

WYROK
z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawcę W. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma BERYLBOLA B.W. z siedzibą w Imielinie przy ul. Orlej 1A (41-407 Imielin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach z siedzibą w Tychach przy ul. Budowlanych 59 (43-100 Tychy)

przy udziale wykonawcy A. F.-T. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO A. F.-T. z siedzibą w Tychach przy ul. Dojazdowej 8 (43-100 Tychy), zgłaszającej przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma BERYLBOLA B. W. z siedzibą w Imielinie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma BERYLBOLA B. W. z siedzibą w Imielinie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach na rzecz wykonawcy W. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma BERYLBOLA B. W. z siedzibą w Imielinie, kwotę w wysokości 13 600 zł gr (słownie: trzynaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach, zwany dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pn.: *Naprawa dróg gruntowo-żuźlowych na terenie miasta Tychy w 2023 r.* (nr referencyjny: 53/DZP/22), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00426090/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 19 grudnia 2022 r. wykonawca W. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma BERYLBOLA B. W. z siedzibą w Imielinie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- czynności odrzucenia jego oferty;
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. F.-T. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO A. F.-T. z siedzibą w Tychach (zwanego dalej jako: „AN-EKO”).

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art 224 ust 6 Pzp przez niepodanie przez zamawiającego powodów odrzucenia oferty odwołującego, polegające na zaniechaniu wskazania uzasadnienia faktycznego dokonania tej czynności;
- 2) art 226 ust 1 pkt 8 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a odwołujący w sposób prawidłowy skalkulował cenę, która jest realistyczna i pozwala na prawidłowe wykonanie umowy;
- 3) art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 w zw. z art. 6 Pzp przez uznanie, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania prawidłowego skalkulowania ceny oraz jej realności, podczas gdy odwołujący w swoich wyjaśnieniach wykazał że przy ustalaniu ceny uwzględnił koszty pracy oraz wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę;
- 4) art.224 ust. 2 Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny;

5) art. 239 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę AN-EKO podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi przez zamawiającego. jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę AN-EKO;
- przeprowadzenie ponownie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według wystawionej faktury;
- dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania. a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowód, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania, odwołujący złożył ofertę, które została niezgodnie z przepisami Pzp odrzucona. Z uwagi na niniejsze zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy AN-EKO, podczas gdy zgodnie z określonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego. W ocenie odwołującego z powyższego wynikało, że ma on interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zamawiający z naruszeniem art 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp uzasadnił odrzucenie jego oferty. Odwołujący wyjaśnił, że literaturze przedmiotu wskazuje się, że „oferty odrzucone powinny być ujawnione niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przepis ten nakazuje podać powody odrzucenia oferty poprzez wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania tej czynności Ustawodawca w art. 224 ust. 5 PZP wprowadził odwrócony ciężaru dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Odwrócony ciężar dowodowy nie oznacza, że zamawiający jest zwolniony z uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty wraz z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego. Uzasadnienie takie może się jednak opierać wyłącznie na przypuszczeniach i uprawdopodobnieniach, jeżeli na skutek przeprowadzenia postępowania dowodowego wykonawca nie wykazał (lub wykazał w sposób nienależyty)

bezpředmiotowości przypuszczeń” (H Nowak. M Winiarz (red.) Prawo zamówień publicznych, Komentarz).

Odwołujący wskazał, że zamawiający w piśmie z dnia 14 grudnia 2022 r. ograniczył się wyłącznie do podania podstawy prawnej w oparciu o którą oferta odwołującego została odrzucona. Z treści uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego nie sposób wywnioskować dlaczego odwołujący nie sprostał w ocenie zamawiającego w wykazaniu prawidłowego skalkulowania ceny oraz jej realności. Z treści sporządzonego uzasadnienia nie wynika nawet czy odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną czy kosztem. Zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że zaoferowana przez odwołującego cena jest nierealna czy nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie podał konkretnych przyczyn z powodu których zakwestionował złożone przez odwołującego wyjaśnienia.

W ocenie odwołującego z uwagi na treść uzasadnienia odrzucenia jego oferty nie jest możliwym dokonanie oceny prawidłowości podjętej przez zamawiającego czynności. Zamawiający nie wskazał bowiem uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty. Nie wyjaśnił dlaczego uważa, że odwołujący nie prawidłowo skalkulował cenę oraz dlaczego jest ona nierealna. Nie wiadomym jest również czy do odrzucenia oferty doszło dlatego, że ma ona zawierać rażąco niską cenę czy rażąco niski koszt.

Niezależnie od powyższego, odwołujący pomimo nieposiadania wiedzy dlaczego zamawiający uznał, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny w kontekście jej rażąco niskiego charakteru nie wykazały dlaczego nie została ona w sposób prawidłowy skalkulowana i nie jest realna, przedstawił argumentację, która wskazywała, że wykonanie umowy dla odwołującego jest opłacalne, a zaoferowana przez niego cena nie jest oderwana od realiów rynkowych.

W kontekście realności i wiarygodności ceny odwołujący wyjaśnił, że zamawiający także w dniu 6 maja 2022 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Naprawa dróg gruntowo-żuźlowych na terenie miasta Tychy w 2022 roku - 2 postępowanie*, numer sprawy 16/DZP/22. W toku ww. postępowania oferty zostały złożone przez:

- odwołującego na kwotę 98.283,15 zł brutto;
- wykonawcę AN-EKO na kwotę 108.516,75 zł brutto;
- Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DOMAX” A. M. na kwotę 436.465,50 zł.

We wskazanym powyżej postępowaniu, jako najkorzystniejsza wybrana została oferta odwołującego. W ramach zwartej z odwołującym umowy, zamawiający odebrał pracę i nie zgłaszał do nich zastrzeżeń.

Zamawiający także w dniu 28 stycznia 2022 r. ogłosił przetarg na *Naprawę dróg gruntowo żuźlowych na terenie miasta Tychy w 2022 roku*. W toku ww. postępowania oferty zostały złożone przez:

- BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k, BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k, na kwotę 169.027,22 zł;
- odwołującego na kwotę 77.004,15 zł;
- wykonawcę AN-EKO na kwotę 65.177,77 zł;
- Usługi sprzętowo - transportowe Ewa Kubińska na kwotę 224.610,30 zł;
- Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DOMAX” A. M. na kwotę 313.158,00 zł;
- PURE INVESTMENT sp. z o.o. na kwotę 195.047,25 zł;
- VEJMAL D. M. na kwotę 374.781,00 zł;
- ARSEM M. P. na kwotę 420.721,50 zł.

W wskazanym powyżej postępowaniu, jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy AN-EKO za kwotę 65.177,77 zł.

W ocenie odwołującego z powyższego wynikało, że cena która została zaoferowana przez odwołującego w toku niniejszego postępowania nie odbiegała od cen jakie oferowali wykonawcy, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze w toku wcześniejszy postępowań przetargowych. Powyższe doprowadziło odwołującego do wniosku, że cena zadeklarowana przez niego jest realna i wiarygodna, a we wcześniejszym okresie zamawiający zlecał wykonanie tych samych prace za kwotę znacznie niższą niż tą, którą oferuje obecnie. Na początku tego roku zamawiający zawarł bowiem umowę z wykonawcą AN-EKO na kwotę 65.177,77 zł. Porównując kosztorys ofertowy wykonawcy AN-EKO z listopada 2022 r. oraz stycznia 2022 r. odwołujący zauważył, że koszt usługi uzupełnienia ubytków tłuczniem wraz z zagęszczeniem w ilości 0,1 t/m² wzrósł dwukrotnie (16000 zł w styczniu 2022 r. oraz 32 000 zł w listopadzie 2022). Koszt usługi mechanicznego profilowania istniejącej nawierzchni z uzupełnieniem ubytków materiału z recyklingu w ilości 0,1t/m² wraz zagęszczeniem wzrósł prawie sześciokrotnie (14 000 zł w styczniu 2022 i 82 000 zł w listopadzie 2022 r.). Oferta wykonawcy AN-EKO wzrosła ponad 2,5 razy. Ponadto jeszcze w maju 2022 r. wykonawca AN-EKO deklarował wykonanie przedmiotu umowy za kwotę 108.516.75 zł. Cena wykonawcy AN-EKO w stosunku do maja 2022 r. wzrosła 1,6.

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że to nie cena zaoferowana przez niego jest nierealna, ale cena zaoferowana przez wykonawcę AN-EKO jest zawyżona. W poprzednio prowadzonych postępowaniach ceny oferowane przez wykonawcę AN-EKO w sposób istotny odbiegały od ceny zaproponowanej w toku niniejszego postępowania. Takiego wzrostu cen nie uzasadnia nawet obecnie występująca sytuacja gospodarza, ponieważ cena ta w przeciągu niespełna roku wrosła 2,5 razy. Co istotne w wcześniej prowadzonych

postępowaniach, których przedmiotem był ten sam przedmiot postępowania, zamawiający nie uznawał, że ceny oferowane przez wykonawców są rażąco niskie.

W dalszej części odwołujący podniósł argumentację odnośnie prawidłowego skalkulowania ceny. W tym zakresie stwierdził, że zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust.3 pkt 4 i 6 Pzp. Podniósł, że w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że przy obliczaniu ceny wziął pod uwagę wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego od 1 stycznia 2023 r. w wysokości 3490 zł brutto, dlatego koszty pracownicze wyliczył na kwotę 27 920,00 zł. Tymczasem wykonawca AN-EKO całkowite koszty pracownicze wyliczył na kwotę 25228,50 zł. Co istotne obydwaj wykonawcy obliczając cenę wzięli pod uwagę minimalne wynagrodzenie brutto obowiązujące od 1 stycznia 2023 r. w wysokości 3490 zł brutto, ponieważ doświadczenie wykonawców pokazuje, że pracę są realizowane maksymalnie przez pierwsze 4 miesiące obowiązywania umowy, co wynika z zakresu prac określonych przez zamawiającego. Powyższe potwierdza również plan postępowania sporządzony przez zamawiającego na rok 2021 oraz 2022 r., z których to dokumentów wynika, że zamawiający planuje dwa razy w roku udzielić zamówienia pt. *Naprawa dróg gruntowo-żuźlowych na terenie miasta Tychy*.

Odwołujący wskazał, że przy kalkulacji kosztów pracowniczych związanych z realizacją zamówienia, uwzględnił kwotę wyższą, aniżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Co jednak istotne uwzględnił również dodatkowe koszty związane z realizacją umowy w wysokości 5% tj. w kwocie 1004,46 zł. Przy powyższych założeniach odwołujący stwierdził, że wykazał zysk w wysokości ok. 15 000,00 zł. Zdaniem odwołującego nie sposób uznać zatem aby złożona przez niego oferta była rażąco niska. Odwołujący wyjaśnił, że wykazał, iż dokonując kalkulacji uwzględnił zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie. Podkreślił ponadto, że założył wyższe koszty pracownicze aniżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz przewidział, że 5% zostanie przeznaczone na inne koszty których wprost nie wskazał w złożonych wyjaśnieniach. Jednocześnie wykazał, że realizacja umowy zawartej z zamawiającym przyniesie mu zysk.

Zdaniem odwołującego z treści przytoczonych powyżej okoliczności w sposób jednoznaczny wynikało, że cena zaproponowana przez niego nie jest niewiarygodna czy nierealistyczna, ponieważ jest zbliżona do cen występujących na rynku za wykonanie tych samych usług. Dotychczas ceny te były akceptowane przez zamawiającego, który także nie zgłaszał zastrzeżeń co do sposobu wykonania przedmiotu umowy przez odwołującego jak i wcześniejszych wykonawców. Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach wykazał,

że kwota przez niego zaoferowana pozwala na pokrycie kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz na wygenerowanie zysku. Nie sposób zatem uznać, aby miał wykonać przedmiot zamówienia poniżej kosztów jego wykonania. Odwołujący podkreślił, że przedstawił zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, których zakres wykraczał poza ten określony przez zamawiającego. Jeżeli jednak zamawiający miał wątpliwości co do poszczególnych kwestii to mógł wezwać odwołującego do ponownego złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca A. F.-T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO A. F.-T. z siedzibą w Tychach.

W dniu 28 grudnia 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, której zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Zamawiający na wstępie wskazał, że odwołujący w złożonym w dniu 19 grudnia 2022 r. odwołaniu wskazał dwie czynności zamawiającego, które w jego przekonaniu dokonane zostały w sposób niezgodny z Pzp:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy odwołujący w swoim przekonaniu w sposób prawidłowy skalkulował swoją ofertę;
- 2) wybór jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę AN-EKO – w sytuacji, gdy to oferta odwołującego zawierała najniższą cenę i winna zostać w jego przekonaniu uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający zwrócił uwagę, że uzasadniając złożone przez siebie odwołanie, odwołujący w pierwszej kolejności skupił się na wyjaśnianiu zarzutu, którego w ogóle nie sformułował, tj. na rzekomo niewłaściwym uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez niego oferty. Powyższe uznał za o tyle zaskakujące, że odwołujący przecież nie zaskarżył czynności zamawiającego polegającej na braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty, tj. potencjalnego naruszenia przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak wskazano wyżej – odwołujący sformułował zarzuty wyłącznie w odniesieniu do: czynności odrzucenia jego oferty oraz do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AN-EKO. Wydaje się, że już powyższe, w kontekście brzmienia art. 555 Pzp, uniemożliwia Izbie orzekanie w tym zakresie. Z ostrożności procesowej zamawiający wskazał, że zarzut taki, nawet gdyby został przez odwołującego sformułowany, to i tak nie powinien skutkować uwzględnieniem odwołania. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp - Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,

konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W pierwszej kolejności zamawiający zakwestionował samą okoliczność braku należytego uzasadnienia – w opinii zamawiającego pismem z dnia 14 grudnia 2022 r. w sposób należyty wyczerpał wymogi stawiane mu przez art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Uzasadnienie w zakresie stanu faktycznego pokrywa się z uzasadnieniem prawnym i trudno wymagać, żeby zamawiający rozdzielał te dwie sfery w jakiś czysto retoryczny sposób. Nade wszystko jednak, nawet gdyby uznać, że uzasadnienie to uchybia w jakikolwiek sposób wymogom stawianym przez przepisy Pzp, to bez wątpienia pozostawało to absolutnie bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wskazany wyżej brak wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia wynika bowiem z niebudzącej wątpliwości okoliczności, iż zaoferowana przez odwołującego cena była rażąco niska.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że oferta cenowa odwołującego okazała się być o ponad 65% niższa od ustalonej przez zamawiającego z należyłą starannością wartości zamówienia. Wobec powyższego, pismem z dnia 28 listopada 2022 r., zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaproponowanej przez niego ceny. Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień uczynił to w wyznaczonym mu terminie, potwierdzając w sposób nie tylko nie budzący wątpliwości, ale też taki, który wykluczał konieczność, czy wręcz możliwość zwracania się do niego o złożenie dodatkowych wyjaśnień, że zaproponowana przez niego cena oferty wyczerpuje zakres pojęcia „ceny rażąco niskiej”. Zamawiający stwierdził, że w już w zakresie przyjętych do kalkulowania oferty kosztów pracy, które odwołujący wskazał, nie miał innego wyjścia jak tylko odrzucić ofertę odwołującego. Zgodnie z oświadczeniem odwołującego, do określenia ceny ofertowej przyjęto tylko jedną stawkę minimalnego wynagrodzenia obowiązującą od 1 stycznia 2023 r. – stawkę w wysokości 3.490,00 zł.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1952), w roku 2023 obowiązywać będą dwie stawki:

- od 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie wynosić będzie 3.490,00 zł
- od 1 lipca 2023 r. minimalne wynagrodzenie wynosić będzie 3.600,00 zł.

W związku z faktem, iż przedmiotowe zamówienie, zgodnie z pkt IX SWZ realizowane będzie w terminie: od dnia podpisania umowy (nie wcześniej jednak niż przed dniem 1 stycznia 2023 roku) do dnia 31 grudnia 2023 roku - tym samym obejmuje cały rok 2023. Okoliczność, że historycznie prace polegające na realizacji analogicznych zadań wykonywane były efektywnie przez kilka miesięcy nie oznacza, że wykonywanie umowy zakończy się po okresie pierwszych 3-4 miesięcy. Powyższe stanowi jedynie spekulację i to spekulację nie

znajdującą oparcia w dokumentacji postępowania. Zgodnie bowiem z opisem przedmiotu zamówienia (pkt V SWZ): „Roboty będą realizowane według wskazań i na każde żądanie zamawiającego na podstawie zleceń cząstkowych z określeniem zakresu, lokalizacji oraz terminu wykonania robót. Przyjęte w kosztorysie ofertowym ilości przedmiarowe robót są szacunkowe. Faktyczny zakres robót realizowany będzie w zależności od potrzeb zamawiającego na podstawie zleceń cząstkowych.” W ocenie zamawiającego powyższe jednoznacznie wskazywało, że to zamawiający będzie decydował o postępie realizacji umowy, a odwołujący nie ma żadnego wpływu na to, czy nastąpi to w okresie przed 1 lipca 2023 r., czy po 1 lipca 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe, oczywistym było dla zamawiającego, że odwołujący kalkulując koszty pracy, zobowiązany był do uwzględnienia ww. dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, jakie obowiązywać będą w roku 2023.

Zamawiający podniósł, że w zakresie kosztów pracy, odwołujący (na drugiej stronie złożonych przez siebie wyjaśnień) wskazał, że „Całkowity koszt pracodawcy, zatrudniający pracownika na pełnym etacie, uwzględniający wszystkie składki to koszt w kwocie 3.490,00 zł brutto.” Zdaniem odwołującego twierdzenie powyższe w sposób oczywisty nie polega na prawdzie. Całkowity koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika na pełnym etacie, uwzględniający wszystkie składki, to kwota w wysokości 4.204,75 zł w pierwszym półroczu 2023 roku oraz 4.337,28 zł w drugim półroczu. Do kwoty minimalnego wynagrodzenia tj. odpowiednio 3.490,00 zł i 3.600,00 zł, odwołujący miał obowiązek doliczyć co najmniej:

- 9,76% składka na ubezpieczenie emerytalne;
- 6,5% składka na ubezpieczenie rentowe;
- 1,67%** składka ma ubezpieczenie wypadkowe*;
- 2,45% składka na Fundusz Pracy;
- 0,10% składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych
- oraz koszty wynikające z ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy

*stopa procentowa dla ub. wypadkowego jest różna w zależności od rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej.

**standardowa stopa procentowa składki na ub. wypadkowe obowiązująca od 1 kwietnia 2018 roku Zamawiający wskazał, że w punkcie 1 oraz 2 swych wyjaśnień, odwołujący wskazał, iż ww. składki mają być opłacone przez pracodawcę, natomiast sam nie był łaskaw ich wliczyć do całkowitego kosztu zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę.

Reasumując zamawiający stwierdził, że odwołujący nie tyle nawet nie wykazał, że dokonując kalkulacji uwzględnił zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego miejscu, w

którym realizowane będzie zamówienia co wręcz przeciwnie – wskazał wyraźnie, że nie uwzględnił w swej kalkulacji zgodności z ww. przepisami. Jedynie dla porządku zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego, analiza oferty firmy AN-EKO pod analogicznym kątem, przeprowadzona na podstawie wyjaśnień założonych przez tego wykonawcę, doprowadziła do poczynienia ustaleń, że kalkulował on koszty pracy w prawidłowej wysokości (koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika na pełnym etacie, uwzględniający wszystkie składki przy uwzględnieniu zmiennej w ciągu roku 2023 wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę). Ujawnione powyżej nieprawidłowości w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach spowodowały, że zamawiający nie mógł zwrócić się do odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień, albowiem odpowiedź odwołującego mogłaby spowodować jedynie zmianę ich pierwotnej treści, co jak przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, uznać należy za niedopuszczalne.

Zdaniem zamawiającego także wyjaśnienia odwołującego dotyczące pozycji ujętych w kosztorysie ofertowym uznać należy za lakoniczne i ogólnikowe. Nie zawierają szczegółowej kalkulacji przyjętych wartości, a nade wszystko nie zawierają żadnych dowodów uzasadniających przyjęte przez odwołującego wartości. Analizując nawet pokrótce poszczególne pozycje „wyjaśnień” odwołującego: Poz. 1 – odwołujący przyjął jakąś wartość pracy sprzętu (bez szczegółowej kalkulacji tej kwoty), odjął ją od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk. W pozycji tej odwołujący nie ujął kosztu materiałów;

Poz. 2 – odwołujący przyjął jakąś wartość pracy sprzętu i transportu (bez szczegółowej kalkulacji tych kwot), odjął je od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk, określając, że wartość zysku jest wartością materiału. W ocenie zamawiającego pozycja ta nie zawiera albo kwoty zysku albo kosztów materiału;

Poz. 3 – Każdy z potencjalnych wykonawców ma równy dostęp do tego samego materiału zamawiającego. Odwołujący przyjął jakąś wartość pracy sprzętu, transportu i załadunku (bez szczegółowej kalkulacji tych kwot), odjął je od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk; Poz. 4 – W pozycji tej odwołujący nie uwzględnił kosztu pracy operatora koparki. Wskazany zysk w wysokości 120 zł nie pokryje kosztów pracy pracownika ($4.204,75 \text{ zł} / 166,66 = 25,23 \text{ zł} \times 8 \text{ h} = 201,84 \text{ zł}$);

Poz. 5 – odwołujący przyjął jakąś wartość 120 zł (bez wskazania czego ona dotyczy, bez szczegółowej kalkulacji tej kwoty), odjął ją od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk;

Poz. 6 – odwołujący w ogóle nie przedstawił kalkulacji kosztów transportu i nie wskazał jaką wartość posiada grunt;

Poz. 7 – wyjaśnienie odwołującego w tym zakresie jest zupełnie niezrozumiałe;

Poz. 8 – odwołujący przyjął jakąś wartość pracy sprzętu i transportu (bez szczegółowej kalkulacji tych kwot), odjął je od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk, określając, że wartość zysku jest wartością materiału. W ocenie zamawiającego pozycja ta nie zawiera albo kwoty zysku albo kosztów materiału;

Poz. 9 – odwołujący przyjął jakąś wartość transportu (bez szczegółowej kalkulacji tej kwoty), koszty pracy sprzętu i odjął je od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk, określając, że wartość zysku jest wartością materiału. W ocenie zamawiającego pozycja ta nie zawiera albo kwoty zysku albo kosztów materiału;

Poz. 10 – odwołujący przyjął jakąś wartość pracy sprzętu i transportu (bez szczegółowej kalkulacji tych kwot), odjął je od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk;

Poz. 11 – odwołujący przyjął jakąś wartość 400 zł (bez wskazania czego ona dotyczy, bez szczegółowej kalkulacji tej kwoty), odjął ją od wartości ogółem pozycji, różnicę wskazał jako zysk;

Poz. 12 – odwołujący w ogóle nie przedstawił kalkulacji kosztów pracy sprzętu niezbędnego do wykonania tych prac;

Poz. 13 – odwołujący przyjął do kalkulacji minimalną stawkę godzinową obowiązującą w umowach zlecenia, co jest niezgodne z zapisem pkt VIII SWZ.

W opinii zamawiającego odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wskazał, gdzie na terenie miasta Tychy posiada bazę sprzętową. Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów wykazujących, że posiada atrakcyjne upusty na paliwo. Wywody odwołującego, co do średniego wieku zatrudnianych pracowników i jego rzekomej „optymalności” trudno nawet rozsądnie skomentować. W każdym razie odwołujący nie był łaskaw podzielić się z zamawiającym wiedzą, na temat źródła, z którego mądrość tę posiadał. Jak wynika z powyższego, wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie, rzeczywiście mogłyby, jak się wydaje stanowić podstawę do zobligowania go, by przedstawił dodatkowe wyjaśnienia. Zauważyć jednak wypada, że wyjaśnienia w tym zakresie nie zmieniłyby w żaden sposób faktu, iż podane przez odwołującego informacje w zakresie kosztów pracy jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości świadczą o nieprawidłowym skalkulowaniu przez niego oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że odwołujący usiłuje uzasadnić nietrafność rozstrzygnięcia w zakresie realności i wiarygodności zaoferowanej przez siebie ceny powołując się na postępowania historyczne. Zdaje się jednak umykać mu okoliczność, że oferty w rzeczonych postępowaniach składane były w zupełnie odmiennych realiach. Trudno zaiste nie dostrzec, iż wybuch wojny w Ukrainie oraz niespotykany wzrost inflacji oraz wskaźników obrazujących rynek, którego dotyczy niniejsze postępowanie, miały ogromny wpływ na ceny usług, dostaw czy robót budowlanych. Nie sposób rozsądnie odnosić cen sprzed kilku czy nawet kilkunastu

miesiący do obecnych realiów rynkowych. W tym zakresie zarówno cena oferty AN-EKO, jak i pozostałe ceny zaoferowane w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu (konsorcjum firm: BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k. oraz BIO-EKOS Group Sp. z o.o. sp. k. czy Usługi Sprzętowo-Transportowe E. K.) w ocenie zamawiającego nie były ofertami zawyżonymi, lecz przedstawiały realne ceny rynkowe. To cena zaproponowana przez odwołującego odbiegała do cen występujących na rynku za wykonanie tych samych zadań.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę A. F.-T. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AN-EKO A. F.-T. z siedzibą w Tychach (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 28 grudnia 2022 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”);
 - ofertę złożoną przez odwołującego;
 - wezwanie z dnia 28 listopada 2022 r. skierowane do odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia odwołującego złożone pismem z dnia 5 grudnia 2022 r. w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie wraz z załącznikami;
 - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 14 grudnia 2022 r., które w wersji przesłanej odwołującemu zawierało również uzasadnienie dla czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) dokumenty załączone do odwołania:
 - informację z otwarcia ofert z dnia 31 maja 2022 r. w postępowaniu nr 16/DZP/22;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 czerwca 2022 r. w postępowaniu nr 16/DZP/22;
 - protokół odbioru wykonanych prac z dnia 9 września 2022 r.;
 - protokół odbioru wykonanych prac z dnia 3 sierpnia 2022 r.;
 - protokół odbioru wykonanych prac z dnia 21 listopada 2022 r.;
 - informację z otwarcia ofert z dnia 28 stycznia 2022 r. w postępowaniu nr 1/DZP/22;
 - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 lutego 2022 r. w postępowaniu nr 1/DZP/22;
 - plan postępowań na 2021 r. wersja 25;
 - plan postępowań na 2022 r. wersja 33;
 - ogłoszenia o zamówieniu dla postępowania 10/DZP/21;
- 3) dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:
- ofertę złożoną przez przystępującego w postępowaniu 1/DZP/22;
 - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez odwołującego w postępowaniu 1/DZP/22.

Izba ustaliła co następuje

Pismem z dnia 28 listopada 2022 r. odwołujący został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in.:

Złożona przez Państwa Oferta opiewa na kwotę 97.446,75 zł brutto.

W opinii Zamawiającego cena oferty wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zaoferowana cena oferty jest niższa o 65,71 % od wartości zamówienia ustalonej z należytą starannością przez Zamawiającego na kwotę brutto 284.203,80 zł.

Zamawiający ustalił, że wartość elementów przedstawionych w załączonym formularzu Kosztorys ofertowy mających wpływ na wysokość ceny pozostaje w dysproporcji do żądanej za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 tj:

zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o

minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2022r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, 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.

Odwołujący złożył wyjaśnienia na powyżej wskazane wezwanie, pismem z dnia 5 grudnia 2022 r.

Zawiadomieniem z dnia 14 grudnia 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców składających oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jednocześnie w przedmiotowym zawiadomieniu, w wersji przekazanej odwołującemu, zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i przedstawił uzasadnienie dla tej czynności. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

Działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) Zamawiający wezwał w dniu 28.11.2022 r. wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 tj:

zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2022r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Procedura wyjaśniania ceny w kontekście jej rażąco niskiego charakteru ma za zadanie jednoznaczne wyjaśnienie Zamawiającemu prawidłowego jej skalkulowania i realności. Wykonawca nie sprostął temu obowiązkowi, bowiem nie wypełnił dyspozycji art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, a co za tym idzie oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. zgodnie z którym 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. Konsekwentnie zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.;*

- art. 224 ust. 6 Pzp – *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;*

- art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

(...)

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.;

- art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp – *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*

(...)

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;

(...)

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

- 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. 239 Pzp – 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.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba uznała za zasadne odnieść się do stanowiska zamawiającego wskazującego, że odwołujący skupił się na wyjaśnianiu zarzutu, którego w ogóle nie sformułował, tj. na rzekomo niewłaściwym uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez niego oferty. Zamawiający powyższe uznał za o tyle zaskakujące, że odwołujący nie zaskarżył czynności zamawiającego polegającej na braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty, tj. potencjalnego naruszenia przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem zamawiającego odwołujący sformułował zarzuty wyłącznie w odniesieniu do: czynności odrzucenia jego oferty oraz do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. W ocenie zamawiającego powyższe, w kontekście brzmienia art. 555 Pzp, uniemożliwia Izbie orzekanie w tym zakresie

Izba stwierdziła, że powyżej przedstawione stanowisko zamawiającego należy uznać za chybione. Jak słusznie wskazano w orzeczeniu z dnia 25 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 351/22, KIO 360/22, zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: *Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może*

jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący w *petitum* odwołania przedstawił podniesione zarzuty podając podstawy prawne oraz krótkie opisy naruszeń. W pkt 1 (na str. 3 odwołania) został wskazany zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art 224 ust 6 Pzp. Odwołujący w tym punkcie nie wymienił co prawda przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, jednak w już w krótkim opisie przedmiotowego zarzutu wskazał, że naruszenie w nim wskazane polega na niepodaniu przez zamawiającego powodów odrzucenia oferty odwołującego, polegające na zaniechaniu wskazania uzasadnienia faktycznego dokonania tej czynności. Ponadto cały punkt I uzasadnienia (zaprezentowany na str. 5-6 odwołania) odnosił się do naruszenia dotyczącego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego i w tej części uzasadnienia odwołujący wprost wskazał na art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższym nie sposób było uznać, że odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego niewłaściwego uzasadnienia odrzucenia złożonej przez niego oferty. W treści odwołania zostało podane uzasadnienie faktyczne dla tego zarzutu, które zawierało argumentację pozwalającą ocenić poprawność czynności zamawiającego, która była kwestionowana w ramach tego środka ochrony prawnej.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że powyżej wskazany zarzut należało uwzględnić, co skutkowało uwzględnieniem całego odwołania. Punktem wyjścia dla powyższego stwierdzenia było uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego podane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 14 grudnia 2022 r. dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Całość uzasadnienia odrzucenia dała się streścić w trzech hasłowych punktach:

- po pierwsze zamawiający wskazał, że wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp;

- po drugie, zdaniem zamawiającego, odwołujący nie sprostął obowiązkowi wyjaśnienia prawidłowego skalkulowania i realności ceny czym nie wypełnił dyspozycji art. 224 ust. 5 Pzp, a co za tym idzie jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 224 ust. 6 Pzp;

- po trzecie konsekwentnie zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powyższego, uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego nie zawierało wskazania uzasadnienia faktycznego. Jediną okolicznością faktyczną wymienioną w przedmiotowym uzasadnieniu był fakt wezwania pismem z dnia 28 listopada 2022 r. odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przedmiotowa informacja to zdecydowanie za mało żeby uznać, iż w powodach odrzucenia oferty odwołującego wskazano uzasadnienie faktyczne dla tej czynności. Skład orzekający w pełnej rozciągłości przyjął ugruntowane w orzecznictwie stanowisko wskazujące, że nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to tak skrótowego, że nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcia decyzji, czy to lakonicznego, niewskazującego sedna problemu. Takie uzasadnienie nie spełnia bowiem kryterium pełnego i wyczerpującego przedstawienia motywów działania zamawiającego. Kwestia prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia czynności dokonanych przez zamawiającego, w tym w szczególności odrzucenia oferty jest o tyle istotna, iż to właśnie uzasadnienie stanowi punkt odniesienia zarówno dla podejmowania przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i dla formułowania zarzutów odwołania.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem doktryny *wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu (...). W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie (zob. Prawo Zamówień Publicznych komentarz pod redakcją A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, wyd. 2022).*

W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie skonkretyzował i uszczegółowił swoje stanowisko w zakresie powodów odrzucenia oferty odwołującego. Izba jednakże nie mogła wziąć pod uwagę tej argumentacji, ponieważ była ona spóźniona i z tego względu pozostawała poza zakresem rozpoznania. Skład orzekający nie ma możliwości uwzględnienia stanowiska zamawiającego, które nie zostało zawarte w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wykonawcy, ponieważ jako nieujawnione wykonawcy, nie mogło stanowić podstawy zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Na marginesie Izba stwierdziła, że uzasadnienie przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie powodów odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, stanowiło niejako potwierdzenie zasadności zarzutu odwołania dotyczącego braku podania uzasadnienia faktycznego przy czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący stwierdził na rozprawie, że dalsza część podjętej przez niego argumentacji została przedstawiona z ostrożności procesowej. W związku z tym Izba nie odniosła się do stanowiska określonego w pkt II uzasadnienia odwołania oraz do dowodów złożonych przez odwołującego. W związku z tym, że główny zarzut został przez Izbę uwzględniony nie było konieczności zajmowania stanowiska wobec argumentacji podniesionej wyłącznie z ostrożności. Odwołujący nie znał faktycznych powodów odrzucenia jego oferty, ponieważ zamawiający ich nie podał w zawiadomieniu. W związku z tym w tej części uzasadnienia odwołania, odwołujący przyjął taką argumentację jaka wydawała mu się optymalna. Koncentrowała się ona na odniesieniu się do wcześniejszych postępowań prowadzonych przez zamawiającego, obejmujących analogiczny przedmiot zamówienia oraz na porównaniu złożonych przez niego wyjaśnień do wyjaśnień udzielonych przez przystępującego. Ocena powyżej wskazanej argumentacji oraz złożonych w jej ramach dowodów w związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego niewłaściwego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, okazała się zbędna.

Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że nawet gdyby uznać, że uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego uchybia w jakikolwiek sposób wymogom stawianym przez przepisy Pzp, to bez wątplenia pozostaje to absolutnie bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Powyższe stwierdzenie Izba uznała za niezasadne. Po pierwsze, jak wskazano powyżej, skład orzekający nie mógł wziąć pod uwagę argumentacji zamawiającego podniesionej w odpowiedzi na odwołanie, która nie została określona w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Po drugie wadliwość uzasadnienia odrzucenia skutkowałą nieprawidłowym dokonaniem czynności odrzucenia oferty, co może mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, zatem wpływ na wynik postępowania naruszenia dokonanego przez zamawiającego należy uznać za niezaprzeczalny.

Dodatkowo skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że uwzględnienie przedmiotowego odwołania nie oznacza, że Izba przesądziła zasadność złożonych przez odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przez co zamawiający może odstąpić od badania oferty odwołującego pod tym kątem, po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postpowaniu i czynności odrzucenia oferty odwołującego. Jednym ze skutków przedmiotowego orzeczenia powinno być dokładne przeanalizowanie przez zamawiającego całości okoliczności dotyczących złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i w następstwie tego podjęcie odpowiednich jego zdaniem działań.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy uzasadnił czynność odrzucenia oferty odwołującego, co skutkowało w dalszej kolejności uznaniem tej czynności za dokonaną z naruszeniem przepisów wskazanych w zarzutach podniesionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie.

Przewodniczący: