kosztów w wykazanej kwocie.

(...)

Wykonawca wykazała, że w wyniku wykonania zamówienia osiągnie 8% zysk.

Wykonawca dokonał wyceny robót po uprzedniej wizji lokalnej terenu. Mając na uwadze warunki terenowe, dostępność do kanałów i trudności towarzyszące wykonaniu robót Wykonawca mógł określić za pomocą jakiego sprzętu i w jakim zakresie wykona zadanie objęte zamówieniem publicznym.

(...)

(...) Zgodnie z wytycznymi Wydziału Zamówień Publicznych, przyjęta stawka roboczogodziny na rok 2023 (łącznie z kosztami pracodawcy) wynosi - 22,80 zł, a od 1 lipca 2023 r. - 23,50 zł. We wszystkich postępowaniach przetargowych stawka ta jest odniesieniem do ewentualnych uwag/wezwań do Wykonawców. Stawka zaoferowana przez Wykonawcę dla części 3 i 4 wynosiła 30,00 zł brutto. Zarząd Zlewni w Gorzowie Wlkp. w ubiegłych latach kilkakrotnie zawierał umowy z Wykonawcą w zakresie konserwacji cieków. Prace zawsze wykonywane były należyście i w terminach określonych umową. Wykonawca otrzymywał pozytywne referencje za wykonane prace. Załączone do pisma, zawierającego wyjaśnienia Wykonawcy, dowody nie budziły w żadnym zakresie zastrzeżeń po stronie Zamawiającego co do ich prawdziwości, a w konsekwencji potwierdzały oświadczenia złożone przez Wykonawcę w ofercie i gwarancję wykonania zamówienia na czas po wskazanych przez Wykonawcę cenach.

(...)

Odpowiedź wykonawcy M.M. była wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Wykonawca szczegółowo wyjaśnił w jaki sposób dokonał ustalenia ceny, jakie czynniki miały wpływ na jej wysokość oraz załączył wiarygodne dla Zamawiającego dowody. Zamawiający przyznał wiarygodność oświadczeniom M.M. oraz stwierdził prawdziwość wskazanych przez Wykonawcę obliczeń w ofercie.

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

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

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, zarówno w zadaniu nr 3, jak i zadaniu nr 4, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia na te części. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty w obu tych częściach, w połączeniu z zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez ZUM w części nr 4, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w tych częściach, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpatrzenie zarzutów nr 1-3}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Jedyną podstawą faktyczną odrzucenia oferty IW PiW było niezastosowanie się do sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych w aspekcie, o którym mowa w pkt 6.5. lit. b SWZ, wymagającym podania dla każdej pozycji ceny jednostkowej i wartości brutto (z narzutami). Ponieważ uzasadnienie faktyczne odrzucenia nie wskazuje żadnych innych odstępstw od sposobu obliczenia ceny oferty, należy przyjąć, że stwierdzone uchybienie nie wpłynęło na obliczenie ceny oferty dla danej części zamówienia. Przede wszystkim z lakonicznego uzasadnienia nie wynika, aby przed podjęciem decyzji o odrzuceniu tej oferty Zamawiający przeanalizował, czy zaistniała rozbieżność uniemożliwiająca ustalenie na podstawie danych zawartych w kosztorysach ofertowych wysokości ceny jednostkowej brutto dla każdej pozycji ofertowej, jako mającej kluczowe znaczenie z punktu widzenia przewidzianego na etapie realizacji tego zamówienia rozliczenia kosztorysowego.

Tymczasem Odwołujący dowiódł już w ramach uzasadnienia odwołania, że zbiorczy sposób ujęcia w podsumowaniu każdego kosztorysu ofertowego w % wysokości zarówno kosztów pośrednich, jak i zysku, umożliwiał w prosty sposób dla każdej pozycji przeliczenie cen jednostkowej netto na brutto, a w następnym kroku uzyskanie jej wartości brutto, bez jakiegokolwiek zmiany ceny oferty dla danej części zamówienia. Załączone do odwołania kosztorysy ofertowe stanowią jedynie dodatkowe potwierdzenie tej okoliczności.

Natomiast bezprzedmiotowe lub nieudowodnione (a ponadto wykraczające poza zakres uzasadnienia odrzucenia, o którym mowa powyżej) pozostały twierdzenia zawarte w odpowiedzi na odwołanie, jakoby w kosztorysach ofertowych brakowało wyceny jakiegokolwiek pozycji lub danych pozwalających na doprowadzenie ich do zgodności z pkt 6.5. lit. b SWZ.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty nr 1 i 2 odwołania są zasadne.

Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na skutek zaniechania jej poprawienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp obowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych [niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp] polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na jej stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp – zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp]. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie jest nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z art. 223 ust. 1 pzp [87 ust. 1 popzp] wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspomianej instytucji poprawienia

omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W konsekwencji, co ma kluczowe znaczenie dla tej sprawy, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp [art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp]. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru.

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nierzadko kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko – wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 959/09 – że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp] nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. [tak w *Słowniku języka polskiego* pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie <http://sjpd.pwn.pl/>]. Omyłką wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę [art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp; poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popzp mowa była o braku zgody na poprawienie], niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy w pierw zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikatorem „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio*

do ich *essentialia negotii* (np. w celu uniknięcia tzw. „kazuś lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt KIO 1978/10.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 kc dyrektywne interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczowej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Reasumując, w okolicznościach rozstrzyganej sprawy przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający mógł z łatwością nie tylko stwierdzić, na czym polegają niezgodności kosztorysów ofertowych z określonym przez siebie wymaganiem odnośnie sposobu prezentacji cen i wartości na potrzeby przyszłych rozliczeń, ale i w jaki sposób dokonać poprawienia, czego bezprawnie zaniechał.

{rozpatrzenie zarzutu nr 4}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione powyżej za odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie okoliczności dotyczące treści wezwania i wyjaśnień złożonych przez ZUM wymagają jedynie następującego uzupełnienia i podsumowania.

Zamawiający opiera swoje stanowisko w dużej mierze na okolicznościach, uznawanych przez niego za istotne, których ustalenie nie wymagało wezwania do wyjaśnień, takich jak ceny wynikające ze złożonych ofert, dotychczasowym doświadczeniem wykonawców w realizacji zamówień na jego rzecz, kwalifikacjach posiadanych osobiście przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą lub przez jej pracowników. Pomimo posiadania takiej wiedzy (z urzędu lub co najmniej z dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału), Zamawiający zdecydował się jednak na wystosowanie wezwań z uwagi na odbieganie ceny tej oferty od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający nie uznał tych okoliczności za oczywiście tłumaczące zaistniałą rozbieżność ceny tej oferty od własnego oszacowania dokonanego z należyłą starannością, gdyż w takiej sytuacji nie są wymagane wyjaśnienia ze strony wykonawcy.

Wbrew temu, co twierdził Zamawiający w toku postępowania odwoławczego, dystansując się od wystosowanego wezwania lub wręcz deprecjonując jego adekwatność, jednoznacznie wynikało z niego, że dla wykazania braku rażąco niskiego charakteru ceny oferty wymaga przedstawienia sposobu kalkulacji dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego, czyli *de facto* przedstawienia kosztorysu szczegółowego.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że ZUM takiej szczegółowej kalkulacji nie przedstawił, poprzestając na ogólnikowym powołaniu się na wybrane sprzyjające okoliczności wykonania zamówienia i zadeklarowanie łącznej kwoty kosztów i zysku.

Reasumując, wbrew temu, co twierdził Zamawiający, nie otrzymał w wyjaśnieniach wystarczających informacji, które pozwoliłyby na ich pozytywne zweryfikowanie, że ZUM adekwatnie do zakresu wezwania uzasadnił cenę złożonej oferty, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, która przecież wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaofiarowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1)

zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym art. 224 ust. 4 pzp stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

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

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

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

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

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

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

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma norma prawna wynikająca z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja wprost odzwierciedla

interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być również wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

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

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

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

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

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

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

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

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie skutecznie została podważona prawidłowość zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych przez ZUM wyjaśnień, gdyż – jak to powyżej ustalono – nie uzasadnił w nich ceny oferty na część 4. zamówienia, co obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenia i opłaty od pełnomocnictwa, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.