

WYROK
z dnia 29 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVEST S.A., ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71-281 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**, w którego imieniu działa: **Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., ul. Myśluborska 34/215, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVEST S.A., ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71-281 Szczecin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVEST S.A., ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71-281 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INVEST S.A., ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71-281 Szczecin** na rzecz zamawiającego **Miasta Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**, w którego imieniu działa: **Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., ul. Myśluborska 34/215, 66-400 Gorzów Wielkopolski** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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

Miasto Gorzów Wielkopolski w imieniu którego działa: Gorzowskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Nadzór Inwestorski: Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z przebudową skrzyżowań w ul. Kos. Gdyńskich i ul. Słowiańskiej w Gorzowie Wielkopolskim”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2023 r., nr 2023/S, poz. 00096232/01.

W dniu 14 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO – INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez innego Wykonawcę, pomimo iż oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, a w przypadku poddania jej ocenie powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają odrzucenia oferty są spójne i całościowe, a także poparte w pewnym zakresie dowodami złożonymi wraz z wyjaśnieniami i w pełnym zakresie dowodami uzupełnionymi bezpośrednio po złożeniu wyjaśnień,
2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty, która w porównaniu z ofertą wybraną przedstawia korzystniejszy bilans stosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert,
3. art. 16 ust 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie rozstrzygnięcia postępowania w taki sposób, że naruszyło to uczciwą konkurencję, a sposób stosowania prawa przez Zamawiającego narusza zasadę proporcjonalności,
4. art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady efektywności i wybór oferty innej niż najkorzystniejsza, mimo iż Zamawiający dysponował uzyskaną w postępowaniu wiedzą o tym, że inna z ofert (oferta Odwołującego) jest korzystniejsza i nie podlega odrzuceniu,

5. art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez taką ocenę dokumentów złożonych przez Odwołującego wskutek wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, która abstrahuje od obowiązkowych reguł wykładni oświadczenia woli i jest czynieniem ze swojego prawa pożytku niezgodnego z przeznaczeniem przepisu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i w razie konieczności nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego i w razie potrzeby wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących ceny oferty

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, odnosząc się do poszczególnych zarzutów, że Zamawiający w dniu 23 lutego 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej, a wezwanie powieliło treść art. 224 ustawy Pzp. Termin na złożenie wyjaśnień na 27.02.2023 r na godz. 10.00 z informacją że niedostarczenie dokumentów wymienionych w wezwaniu spowoduje odrzucenie oferty. Przed wyznaczonym terminem Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia, zawierające zestawienie kosztów i sposób ich obliczenia w tym nakłady pracy, koszty materiałowe, organizacyjne i inne oraz załączył dowody. Załączone dowody okazały się dowodami dotyczącymi innego postępowania, z tego samego rodzaju działalności, realizowanego w tym samym czasie, w zbliżonych okolicznościach i w części były tożsame jak informacje podawane w wyjaśnieniach

Odwołujący, który zorientował się, że załączony plik z dokumentami potwierdzającymi treść wyjaśnień nie jest dedykowany temu postępowaniu bezpośrednio po upływie terminu składania wyjaśnień załączył wszystkie dokumenty dotyczące kalkulacji ceny, które zamierzał złożyć w niniejszym postępowaniu na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 10 marca 2023 dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej poprzedzając ten wybór odrzuceniem oferty Odwołującego wskazując, że przedłożone wyjaśnienia nie są poparte dowodami, co skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bez podania podstawy prawnej. O ile uczynił to w stosunku do innych odrzucanych ze względu na cenę rażąco niską ofert, to w przypadku Odwołującego podstawy takiej nie podano. Działając w ten sposób Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości jednoznacznej argumentacji w odwołaniu. Brak bowiem po stronie Odwołującego wiedzy, czy zdaniem Zamawiającego oferta zawiera cenę rażąco niską czy też jedynie Zamawiający ocenił, iż Odwołujący nie wykazał, iż cena rażąco niska nie jest. Wniosując z treści uzasadnienia

odrzućenia oferty, Odwołujący dochodzi do wniosku, że Zamawiający nie rozważał tego, czy cena jest rażąco niska. Doszedł jedynie do wniosku, że brak przedłożenia dowodów na potwierdzenie prawidłowości obliczenia ceny sprawia, iż Odwołujący nie wykazał jej realnego charakteru i odrzucił ofertę Odwołującego.

Niesporne jest między Zamawiającym i Odwołującym (wynika to z akapitu 2 i 3 na stronie 7 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej), że Odwołujący w terminie złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty najkorzystniejszej (o godz. 9.53). Niesporne jest też, że o 9.57 złożono załączniki do tych wyjaśnień, z których widać było (tak zostały zatytułowane), że dotyczą innego postępowania o udzielenie zamówienia. Przyznane przez Zamawiającego jest także, że o godz. 10.01 wpłynęły kolejne załączniki. Te załączniki dotyczyły już właściwego (obecnego) postępowania. Zamawiający – jak wskazuje w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego nie poddał ich jednak ocenie jako spóźnionych. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty – Zamawiający nie poddał ocenie także wyjaśnień Odwołującego, które wpłynęły w terminie, a całość swojej decyzji o odrzuceniu oferty oparł o nieadekwatność do tego postępowania złożonych załączników (dowodów złożonych w terminie). Takie działanie Zamawiającego jest niezgodne z ustawą Pzp. Po pierwsze złożone wyjaśnienia kalkulacji ceny były na tyle obszerne i zawierające taki zakres informacji o cenach jednostkowych, sposobie ich ustalenia, że same – nawet bez załączenia dowodów powinny być podstawą przyjęcia, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Podane w tych wyjaśnieniach ceny jednostkowe najmu, wyposażenia i utrzymania biura, transportu i łączności, ubezpieczenia, koszty zatrudnienia wszystkich osób, marży, zysku i innych nieprzewidzianych kosztów są kompletne i nie pomijają żadnego elementu cenotwórczego. Zamawiający zresztą takich pominięć nie wskazuje, gdyż samych wyjaśnień zdaje się w ogóle nie przeanalizował a przynajmniej nie dał temu wyrazu w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Wysokość ponoszonych kosztów jest adekwatna do rynku, co choćby częściowo widać z załączonych omyłkowo załączników np. koszty ubezpieczenia, czy też koszty pracy niektórych osób – przewidywanych do pełnienia analogicznych funkcji, jak w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Zamawiający nie zwrócił uwagi bowiem, że jeśli praca osób (tych samych w pewnej części) jest dostępna wykonawcy (Odwołującemu) w ramach realizacji innej umowy za podawaną w dowodach kwotę, to nie można przyjąć, że za kwotę zbliżoną – podawaną w wyjaśnieniach Odwołujący nie uzyska tej pracy w ramach umowy, o której zawarcie ubiega się w przetargu obecnie. Podważanie tego przeczy zasadom logicznego rozumowania.

Zamawiający, dokonując oceny informacji otrzymanych od Odwołującego, skupił się na tym, że dowody przedstawiono jedynie dla niektórych okoliczności, tj. tylko dla 4 osób a nie 7, że polisa OC jest nieopłacona, co w ocenie Odwołującego jest nieistotne, gdyż polisa wskazuje jaki jest jej koszt a nie czy został już poniesiony. Zamawiający dokonał też

porównania cen zatrudnienia osób przedstawionych w wyjaśnieniach i w załącznikach i doszedł do wniosku, iż są rozbieżne, a tym samym nie można ustalić jakie są koszty faktyczne. To zachowanie nacechowane jest wadliwym sposobem oceny oświadczeń woli i brakiem dobrej wiary w czynnościach Zamawiającego. Zamawiający wiedział bowiem, że złożone załączniki nie dotyczą tego postępowania – to wynika już choćby z ich zatytułowania. Tym samym ich niespójności z załączonymi wyjaśnieniami musiały mieć miejsce. Jednakże same te niespójności nie mogą być przyczyną odrzucenia oferty. Po pierwsze – załączniki te potwierdzają, że poziomy kosztów podane w wyjaśnieniach są osiągalne (choć nie są w pełni tożsame w załącznikach i wyjaśnieniach). Po drugie – wiedza rynkowa, której Zamawiający, działając z należytą starannością w ocenie ofert nie może pomijać, jest wystarczająca by uznać, że wynagrodzenia osób (i inne koszty) w wysokości podawanej w samych wyjaśnieniach są realne. Podobnie realne jest zaangażowanie czasowe poszczególnych osób w wykonanie zamówienia podane we wyjaśnieniach (czego zresztą Zamawiający nie podważa). Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający zastosował błędną metodę oceny realności ceny. Ustawa Pzp wskazuje bowiem, że odrzuceniu podlega oferta, co do której nie złożono wyjaśnień ceny (art. 224 ust. 6). A te zostały w niniejszej sprawie złożone. Brak złożenia dowodów towarzyszących wyjaśnieniom nie jest podstawą do odrzucenia oferty. Dopiero przesądzenie, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny oferty (art. 224 ust 6 zd. 2) mogłoby być podstawą do odrzucenia oferty. Jednakże aby to przesądzić Zamawiający powinien poddać prawidłowej ocenie wyjaśnienia, a tego nie dokonał, poprzestając na ocenie dowodów (choć wiedział, że nie dotyczą wprost tej sprawy). O ile z treści wyjaśnień wynikałyby jakieś wątpliwości – Zamawiający mógł wezwać wykonawcę do uzupełnienia wyjaśnień i dokumentów. W sytuacji, w której Zamawiający otrzymał spójne i pełne wyjaśnienia, a także (choć po terminie) otrzymał dokumenty, które odnoszą się do tych wyjaśnień i dotyczą tego postępowania, Zamawiający miał podstawy by Odwołującego wezwać do uzupełnienia dokumentów (gdyby uznawał, że nie może przyjąć jako podstawy do zweryfikowania wyjaśnień tych złożonych z uchybieniem terminu). Zaniechanie tego wezwania godzi w efektywność wydatku. Formalizm, który nie wynika z przepisu prawa staje się bowiem przyczyną wyboru oferty gorszej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, iż wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień lub dokumentów powinno mieć miejsce, gdy co do istotny złożone wyjaśnienia są prawidłowe a wymagają jedynie potwierdzenia lub rozszerzenia. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie, w której złożono prawidłowe wyjaśnienia i pewną część dowodów, które co do niektórych kosztów osobowych i ubezpieczenia mogą być wystarczające. Nie można też abstrahować od tego, że przedłożone w terminie wyjaśnienia dotyczące kosztów transportu czy biura nie dezaktualizują się w ciągu 3-4 miesięcy tak by nie można było uznać tych złożonych w terminie za prawidłowe, tym bardziej, że ich porównanie do złożonych po

terminie wskazuje na tożsamość wyliczeń. Brak więc w zasadzie tylko dowodów na poziom kosztów zatrudnienia niektórych osób, ale koszty te wskazano w wyjaśnieniach i ujęto w kalkulacji na rynkowym poziomie. Są to koszty osób wykonywujących funkcje podobne jak te, co do których dowody przedstawiono (dla poprzednich inwestycji) i Zamawiający działając z właściwą starannością i troską o wydatki nie powinien od tego abstrahować i zaniechać uszczegółowienia informacji. Na taki sposób ponownego wzywania do przedstawiania informacji w procesie wyjaśniania ceny rażąco niskiej wskazuje Izba, np. w wyroku z dnia 23 stycznia 2023 r., KIO 81/23. Tak też np. Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 r., II Ca 915/20 w którym wskazał, że ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie Zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia.

Zamawiający w dniu 15 marca 2023 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania za pośrednictwem platformy komercyjnej SmartPZP.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 20 marca 2023 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 26 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego na podstawie przedłożonego do akt na rozprawie rachunku/faktury.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają odrzucenia oferty są spójne i całościowe, a także poparte w pewnym zakresie dowodami złożonymi wraz z wyjaśnieniami i w pełnym zakresie dowodami uzupełnionymi bezpośrednio po złożeniu wyjaśnień (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny – tożsamy dla wszystkich zarzutów:

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 519 033,35 zł, co stanowi równowartość 116 542,43 euro (protokół postępowania – Druk ZP-TP – str. 1).

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 550 000,00 zł brutto (protokół postępowania – Druk ZP-TP – str. 5).

W postępowaniu złożono 6 ofert, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty nr 1 złożona przez wykonawcę NBQ Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – 474 780,00 zł; cena oferty nr 2 złożona przez wykonawcę Promost Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze – 382 530,00 zł; cena oferty nr 3 złożona przez wykonawcę Komplet Inwest G. P. Sp. k. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – 478 347,00 zł; cena oferty nr 4 złożona przez wykonawcę Zachodnie Centrum Konsultingowe Euro Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – 575 640,00 zł; cena oferty nr 5 złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FAWAL F. W. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – 478 470,00 zł i cena oferty nr 6 złożona przez Odwołującego – 423 120,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 23 lutego 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zamawiający, pismem tym, działając na podstawie art. 224 ust. 4 ustawy Pzp wezwał także Odwołującego do wyjaśnień w zakresie:

- o 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 (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- o zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Nadto wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć także:

- o zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- o oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- o zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- o zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- o wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Termin dostarczenia ww. dokumentów określił „do dnia 27.02.2023 roku do godziny 10:00”.

Odwołujący, pismem z dnia 27 lutego 2023 r., wystąpił o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wskazując że „wezwanie zostało przez nas odebrane w dniu dzisiejszym, co uniemożliwia złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie”.

Odwołujący, pismem z dnia 27 lutego 2023 r., do godziny 10:00 złożył wyjaśnienia (wyjaśnienia opatrzył klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa) oraz załączył dowody.

Odwołujący w dniu 27 lutego 2023 r. o godzinie 10:01 złożył kolejne dowody.

Zamawiający pismem z dnia 10 marca 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy NBQ Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, wskazując iż Wykonawca w wyjaśnieniach w zakresie zatrudnienia ze stosunku pracy i zatrudnienia na umowę zlecenie odesłał do załącznika nr 1, a w zakresie wyjaśnień dotyczących zatrudnienia pracowników

odesłał do załącznika nr 2. W załączniku nr 2, mimo, iż Zamawiający nie żądał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, Wykonawca złożył oświadczenie, że inspektora branży konstrukcyjnej, sanitarnej oraz drogowej zatrudnia ze stosunku pracy - oświadczenie opatrzone było datą: 18.02.2022r., a więc prawie 5 miesięcy wcześniej niż wystosowano wezwanie. Ponadto w oświadczeniu wyjaśniano, iż osoby wykazane w oświadczeniu otrzymują wynagrodzenie za pracę, które znacznie przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, o którym mowa w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2021r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. 2021, poz. 1690). Wynagrodzenie Wykonawców dotyczyć miało 2023 roku, zatem powinno być zgodne z rozporządzeniem dotyczącym minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku. W załączniku nr 1 do wyjaśnień – kalkulacji ceny Wykonawca wykazał wynagrodzenie 4 inspektorów (branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej i drogowej) na okres 19 miesięcy w łącznej kwocie netto (jako koszty personelu) w wysokości 94 620,00 zł. Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu żądał 7 osób personelu, a wyliczenia dotyczyły 4, z czego wykazanego przez Wykonawcę inspektora branży konstrukcyjnej Zamawiający w ogóle nie żądał. Koszty transportu w kalkulacji ceny oszacowano na kwotę 500 zł netto/miesiąc. Biorąc pod uwagę odległość siedziby firmy od miejsca realizacji zadania (około 120 km), złożoność zadania, wymóg obecności 7 branżystów i koszty paliwa stanowczo zaniżono koszty z tym związane. W kalkulacji ceny Wykonawca wykazał łączną cenę ofertową brutto (zawierającą koszty: personelu, biura, transportu i łączności, koszty polisy OC, koszty inne na nieprzewidziane wydatki, marżę na koszty ogólne i zysk) w wysokości 238 374,00 zł brutto, podczas gdy cena ofertowa wynikająca z formularza ofertowego Wykonawcy wynosi: 423 120,00 zł brutto.

Ponadto jednym z załączników kalkulacji ceny była polisa OC firmy z potwierdzeniem opłaty II raty składki, podczas, gdy zgodnie z terminami płatności składek, do dnia 20.02.2023r. powinny zostać opłacone 4 składki. Wyjaśnienia nie są spójne z załącznikami dokumentującymi sposób wyliczenia oferowanej ceny. Nie zgadzają się wartości w tych dokumentach. W wyjaśnieniach widnieje inne wynagrodzenie personelu, niż w załączniku nr 1 - szczegółowej kalkulacji, koszty mebli i sprzętu w wyjaśnieniach wynoszą 700,00 zł netto/m-c, a w szczegółowej kalkulacji 500 zł netto/m-c, koszty transportu w wyjaśnieniach wynoszą 1000,00 zł netto/m-c, a w szczegółowej kalkulacji 500,00 zł netto/m-c, według wyjaśnień nieprzewidziane wydatki wynoszą 17 000,00 zł netto, a według szczegółowej kalkulacji 12 000,00 zł netto, w wyjaśnieniach marża na koszty ogólne wynosi 8 000,00 zł netto, a według szczegółowej kalkulacji 14 000,00 zł. Wobec tylu rozbieżności wręcz niemożliwym jest przyjęcie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z kolei stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W niniejszym stanie faktycznym podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i przepis ten, wbrew twierdzeniom Odwołującego, był wprost wskazany w „Informacji o wyborze oferty oraz odrzuceniu ofert” jako podstawa odrzucenia jego oferty (str. 7 wskazanej Informacji).

Niewątpliwym jest, że Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2023 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części. Wymagał m.in. wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Termin złożenia wyjaśnień i dostarczenia dokumentów określono „do dnia 27 lutego 2023 r. do godziny 10:00”. Niewątpliwym jest także, że Odwołujący we wskazanym przez Zamawiającego terminie złożył wyjaśnienia oraz dokumenty, które dotyczyły wyjaśnień złożonych w innym postępowaniu. Okoliczność tę przyznał także sam Odwołujący. Niemniej jednak w skierowanym do Odwołującego wezwaniu nie chodziło o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień lecz wyjaśnień czyniących zadość temu wezwaniu i poparcie ich dowodami odzwierciedlającymi podnoszone w wyjaśnieniach argumenty i wyliczenia.

Odwołujący po terminie na złożenie wyjaśnień wraz z dowodami złożył dokumenty (dowody), które miały potwierdzać prawidłowość złożonych wcześniej wyjaśnień. Dowody te wpłynęły jednak po terminie i nie mogły podlegać ocenie w zakresie dotyczącym skierowanego do Odwołującego wezwania. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien był na bieżąco monitorować platformę zakupową, za pomocą której przekazywana jest korespondencja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia i za pomocą, której zostało przekazane wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, platformy za pomocą, której wyjaśnienia i

załączniki złożył także Odwołujący, zdając sobie sprawę z konsekwencji ich złożenia po upływie terminu na ich złożenie i, mając świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich niezłożenia w terminie. Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać bowiem za profesjonalistę a „należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości”. (wyrok SO w Warszawie z dnia 29 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 109/21) Tak więc złożenie dowodów dotyczących tego konkretnego postępowania po upływie terminu na ich złożenie nie mogło skutkować uznaniem, że zostały złożone w terminie. Dlatego też Zamawiający prawidłowo uczynił nie oceniając tych dokumentów.

Wyjaśnienia te, jak słusznie podniósł Zamawiający, zostały złożone na druku dotyczącego innego postępowania opatrzonego informacją „Tajemnica przedsiębiorstwa” i zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 6-8). Tego innego postępowania dotyczy także wskazana w piśmie sygnatura sprawy. A ponadto nieścisłości i nieprawidłowości w treści złożonych wyjaśnień to nie tylko drobne nieprawidłowości. Kalkulacja kosztów zawarta w wyjaśnieniach Odwołującego – jak wskazał Zamawiający – jest o około 200 000,00 zł niższa od ceny wskazanej w ofercie. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnił m.in. kosztu zaangażowania całego personelu wymaganego przez Zamawiającego do realizacji tego zamówienia. Tymczasem koszty te stanowiły istotne części składowe ceny oferty zważywszy na zakres obowiązków ciążących na tych osobach.

Zamawiający - zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” - Rozdział X „Wymagania – personel Nadzoru Inwestorskiego” pkt 6 i Tabela nr 1 „Minimalne obowiązki dla kluczowego personelu” - wskazał, iż wymaga od Wykonawcy skierowania do wykonania umowy personelu:

- a. „Koordynator/Kierownik Zespołu Nadzoru Inwestorskiego,
- b. Inspektor branży drogowej,
- c. Inspektor branży sanitarnej,
- d. Inspektor branży elektrycznej,
- e. Inspektor branży telekomunikacyjnej,
- f. Inspektor ds. zieleni,
- g. Inspektor ds. rozliczeń”.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach przy realizacji zamówienia nie uwzględnił 3 z 7 wymaganych przez Zamawiającego kluczowych przedstawicieli personelu, tj.: Koordynatora/Kierownika Zespołu Nadzoru Inwestorskiego, Inspektora branży telekomunikacyjnej oraz Inspektora ds. zieleni. Natomiast uwzględnił koszty Inspektora branży konstrukcyjnej, mimo iż w tym postępowaniu Zamawiający nie wymagał zaangażowania do realizacji ww. zamówienia inspektora tej branży.

Niezależnie od powyższego Odwołujący, szacując koszty zaangażowania personelu, który wedle jego oświadczenia zatrudniony jest na podstawie umowy o pracę, pominął kwestie obciążeń pracodawcy, tj. zastępstw tych osób w razie urlopu, choroby, delegacji itp. Uwzględnienie ich w kosztorysie nie wynika z treści wyjaśnień. Pominął również czas dojazdu Inspektorów na miejsce realizacji zamówienia (min. 2 godziny na każdego Inspektora na każdy pobyt). Tymczasem koszt zaangażowania każdego z Inspektorów do realizacji danej inwestycji powinien być poszerzony o czas dojazdu. Koszt ten, jak wskazał Zamawiający, odwołując się do treści Załącznika nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI „Wymagania ogólne Zamawiającego” pkt 2 - jest zaniżony. Powołany załącznik odnosi się bowiem m.in. do wymaganej minimalnej bezpośredniej obecności na placu budowy personelu Nadzoru Inwestorskiego i jest różny dla każdego z członków personelu. Koszt transportu – jak wykazał Zamawiający - jest więc zaniżony, biorąc pod uwagę minimalną ilość pobytów na budowie, odległość siedziby Odwołującego od miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, koszty paliwa, koszty ubezpieczenia pojazdu, koszty badań technicznych pojazdu, koszty wymiany opon, amortyzację, ewentualne naprawy itp.

Ocenie Zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny podlegały więc wyjaśnienia i załączniki złożone w terminie wskazanym w wezwaniu. Niemniej jednak już sam fakt złożenia wyjaśnień na bazie wyjaśnień dotyczących innego postępowania, co jednoznacznie wynika z ich treści i w oparciu o dowody dotyczące tego innego postępowania poddaje w wątpliwość prawidłowość i realność dokonanych kalkulacji cenowych. Zamawiający nie może bowiem opierać się wyłącznie na samej kalkulacji ceny, czy rozbiciu ceny na poszczególne składniki bez potwierdzenia jej realności dowodami, zwłaszcza że w ich treści występuje szereg nieścisłości a wręcz sprzeczności. Ceny te zostały bowiem skalkulowane dla potrzeb innego postępowania i nawet jeśli jest ono podobne rodzajowo czy też zbliżone do przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania nie może być uznane za skutecznie wyjaśnione w tym postępowaniu. Nie sposób przecież uznać, iż są to pełne wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oferty złożone dla potrzeb tego postępowania.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie rozstrzygnięcia postępowania w taki sposób, że naruszyło to uczciwą konkurencję, a sposób stosowania prawa przez Zamawiającego narusza zasadę proporcjonalności (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

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

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny”.

Przepis ten zawiera podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności. Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Wykonawcy powinni więc być jednakowo traktowani na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Nie można więc uznać, że przyjęcie przez Zamawiającego do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyłącznie dokumentów złożonych w terminie wskazanym w wezwaniu na ich złożenie narusza tę zasadę. Ustawa nakazuje bowiem ocenę ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom zasad, w tym także dotyczących składania wyjaśnień, jak i określonych przez Zamawiającego terminów na ich złożenie.

Tak więc wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień przez Odwołującego, na skutek ich złożenia po upływie terminu i uznanie, że zostały złożone w terminie, podczas gdy inni wykonawcy będący w tej samej sytuacji zastosowali się do wymogów Zamawiającego doprowadziłoby do naruszenia tej zasady. Zasada równego traktowania wykonawców zabrania bowiem Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców i gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do zamówienia. W przypadku uznania dokumentów złożonych przez Odwołującego po upływie terminu za złożone prawidłowo doszłoby w istocie do naruszenia tej zasady.

Zamawiający nie naruszył także zasady proporcjonalności. W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez Zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia i takie niewątpliwie są.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady efektywności i wybór oferty innej niż najkorzystniejsza, mimo iż Zamawiający dysponował uzyskaną w postępowaniu wiedzą o tym, że inna z ofert (oferta Odwołującego) jest korzystniejsza i nie podlega odrzuceniu (zarzut 4 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów”.

Zasada efektywności wyraża się w obowiązku udzielania zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych (jeżeli są oczywiście możliwe do osiągnięcia). W świetle tej zasady Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług i robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia ale w ramach środków, które może przeznaczyć na jego realizację. Istotna jest więc efektywność samego procesu udzielenia zamówienia, w ramach którego Zamawiający zobowiązany jest do zastosowania takich procedur i takich instrumentów, które pozwolą na osiągnięcie rezultatu w postaci prawidłowo i sprawnie przeprowadzonego postępowania zakończonego udzieleniem zamówienia.

Postępowanie, w tej części, która jest przedmiotem zaskarżenia, zostało przeprowadzone prawidłowo. Zamawiający wezwał bowiem wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i następnie dokonał oceny złożonych dokumentów – dokumentów złożonych wyłącznie w terminie wskazanym w wezwaniu. Ich ocena – jak już wyżej wskazano - nie dała podstaw do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Przeciwnie stanowiła podstawę do odrzucenia jego oferty.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez taką ocenę dokumentów złożonych przez Odwołującego wskutek wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, która abstrahuje od obowiązkowych reguł wykładni oświadczenia woli i jest czynieniem ze swojego prawa pożytku niezgodnego z przeznaczeniem przepisu (zarzut 5 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 8 ustawy Pzp stanowi, że:

„1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.

3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.
4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.
5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota”.

Przepis ten ustanawia zasadę stosowania przepisów kodeksu cywilnego do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konkursie, a także do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. „W tym kontekście warto zauważyć, że pojęcie „czynności w postępowaniu” nie oznacza zazwyczaj czynności prawnych w rozumieniu k.c., lecz czynności specyficzne, właściwe dla Pzp, których niedopełnienie przez zamawiającego lub przekroczenie właściwych im standardów wiąże się zwykle z konsekwencjami naruszenia przepisów Pzp. Natomiast te kwestie, które nie zostały uregulowane w Pzp, lecz odnoszą się do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do konkursu lub do umowy w sprawie zamówienia publicznego, powinny być interpretowane i rozstrzygane w oparciu o przepisy k.c., z wykorzystaniem instytucji cywilnoprawnych. Dotyczy to w szczególności zasad takich jak zakaz nadużywania prawa czy zachowania należytej staranności.”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021 r.)

Przepis ten określa także obliczanie terminów, jednoznacznie wskazując, iż w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp do kwestii liczenia terminów mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego.

W tym stanie faktycznym Zamawiający w „Wezwaniu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” (pismo z dnia 23 lutego 2023 r.), wysłanym do wykonawcy w dniu 23 lutego 2023 r. za pośrednictwem platformy SmartPZP wskazał, że termin dostarczenia dokumentów wyznacza „do dnia 27.02.2023 roku do godziny 10:00”. Natomiast Odwołujący, co jest bezsporne, gdyż okoliczność tę przyznał już w piśmie z dnia 27 lutego 2023 r., wezwanie to odebrał w dniu 27 lutego 2023 r. (jak bowiem wskazał wezwanie odebrał „w dniu dzisiejszym”). Bezspornym jest także, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, a które to dowody dotyczyły wyjaśnień składanych w innym postępowaniu, złożył w terminie a więc w dniu 27 lutego 2023 r. do godziny 10:00. Natomiast kolejny plik dowodów, które jak podkreśla Odwołujący dotyczyły już wyjaśnień składanych w tym postępowaniu, przesłał do Zamawiającego w dniu 27 lutego 2023 r. po godzinie 10:00, tj. o godzinie 10:01.

Oznacza to, że dokumenty, które wpłynęły do Zamawiającego po godzinie 10:00 a więc po upływie terminu na ich złożenie nie mogły podlegać ocenie Zamawiającego. Zamawiający nie naruszył więc reguł wynikających z art. 8 ustawy Pzp. Zamawiający nie naruszył także wskazanych przez Odwołującego przepisów kodeksu cywilnego.

Z treści art. 5 k.c., tj. przepisu dotyczącego nadużycia prawa podmiotowego wynika bowiem, że jeżeli uzna się wykonywanie przysługującego prawa podmiotowego za niezgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, to takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Wypracowane przez orzecznictwo i doktrynę ogólne reguły zastosowania tego przepisu wskazują, że jego zastosowanie ma wyjątkowy charakter, co sprawia, że podnosząc zarzut nadużycia prawa z powodu zachowania sprzecznego z zasadami współżycia społecznego należy wskazać, jaka spośród przyjętych w społeczeństwie zasad moralnych została w danej sytuacji naruszona (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1994 r., II CRN 127/94, Lex nr 82293, z dnia 7 maja 2003 r., IV CKN 120/01, niepubl., z dnia 23 maja 2002 r., IV CKN 1095/00, niepubl. oraz z dnia 14 października 1998 r., II CKN 928/97, OSN 1999, Nr 4, poz. 75). Ocena dokumentów złożonych przez Odwołującego wskutek wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – zgodnie z ustawą Pzp - należy do Zamawiającego. Zastosowanie art. 5 k.c. możliwe jest tylko i wyłącznie w szczególnych wypadkach i nie można czynić z niego reguły. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie zaszła taka okoliczność, która pozwoliłaby na zastosowanie regulacji wypływającej z art. 5.k.c. Zasady współżycia społecznego wyrażają bowiem ideę słuszności w prawie i wolności ludzi oraz odwołują się do powszechnie uznawanych wartości. Przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania a przy przyjmowaniu nadużycia prawa z powołaniem się na zasady współżycia społecznego, konieczne jest zachowanie szczególnej ostrożności. W praktyce winno to następować w sytuacjach wyjątkowych. Należy przy tym mieć na względzie dwie zasadnicze okoliczności, a mianowicie, że domniemywa się, iż osoba korzystająca ze swego prawa czyni to w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego oraz że odwołanie się, zwłaszcza ogólnikowo, do klauzul generalnych przewidzianych w art. 5 k.c. nie może podważać pośrednio mocy obowiązujących przepisów prawnych. (Vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1994 r., sygn. akt II CRN 127/94). Okoliczność, że ocena złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz złożonych wraz z nią dowodów (dowodów złożonych w terminie wskazanym w odwołaniu) a więc ocena dokonana wyłącznie na podstawie dokumentów złożonych w terminie nie uzasadnia przyjęcia, że na podstawie art. 5 k.c. ocenie powinny podlegać także dowody złożone przez wykonawcę po upływie terminu na ich złożenie.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 65 § 1 k.c., który stanowi, że „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Wykładnia oświadczeń woli polega bowiem na ustaleniu ich znaczenia, czyli sensu i ma na celu ustalenie właściwej treści regulacji zawartej w oświadczeniu woli. Reguły interpretacyjne

dotyczące tego przepisu odnoszą się z jednej strony do woli (intencji) osoby dokonującej czynności prawnej, z drugiej natomiast zaufania, jakie budzi złożone oświadczenie woli u innych osób. Nie można przecież żądać dokonania interpretacji oświadczenia z pominięciem części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tej części, która nie odnosi się do tego postępowania), jak i dowodów, które wprost odnoszą się do innego postępowania, a które zostały złożone w terminie i przyjęć do oceny dowody złożone po upływie terminu na ich złożenie. Wykładnia oświadczenia woli nie służy bowiem konwalidowaniu nieprawidłowo złożonych dokumentów.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Tym samym zarzut naruszenia **art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty, która w porównaniu z ofertą wybraną przedstawia korzystniejszy bilans stosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert (zarzut 2 odwołania)**, wobec niepotwierdzenia się zarzutów: 1 oraz 3-5 odwołania, nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: