

WYROK
z dnia 19 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2022 r. przez wykonawcę **FB-JELCZ sp. z o.o. w Chwaszczynie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Kartuski z siedzibą w Kartuzach**

przy udziale wykonawcy **Energokon-Plus sp. z o. o. w Sosnowcu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Kartuski z siedzibą w Kartuzach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FB-JELCZ sp. z o.o. w Chwaszczynie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Powiatu Kartuskiego z siedzibą w Kartuzach** na rzecz wykonawcy **FB-JELCZ sp. z o.o. w Chwaszczynie** kwotę **14.107 zł 00 gr** (słownie: czternastu tysięcy stu siedmiu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

Powiat Kartuski z siedzibą w Kartuzach, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest rozbiórka budynku produkcyjnego i dwóch obiektów pomocniczych usytuowanych w Żukowie oraz uporządkowanie terenu po dokonanej rozbiórce.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 kwietnia 2022 r., nr 2022/BZP 00122403/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 5 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca FB-JELCZ sp. z o.o. w Chwaszczynie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez odrzucenie jego oferty, mimo że złożył wyjaśnienia wraz z dowodami stanowiącymi uzasadnienie ceny zawartej w swej ofercie i wyjaśnienia te potwierdzały, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez uzasadnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty w sposób lakoniczny, ogólnikowy i uniemożliwiający dokonanie kontroli decyzji w toku kontroli odwoławczej;

3) art. 204 ust. 1 Pzp przez niedokonanie przez zamawiającego wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, pomimo faktu, iż spełniał on warunki udziału w zamówieniu oraz jego oferta była zgodna z SIWZ i winien za nią uzyskać najwyższą ilość punktów spośród wszystkich złożonych ważnie ofert, a podana przez niego cena zamówienia nie była rażąco niska i udzielił odpowiednich wyjaśnień na złożone mu wezwania zamawiającego;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez ENERGOKON-PLUS sp. z o.o., zwanego dalej również „przystępującym”, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty,
- 4) wyboru oferty złożonej przez siebie, jako oferty najkorzystniejszej,

5) ewentualnie wezwanie go do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących wyjaśnień ceny, w tym dowodów, złożonych zamawiającemu w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że pismem z dnia 17 maja 2022 r. zamawiający poinformował go, że zaoferowana cena całkowitej oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania i wezwał go do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Zdaniem odwołującego wezwanie miało charakter ogólny, co oznacza, że nie były w nim sprecyzowane poszczególne obszary, które budziły wątpliwości zamawiającego co do zaoferowanej ceny.

Odwołujący wskazał, że pismem z 19 maja 2022 r. przedstawił składniki cenotwórcze, które pozwoliły na złożenie przedmiotowej oferty. Odwołujący podniósł, że wskazał w szczególności na:

- 1) szczególne uwarunkowania dotyczące zakupów i przechowywania paliwa,
- 2) organizację swej pracy,
- 3) odległość prac objętych przetargiem od jego siedziby i zakładu utylizacji, będącego jego kontrahentem,
- 4) niższe koszty utylizacji odpadów od konkurencji,
- 5) posiadanie własnego parku maszynowego pozwalającego na wykonanie prac,
- 6) fakt posiadania odpowiedniej polisy ubezpieczeniowej.

Odwołujący wskazał, że ponadto złożył dowody i oświadczenia wskazujące na zgodność w zakresie wynagradzania pracowników i zgodność wykonania zamówienia z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Odwołujący podniósł, że pismem z 2 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował, że złożone wyjaśnienia nie uwiarygadniają w sposób wystarczający realizacji przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie i wniósł o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących:

1) „kosztów paliwa. Z faktury nr GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022 r. dołączonej do wyjaśnień nie wynika, aby Wykonawca posiadał jakieś ceny hurtowe, upusty o których pisze w pkt 2 Wyjaśnień. Cena netto bez rabatu (kol. 6) jest taka sama jak cena jedn. netto (kol. 8). Poza tym w kol. 7 tj. Narzut Rabat (%) widnieje 0,00.

2) posiadania własnych zbiorników paliwa. Jak przekłada się posiadanie własnych zbiorników paliwa na wykonanie przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie.”

Zdaniem odwołującego ze sposobu sformułowania powyższego pisma wynikało, że jedynie w powyższym obszarze zagadnień złożone wyjaśnienia nie uwiarygadniały w ocenie zamawiającego w sposób wystarczający realizacji przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie. Odwołujący argumentował, że zgodnie z zasadami prawidłowego

wnioskowania w pozostałym zakresie jego odpowiedź była w pełni satysfakcjonująca dla zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że pismem z 7 czerwca 2022 r. w sposób szczegółowy wyjaśnił wątpliwości zamawiającego. Argumentował, że w zakresie punktu 1 pisma zamawiającego:

- 1) przedstawił szczegóły posiadanej oferty na cenę paliwa, porównując ją do standardów rynkowych. Uważał, że przedstawił w tym zakresie dowody, z których bezpośrednio wynikają mniejsze od standardowych koszty paliwa (preferencyjna cena względem ceny rynkowej);
- 2) wyjaśnił przy tym, że planował w ramach realizacji zadania wykorzystać uzyskany rabat na paliwo w wysokości 50.000 zł, przedstawiając oświadczenie kontrahenta o przyznaniu takiego rabatu;
- 3) przedstawił kalkulację zużycia paliwa w ramach realizacji zadania przetargowego - ilości wyjazdów sprzętu potrzebnego do realizacji zadania i średniego spalania, uwiarygadniając kalkulację planowanych kosztów zużycia paliwa.

Odwołujący wskazał, że w zakresie punktu 2 pisma zamawiającego przedstawił wyjaśnienie korzyści wynikających z posiadania własnych zbiorników paliwa:

- 1) pozwala to na zgromadzenie ilości paliwa potrzebnego do realizacji zadania i uniezależnienie się od późniejszych zmian cen paliwa (w szczególności od notowanych w ostatnim czasie wzrostów cen);
- 2) pozwala to na znacznie lepszą organizację pracy, co skutkuje obniżeniem kosztów (np. kosztów pracy) i szybszą realizacją zadania.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że wskazał na korzyści wynikające z bliskiej współpracy z firmą zajmującą się zbieraniem i utylizacją odpadów budowlanych (EKO-KRUSZ s.c. A.S. B.), położoną w jego bezpośrednim sąsiedztwie. Odwołujący wskazał, że jeszcze raz wyjaśnił, że jego korzystne położenie (odległość od miejsca realizacji zadania, odległość od zakładu zbierania odpadów) pozwala na zoptymalizowanie kosztów realizacji zadania i ich bardzo dobrą organizację, wyróżniając go na rynku i skutkując możliwością zapewnienia konkurencyjnej oferty.

Odwołujący wskazał, że pismem z 30 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował go o wyborze oferty złożonej przez ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. oraz o odrzuceniu jego oferty. Zdaniem odwołującego w piśmie zamawiającego zawarto lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty i wskazano, że wyjaśnienia złożone przez niego *„nie były wyczerpujące, konkretne i przekonujące dla Zamawiającego, aby wykonać przedmiot zamówienia w zaoferowanej cenie”*.

Odwołujący argumentował, że jednocześnie w piśmie z 30 czerwca 2022 r. przedstawiono zestawienie ofert złożonych przez pozostałych oferentów. Z jego wycień wynika, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert (których było aż 16), obliczona w sposób określony w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, wyniosła 1.676.371,65 zł, a więc

średnia arytmetyczna złożonych ofert była aż o 217.830,76 zł (11,5%) niższa od oferty złożonej przez niego. Odwołujący wskazał, że jego oferta była zatem o ponad 10% wyższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z jego wiedzą i doświadczeniem, jest notoryczną praktyką, że zamawiający w przetargach obejmujących prace rozbiórkowe rażąco zawyżają szacowaną wartość zamówienia. Wynika to z opierania się przy ustalaniu wartości zamówienia o dostępne na rynku katalogi służące do kosztorysowania (np. KNR), które nie uwzględniają aktualnych, nowoczesnych metod rozbiórki przy użyciu specjalistycznego sprzętu i w konsekwencji znacząco odbiegają od warunków rynkowych.

Odwołujący argumentował, że jego oferta została w sposób nieuzasadniony odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp i nie została przez zamawiającego oceniona. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.484.988,51 zł brutto, co oznacza, że biorąc pod uwagę złożone oferty wszystkich wykonawców, przewidujących średnią cenę na poziomie 1.676.371,65 zł, zakładany przez zamawiającego budżet znacząco przewyższa kwotę potrzebną do realizacji zamówienia, jaką będzie musiał przeznaczyć wykonawca, któremu udzielone zostanie zamówienie publiczne. Odwołujący zauważał, że oferty złożone przez wykonawców w toku postępowania są w większości zbliżone. Tym samym wszystkie oferty w sposób wyraźny odbiegały od przeszacowanej wartości zamówienia przyjętej błędnie przez zamawiającego. Odwołujący podkreślał, że różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen ofert wszystkich wykonawców, wynoszącą 1.676.371,65 zł a szacowaną wartością realizacji zadania przyjętą przez zamawiającego w wysokości 5.484.988,51 zł wyniosła 3.808.616,86 zł. Tak więc różnica ta stanowi blisko 70% zakładanej przez zamawiającego wartości zamówienia.

Odwołujący argumentował, że zamawiający, pomimo przeszacowania wartości zamówienia, pismem z 17 maja 2022 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający swoim wezwaniem objął całą cenę wynikającą z jego oferty, a swoje wątpliwości oparł na dysproporcji w stosunku do przyjętej przez siebie wartości zamówienia.

Odwołujący przywołał brzmienie przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zdaniem odwołującego, zważywszy na istotne prawdopodobieństwo przeszacowania wartości zamówienia, ustalonej przed wszczęciem postępowania przez zamawiającego, jego oferta nie powinna podlegać procedurze z art. 224 Pzp z uwagi na drugą z przesłanek (tj. nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp), a zatem w myśl przepisu art. 224 ust. 1 pkt 1 in fine należało uznać, że rozbieżność jest jedynie potencjalna i wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (tj. przeszacowania wartości zamówienia).

Według odwołującego, fakt przeszacowania zamówienia powinien rzutować na ocenę wyjaśnień składanych przez niego w dalszym toku. W szczególności z uwagi na to, że cena zaoferowana przez niego przewyższała średnią arytmetyczną cen ze wszystkich złożonych ofert, należało zastosować mniej rygorystyczne kryteria dla oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Przywołane okoliczności wskazują bowiem obiektywnie na istnienie mniejszych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego przedmiotowe wezwanie zamawiającego było ogólne i nie precyzowało, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie dokumenty zamawiający oczekuje wyjaśnienia wyliczenia ceny jego oferty. Zamawiający powtórzył jedynie wynikający z art. 224 ust. 3 Pzp zakres oczekiwanych wyjaśnień. Z treści przedmiotowego wezwania wynika jasno, że zamawiający oparł swoje wątpliwości wyłącznie w odniesieniu do szacowania wartości zamówienia dokonanego przez zamawiającego oraz, że dotyczyły one całej ceny jego oferty.

Odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego, za pismem z 19 maja 2022 r. złożył wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące sposobu ustalenia ceny oferty, w których potwierdził, że przy obliczaniu ceny uwzględnił wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Odwołujący uważał, że szczegółowo omówił sposób wyliczenia zaoferowanej ceny, odnosząc się do wszystkich podniesionych przez zamawiającego kwestii. Odwołujący wskazał, że do swych wyjaśnień dołączył także dowody dokumentujące m.in. wysokość kosztów paliwa i kosztów utylizacji. Zdaniem odwołującego wezwanie zamawiającego powinno spełniać określone wymagania, tak aby umożliwić mu wyjaśnienie wątpliwości zamawiającego.

Według odwołującego, można uznać, że powyższe kryteria spełniało drugie wezwanie złożone przez zamawiającego (pismo z 2 czerwca 2022 r.), ponieważ zawierało ono sprecyzowane pytania dotyczące określonych kosztów i usprawnień, które budziły wątpliwości zamawiającego. Odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dodatkowych dowodów, pismem z 7 czerwca 2022 r. podtrzymał w całości dotychczas złożone wyjaśnienia i stanowisko, o którym mowa powyżej oraz odniósł się szczegółowo i precyzyjnie do wszystkich dodatkowych kwestii wskazanych przez zamawiającego, przedstawiając stosowne dowody. Odwołujący uważał, że w sposób rzetelny wyjaśnił możliwe oszczędności wynikające ze swych właściwości indywidualnych w obszarach określonych wezwaniem zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonując czynności odrzucenia jego oferty, przeprowadził nieuzasadnioną i błędną ocenę jego oferty i złożonych dwukrotnie przez niego wyjaśnień.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie uzasadnił w sposób odpowiedni, umożliwiającą wnikliwą analizę i kontrolę w ramach odwołania, przesłanek odrzucenia oferty, wskazując jedynie, że wyjaśnienia nie były wyczerpujące, konkretne i przekonujące dla zamawiającego, aby wykonać przedmiot zamówienia w zaoferowanej cenie. Tym samym Zamawiający naruszył obowiązek przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zdaniem odwołującego, w uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający w sposób kompleksowy ma obowiązek poinformować wykonawcę o przyczynach odrzucenia jego oferty z postępowania. Czynność ta ma doniosłe znaczenie nie tylko z powodu uzyskania przez wykonawcę konkretnej informacji o powodach odrzucenia jego oferty ale ma także wpływ na zakres zaskarżenia tego rodzaju czynności w postępowaniu odwoławczym. Jednocześnie w przypadku, gdy zamawiający decyduje się na dokonanie czynności tak dolegliwej z punktu widzenia wykonawcy, jak odrzucenie jego oferty, to to na nikim innym, jak tylko na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania wypełnienia przesłanek określonych w Pzp i konkretnego wskazania przyczyn odrzucenia oferty.

Odwołujący uważał, że zamawiający nie wypełnił obowiązku w zakresie odpowiedniego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty, ponieważ nie wykazał w sposób dostateczny, że właśnie z powodów przez niego wskazanych jego oferta zawiera cenę rażąco niską cenę. Odwołujący argumentował, że uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę nie zawiera żadnej informacji uzasadniającej stanowisko zamawiającego. Zamawiający nie przedstawił również szczegółowych argumentów, które przesądziły o uznaniu jego oferty za podlegającą odrzuceniu.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Energokon-Plus sp. z o. o. w Sosnowcu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty

wykonawców, wezwanie zamawiającego z 17 maja 2022 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia odwołującego z 19 maja 2022 r. co do ceny ofertowej z dowodami, wezwanie zamawiającego z 2 czerwca 2022 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia odwołującego z 7 czerwca 2022 r. co do ceny ofertowej z dowodami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 30 czerwca 2022 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli 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.

2. 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.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
 - 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
 - 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
 - 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
 - 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
 - 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
 - 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
 - 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania,

jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rozbiórka budynku produkcyjnego i dwóch obiektów pomocniczych usytuowanych w Żukowie oraz uporządkowanie terenu po dokonanej rozbiórce.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 4.459.340,25 zł netto w dniu 7 kwietnia 2022 r. na podstawie kosztorysów inwestorskich wykonanych w dniu 25.10.2021 r., 29.10.2021 r. oraz 4.11.2021 r. (por. pkt 3 protokołu postępowania, w aktach sprawy, w dokumentacji elektronicznej przekazanej przez zamawiającego na płycie DVD).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

I.p.	Nazwa i adres wykonawcy(ów)	Cena brutto
1	P.P.H.U. „TORO” A. G. Krąg 42, 83-200 Starogard Gdański	4 316 072,60 zł
2	Tryton Polska T. S., A. B. Spółka Cywilna ul. Górczewska 228/151 01-460 Warszawa	1 107 000,00 zł
3	BAKAMAX sp. z o.o. Iwanowice Małe ul. Długa 67 42-152 Opatów	478 101,00 zł
4	ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec	3 136 500,00 zł
5	STEN-BUD sp. z o.o. Sp. k ul. Kartuska 28A 83-304 Przdokowo	1 167 270,00 zł
6	FB-JELCZ sp. z o.o., ul. Polna 45 80-209 Chwaszczyno	1 894 202,41 zł
7	FHU P. Z. ul. Kusocińskiego 6/56 88-100 Inowrocław	965 550,00 zł
8	Z.U.H. „MEGA-POL” D. P. Turów, ul. Długa 27B, 42-256 Turów	1 442 240,31 zł
9	GABREX sp. z o.o. ul. Raduńska 66c 83-331 Niestępowo	1 559 640,00 zł
10	SEBA-KOP S. Ś. ul. Strumykowa 3 76-200 Słupsk	369 000,00 zł
11	Firma Handlowo-Usługowa „MARKOP” M. i Z. D. ul. Cyprysowa 3 84-240 Reda	190 000,00 zł

12	DAN-REX sp. z o.o. ul. Przyrodników 30 80-298 Gdańsk	1 440 000,00 zł
13	HARD TECHNIK R. M. ul. Ikara 3A/6 81-197 Gdynia	3 171 186,00 zł
14	AKPE GROUP sp. z o.o. ul. Budowlana 8a/115 40- 301 Katowice	731 850,00 zł
15	Specjalistyczna Firma Wyburzeniowa Forest W. F. ul. Alabastrowa 12 55- 095 Kamień	3 173 400,00 zł
16	Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD” Sp. z o.o. ul. Legnicka 16 55-300 Środa Śląska	1 679 934,00 zł

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.484.988,51 zł brutto. (por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczanej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 17 maja 2022 r. poinformował odwołującego, że w trakcie badania jego oferty stwierdzono, iż zaoferowana cena całkowita oferty jest niższa niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający wskazał, że oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 5.484.988,51 zł brutto, oferta odwołującego opiewa na kwotę 1.894.202,41 zł brutto, a zatem jest niższa o 65,475 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym zamawiający, działając, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do *złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.*

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że *przedmiotowe wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:*

- 1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy,;*
- 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
- 3) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
- 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*

- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 19 maja 2022 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. oświadcza, że całość zamówienia wykona siłami własnymi.

Uwzględniając wszystkie założenia, i naszą kalkulację na etapie ofertowania realizacji Inwestycji Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. podtrzymuje wykonanie zamówienia za cenę: brutto: 1 894 202,41 zł

W celu potwierdzenia kalkulacji poniżej przedstawiamy składniki cenotwórcze:

1. Kosztorys ofertowy(zał. nr 1)

2. Koszt paliwa:

Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. posiada własne zbiorniki paliw, co wiąże się z hurtowym zakupem oleju napędowego, dlatego też koszty eksploatacyjne samochodów i maszyn są niższe

niż przy użytkowaniu zewnętrznych stacji paliwowych (zał. nr 2)

3. Lokalizacja w/w zadania jest blisko siedziby naszej firmy, co ułatwia koordynację prac i obniża koszty realizacji zadania(zał. nr 3)

4. Oświadczamy, iż posiadamy własny park maszynowy:

- koparki gąsienicowe
- koparki kołowe
- koparko- ładowarki
- ładowarki
- mini koparki na gąsienicach gumowych
- kruszarki
- przesiewacze
- młoty wyburzeniowe
- szczęki kruszące

oraz flotę samochodów ciężarowych:

- samochody samowyładowcze
- samochody dostawcze
- samochody z naczepami, niskopodwoziówka, platforma do przewozu materiałów
- samochody typu hakowiec wraz z kontenerami na odpady

co automatycznie niweluje koszty związane z wynajmem sprzętu.

5. Współpracujemy ze składem recyklingu i kruszyw EKO-KRUSZ s.c. A.S. B., dzięki czemu ponosimy niższe koszty utylizacji odpadów (zał. nr 4).

6. Oświadczamy, że wszyscy pracownicy firmy przewidziani na w/w zadanie są zatrudnieni na umowę o pracę co wiąże się z pełną dyspozycyjnością w zasobach ludzkich oraz 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. (zał. nr 5). Ponadto każdy z pracowników posiada aktualne badania lekarskie orzeczenie o zdolności do wykonywania pracy, szkolenia bezpieczeństwa i higieny pracy (BHP), oraz wiedzę niezbędną do prawidłowego wykonania robót. (zał. nr 6)

7. Informujemy, iż posiadamy polisę ubezpieczeniową na kwotę 5 000 000,00 zł (zał. nr 7).

8. Oświadczenie odnośnie zgodności wykonania zamówienia z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (zał. nr 8).

Poniżej, w załącznikach przedstawiamy dokumenty które potwierdzają zasoby posiadane przez firmę FB-JELCZ Sp. z o. o. z siedzibą w Chwaszczynie przy ul. Polnej 45.:

Zał. nr 1. Kosztorys

Zał. nr 2. Faktura VAT zakupowa z dnia 12.05.2022 r. - dokumentująca cenę paliwa

Zał. nr 3. Mapka – potwierdzająca odległość

Zał. nr 4. Oświadczenie EKO-KRUSZ – utylizacja odpadów

Zał. nr 5. Zaświadczenie ZUS o ilości zatrudnionych pracowników

Zał. nr 6. Zaświadczenie BHP

Zał. nr 7. Polisa OC

Zał. nr 8. Oświadczenie

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z 2 czerwca 2022 r. poinformował odwołującego, że złożone wyjaśnienia nie uwiarygadniają w sposób wystarczający realizacji przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie i wniósł o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących:

1) „kosztów paliwa. Z faktury nr GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022 r. dołączonej do wyjaśnień nie wynika, aby Wykonawca posiadał jakieś ceny hurtowe, upusty o których pisze w pkt 2 Wyjaśnień. Cena netto bez rabatu (kol. 6) jest taka sama jak cena jedn. netto (kol. 8). Poza tym w kol. 7 tj. Narzut Rabat (%) widnieje 0,00.

2) posiadania własnych zbiorników paliwa. Jak przekłada się posiadanie własnych zbiorników paliwa na wykonanie przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie.”

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 7 czerwca 2022 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. w nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 02.06.2022r. poniżej przedstawia dodatkowe wyjaśnienia.

1) Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. informuję, iż na fakturze nie jest oznaczony rabat, lecz cena paliwa zakupionego przez nas jest niższa od cen paliw na stacjach, co udowodnimy poniżej: Koszt paliwa. Przedstawiona Państwu faktura nr GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022 r. pokazuje cenę już po rabacie dlatego też w rubryce „narzut / rabat” widnieje 0%. Cena w hurcie ORLEN z dnia 12.05.2022 wynosi 6,582 zł za litr w fakturze widnieje kwota 6,330 zł za litr, różnica w cenie jest już o 0,252 gr mniejsza niż w hurcie (w załączniku nr 1 wydruk archiwalny cen paliw z ORLEN).

Cena oleju napędowego zgodnie z fakturą nr GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022 wynosi 6 330,00 zł / m³ czyli w przeliczeniu 6,33 zł / l netto + 8% VAT czyli 6,84 zł brutto.

Cena na stacjach w tym okresie wynosiła 7,03 zł / l netto, czyli 7,59 zł / l brutto, na potwierdzenie czego załączamy fakturę nr 7914/F/237/22 z dnia 11.05.2022.

Jak widać różnica wynosi 0,75 zł.

Zbiornik paliwowy samochodu ciężarowego ma pojemność około 600 l, więc różnica cenowa przy tankowaniu pełnego zbiornika wynosi aż 450,00 zł.

Przy większej ilości aut redukuje to znacznie koszty Inwestycji, co również udowodnimy poniżej:

Szacunkowa ilość odpadów na przewidzianej inwestycji to 23 832,95 t.

Samochód podczas jednego kursu może załadować 24 tony. Ilość kursów przy powyższej ilości odpadów wynosi: 994.

Odległość zakładu utylizacji (zgodnie z mapką — załącznik nr 7) wynosi 14 km, odległość w dwie strony: 28 km.

Ilość kursów x odległość = 994 x 28 km = 27 832,00 km

Samochód spala 38 l / 100 km.

Zużyte paliwo przy powyższej Inwestycji wyniesie: 10 576,16 l.

Licząc koszty przy cenach paliwa w jakich skupuje je firma FB-JELCZ Sp. z o. o. zużyte paliwo wyniesie: 72 340,93 zł.

Dodatkowo załączamy oświadczenie firmy GESSO Sp. z o. o. (zał. nr 2), które informuje Zamawiającego o bonie paliwowym o wartości 50 000,00 zł czyli odliczając od kwoty 72 340,93 zł — 50 000,00 zł firma FB-JELCZ Sp. z o. o. przeznaczy na powyższą Inwestycję 22 340,93 zł na paliwo (zał. nr 3).

2) Ze względu na posiadanie przez firmę FB-JELCZ Sp. z o. o. własnych zbiorników paliwowych o łącznej pojemności 22 000,00 litrów jesteśmy w stanie po podpisaniu umowy zgromadzić duże ilości oleju napędowego i wykonać zadanie nie obawiając się o wzrost cen

paliw oraz niespodziewaną inflację. Jednocześnie posiadanie własnych zbiorników ma także duży wpływ logistyczny tzn. każde auto na koniec dnia musi być zatankowane do pełna co pozwala na ograniczenie czasu jaki musiałby poświęcić kierowca na tankowanie na stacjach zewnętrznych (zbaczanie z trasy w poszukiwaniu CPNu, oczekiwanie na tankowanie, płatność, czas oczekiwania na dokument — fakturę VAT).

3) Nasza firma posiada nową bezawaryjną flotę, której emisja spalin mieści się w normach EURO 6, przez co też spalanie jest o wiele niższe i bardziej ekologiczne.

4) Jesteśmy firmą z 30 letnim doświadczeniem, posiadamy wykwalifikowaną kadrę pracowniczą oraz kierowników robót z wieloletnim doświadczeniem. Ponadto realizowaliśmy liczne inwestycje publiczne, które były zakończone zawsze w terminie oraz Zamawiający cenili sobie naszą współpracę.

5) Od początku istnienia firmy EKO-KRUSZ s.c. nawiązaliśmy ścisłą współpracę. EKO-KRUSZ posiada wszelkie niezbędne decyzje na przetwarzanie i zbieranie odpadów oraz wystawia niezbędne karty przekazania odpadów.

Odległość EKO-KRUSZ od naszej firmy wynosi 1,2 km (załącznik — mapa nr 1), a od Inwestycji 14 (załącznik — mapa nr 2) km. Spośród konkurencji jesteśmy firmą, która ma najkrótszą trasę do pokonania w celu wywozu i utylizacji materiałów. Odległość 14 km w jedną stronę jest bardzo krótka i zajmuje mało czasu ponieważ w godzinach porannych wynosi ok 13 minut zaś w godzinach większego natężenia ruchu od 18 minut do 23 minut w jedną stronę. Wyspecjalizowana kadra naszych pracowników w tym operatorów jest w stanie załadować auto odpadem z rozbiórki w 10 minut. Tak więc 1 kurs auta z przejazdem (tam i z powrotem) oraz załadunkiem kształtuje się w granicach od 45 minut do 1 godziny. Dysponujemy bardzo dużą flotą samochodów ciężarowych w tym: 3-oś, 4-oś, łódki, hakowce oraz kontenery na odpady o pojemnościach od 7 m³ do 20 m³ (łącznie ilość kontenerów to 47 szt). Wszystkie te czynniki powodują, że jesteśmy w stanie wykonać to zadanie siłami własnymi bez konieczności wynajmu firm zewnętrznych co ma bardzo duży wpływ na przedstawioną cenę w kosztorysie.

Uwzględniając wszystkie założenia, i naszą kalkulację na etapie ofertowania realizacji Inwestycji Firma FBJELCZ Sp. z o. o. podtrzymuje wykonanie zamówienia za cenę: brutto: 1 894 202,41 zł

Spis załączników:

1. Hurtowe ceny paliw
2. Oświadczenie Gesso Sp. z o. o.
3. Oświadczenie FB-JELCZ Sp. z o. o.
4. Faktura paliwowa GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022
5. Faktura paliwowa 7914/F/237/22 z dnia 11.05.2022
6. Mapa nr 1

7. Mapa nr 2

Następnie ustalono, że pismem z 30 czerwca 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że *złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają w sposób wystarczający podanej w ofercie ceny. Wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę z dnia 19.05.2022 r. oraz dnia 7.,06.2022 r w zakresie rażąco niskiej ceny nie były wyczerpujące, konkretne i przekonujące dla Zamawiającego aby wykonać przedmiot zamówienia w zaoferowanej cenie. W związku z powyższym oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że znalazł potwierdzenie zarzut nieprawidłowego, lakonicznego i niekompletnego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy 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.

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

środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wskazuje się także w piśmiennictwie:

Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione. (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, pod redakcją, Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021).

Zamawiający, przekazując wykonawcom informacje w zakresie określonym w art. 253 ust. 1 PZP, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla poszczególnych dokonanych czynności. W informacji tej powinny być zatem wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna dokonanych czynności, tj. w zakresie przyznania punktów poszczególnym ofertom oraz podstawy odrzucenia poszczególnych ofert, uzasadniające prawidłowość podjęcia tych czynności. Dopełnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji ogólnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości.

Brak podania wymaganego uzasadnienia może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu. Naruszenie to może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym prowadzić do uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP). Tylko bowiem w sytuacji poinformowania wykonawcy o przyczynach faktycznych i podstawie prawnej dokonanych czynności możliwe jest wniesienie przez niego odwołania od czynności lub zaniechań związanych z wyborem lub odrzuceniem oferty, a także sprostanie ciężarowi dowodowemu przez odwołującego, zgodnie z art. 534 ust. 1 PZP (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, za Legalis).

Rolę instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i jej ścisły związek z prawem do wniesienia odwołania akcentuje się także w orzecznictwie Izby. *Zamawiający poza podaniem podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty odwołujący powinien w sposób maksymalnie precyzyjny uzasadnić faktyczne podstawy takiej czynności. Zamawiający ma obowiązek szczegółowego wskazania, jakie okoliczności stanowiły podstawę do przyjęcia, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Wszelkiego rodzaju wady, błędy, nieścisłości oferty należy skonfrontować z dokumentami zamówienia, do których referuje przecież czynność zamawiającego. Prawidłowe porównanie, daje dopiero możliwość wykonawcy na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego i podjęcie określonych działań, w tym skorzystanie ze środków ochrony prawnej (por. wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3801/21).*

W ocenie Izby odwołujący słusznie podniósł w odwołaniu, że uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty sporządzone przez zamawiającego 30 czerwca 2022 r. nie odpowiadało w jakimkolwiek zakresie przywołanym wyżej wymogom. Podkreślenia wymagało, że uzasadnienie przygotowane przez zamawiającego de facto sprowadzało się do jednego zdania, w którym wskazano, że *wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę z dnia 19.05.2022 r. oraz dnia 7.06.2022 r w zakresie rażąco niskiej ceny nie były wyczerpujące, konkretne i przekonujące dla Zamawiającego aby wykonać przedmiot zamówienia w zaoferowanej cenie.*

Jak wynikało z przytoczonego uzasadnienia, zamawiający jednym zdaniem nie sprostął konieczności wytłumaczenia wykonawcy, z jakich powodów jego wyjaśnienia ceny ofertowej wraz ze złożonymi dowodami okazały się niewyczerpujące, niekonkretne i nieprzekonujące. Tak sporządzone uzasadnienie nie pozwalało w szczególności w jakimkolwiek sposób odtworzyć toku rozumowania zamawiającego.

Zdaniem Izby tego rodzaju uzasadnienie czynności odrzucenia możliwe byłoby co najwyżej w sytuacji gdyby i same wyjaśnienia były kilkuzdaniowe, nie poparte jakimkolwiek dowodami, tak, że zamawiający nie byłby w stanie odnieść się do nich merytorycznie w bardziej szczegółowy sposób. Dostrzeżenia wymagało jednak, że w analizowanym postępowaniu odwołujący składał zamawiającemu 19 maja 2022 r. oraz 7 czerwca 2022 r. merytoryczne wyjaśnienia ceny ofertowej obrazujące sposób kalkulowania przez niego tej ceny, które popierał załączanymi przez siebie dowodami. W obu pismach odwołujący wskazywał na kluczowe, jego zdaniem, elementy cenotwórcze, wyjaśniał, w jaki sposób je kalkulował, a na potwierdzenie swych twierdzeń załączał dowody. Przy pierwszych wyjaśnieniach z 19 maja 2022 r. były to:

- 1) Kosztorys,

- 2) *Faktura VAT zakupowa z dnia 12.05.2022 r. - dotycząca ceny paliwa,*
- 3) *Mapka – mająca potwierdzać odległość,*
- 4) *Oświadczenie EKO-KRUSZ – utylizacja odpadów,*
- 5) *Zaświadczenie ZUS o liczbie zatrudnionych pracowników,*
- 6) *Zaświadczenie BHP,*
- 7) *Polisa OC,*
- 8) *Oświadczenie.*

Z kolei do drugich wyjaśnień ceny ofertowej z 7 czerwca 2022 r. odwołujący załączył następujące dowody:

- 1) *dokumenty mające udowodniać hurtowe ceny paliw,*
- 2) *oświadczenie Gesso Sp. z o. o.,*
- 3) *oświadczenie FB-JELCZ Sp. z o. o.,*
- 4) *Fakturę paliwową GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022,*
- 5) *Fakturę paliwową 7914/F/237/22 z dnia 11.05.2022,*
- 6) *Mapę nr 1,*
- 7) *Mapę nr 2.*

Tak zebrany materiał dowodowy powinien stanowić podstawę ustalenia przez zamawiającego czy obala domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny czy też nie. Jeśli zamawiający, z sobie tylko znanych powodów, doszedł do wniosku, że powyższe domniemanie nie zostało obalone, to powinien jak najbardziej szczegółowo opisać, dlaczego tak uważa. Jeśli zamawiający doszedł do wniosku, że wyjaśnienia były niewyczerpujące, to powinien wskazać, jakich konkretnie elementów w wyjaśnieniach zabrakło i dlaczego uważa, że powinny się one tam znaleźć. Jeśli wyjaśnienia były niekonkretne i nieprzekonujące to zamawiający również powinien umieć wyjaśnić, dlaczego ocenia je jako niewiarygodne, z jakich powodów odmawia wiarygodności przedstawionym wyjaśnieniom czy dowodom. Tego rodzaju argumentacji próżno było szukać w jednozdaniowym uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 30 czerwca 2022 r.

Dostrzeżenia wymagało, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 lipca 2022 r., doręczonej odwołującemu na rozprawie w dniu 19 lipca 2022 r., zamawiający podjął próbę przedstawienia jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. Zamawiający w piśmie tym wskazał, że w jego ocenie:

- 1) przedstawione wyliczenia dotycząca paliwa mogą stanowić okoliczność sprzyjającą, ale z wyjaśnień nie wynika, aby czynnik ten był na tyle istotny, aby uzasadniać możliwość zrealizowania zamówienia w zaoferowanej cenie,

2) przedstawiony bon na paliwo w wysokości 50 tysięcy zł nie jest wystarczającym dowodem potwierdzającym możliwość realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności mając na względzie, że bon ten jest do wykorzystania przez cały rok 2022,

3) istnieje wiele stacji paliw rozmieszczonych w okolicach miejsca realizacji zamówienia, a więc fakt posiadania własnych zbiorników, nie jest aż taką istotną okolicznością, aby przyjąć wyjaśnienia za wystarczające,

4) przedstawiony dowód w postaci współpracy z firmą Eko-Krusz s.c. A.S. B. nie uzasadniał możliwości realizacji zamówienia, ponieważ nie został poparty żadnymi rzetelnymi wyliczeniami,

5) inne wskazywane aspekty, takie jak posiadanie własnego parku maszynowego, floty samochodów ciężarowych, wieloletniego doświadczenia, wykwalifikowanej kadry pracowników, posiadanie polisy ubezpieczeniowej, spełnianie warunków prawnych itp. nie mają znaczenia dla oceny rażąco niskiej ceny.

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

rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Na doniosłość uchybienia zamawiającego pośrednio wskazywało to, że przystępujący w swym piśmie z dnia 19 lipca 2022 r. w czym innym upatrywał przyczyn odrzucenia oferty odwołującego. Jedynie przykładowo można było wskazać, że zdaniem przystępującego odwołujący miał pominąć kwestię ręcznego demontażu papy oraz utylizacji papy rozbiórkowej, kosztów utylizacji asfaltu, kosztów zasypania niecek po fundamentach i piwnicy. Dostrzeżenia wymagało, że tego rodzaju powodów odrzucenia oferty odwołującego próżno było szukać nawet w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie. Powyższe oznaczało, że zamawiający nie uznał ww. kwestii artykułowanych przez przystępującego za powody odrzucenia oferty odwołującego. W konsekwencji, w takim przykładowym zakresie stanowisko przystępującego okazało się sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego, po którego stronie przystąpił do postępowania odwoławczego. Tego rodzaju twierdzenia okazały się zatem niedopuszczalne w świetle art. 525 ust. 4 Pzp, który stanowi, że czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy innych powodach odrzucenia oferty nastąpiłoby również z naruszeniem prawa wykonawcy do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ograniczając ten termin zaledwie do czasu pomiędzy otrzymaniem odpowiedzi na odwołanie, a wyrokowaniem. Wiązałoby się z faktycznym pozbawieniem wykonawcy prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty odwołującego z takim uzasadnieniem faktycznym, jakie znalazło się w piśmie zamawiającego z dnia 30 czerwca 2022 r., nie odpowiadała prawu i jako taka musi zostać unieważniona, a czynność badania i oceny ofert powtórzona.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o *oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby

zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, która może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert.

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

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

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

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

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

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu odwołującego na posiedzenie Izby w wysokości 507 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i 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: