

Kraków, dnia 20 czerwca 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący: Inżynieria Wodna_Projektowanie i Wykonawstwo

Mariusz Szczeciński

ul. Kościuszki 35, 66-436 Lemierzyce

NIP: 5981238636

reprezentowany przez:

r.pr. Dawid Pantak

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Filarecka 3/4, 30-110 Kraków

telefon: 668 501 984

e-mail: dawid.pantak@legalkp.pl

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa

telefon: (61) 856 77 00

e-mail: dariusz.kaczmarek@wody.gov.pl

Postępowanie prowadzi:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej

w Poznaniu

ul. Chlebowa 4/8, 61-003 Poznań

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymania wód w obszarze działania Zarządu Zlewni w Gorzowie Wlkp.”
(numer referencyjny: PO.ROZ.2810.16.2022, numer ogłoszenia o zamówieniu: 2022/S 058-152398)

ODWOŁANIE

1. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa [które wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz wydrukiem komputerowym z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Odwołującego stanowią załączniki od 1 do 3 do niniejszego odwołania], na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) [dalej: „ustawa Pzp”] wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

2. Przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymania wód w obszarze działania Zarządu Zlewni w Gorzowie Wlkp.” (numer referencyjny: PO.ROZ.2810.16.2022).

Niniejsze odwołanie jest wnoszone wobec czynności lub zaniechań czynności Zamawiającego w zakresie części numer 14 (Cieki na terenie NW Międzyrzecz – Dopływ spod Jasieńca, Dopływ w Świdwowocu, Dopływ spod Sierczynek, Dopływ z Jasieńca, Dopływ z Żydowo, Rakownik) oraz części numer 15 (Cieki i zbiorniki na terenie NW Międzyrzecz – Rzeką Obra, Rzeką Paklica, Czarna Woda, Jordanka, Zbiornik Miedzichowo).

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 058-152398.

4. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to

- 1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Meliotech Jarosław Józwiak [dalej: „Meliotech”] w zakresie części numer 14 i części numer 15;

- 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Meliotech w zakresie części numer 15.

5. Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Meliotech w zakresie części numer 14 i części numer 15, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SWZ, a konkretnie z punktem 6.14 SWZ;

- 2) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Meliotech w zakresie części

numer 15, podczas gdy wykonawca ten przedstawił wyłącznie pozorne i ogólne wyjaśnienia zaoferowanej ceny, nie przedstawił żadnych konkretnych informacji, ani dowodów oraz nie udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego.

6. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:
- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Meliotech w zakresie części numer 14 i części numer 15;
 - 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

UZASADNIENIE

I.

WPROWADZENIE

7. Zamawiający prowadzi na podstawie ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymania wód w obszarze działania Zarządu Zlewni w Gorzowie Wlkp.” (numer referencyjny: PO.ROZ.2810.16.2022). Wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

II.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 5 USTAWY PZP

[zarzut dotyczy części numer 14 i części numer 15]

II.1.

Okoliczności faktyczne

8. Jako część załącznika numer 2 do SWZ Zamawiający dołączył przedmiary, które stanowiły szczegółowy zakres robót do wykonania przez wykonawców.

Dla części numer 14 zamówienia Zamawiający przygotował siedem przedmiarów:

- 1) Dopływ spod Jasieńca 0+000-1+987 gm. Trzciel;
- 2) Dopływ w Świdwowie 0+000-7+057 gm. Trzciel;

- 3) Dopływ spod Sierczynek 0+000-1+610 gm. Trzciel;
- 4) Dopływ z Jasieńca 0+000-8+123 gm. Trzciel;
- 5) Dopływ z Żydowo 0+000-8+090 gm. Trzciel;
- 6) Rakownik 0+000-3+320 gm. Lubrza;
- 7) Rakownik 0+000-3+320 gm. Lubrza 23%.

Z kolei dla części numer 15 zamówienia Zamawiający przygotował sześć przedmiarów:

- 1) Obra konserwacja km 50+825-52+275 gm. Międzyrzecz;
- 2) Paklica 0+000-6+140 gm Międzyrzecz;
- 3) Zbiornik Miedzichowo 8%;
- 4) Zbiornik Miedzichowo 23%;
- 5) Czarna Woda hm 0+000-2+800 gm. Trzciel, Międzyrzecz;
- 6) Jordanka hm 0+000-3+100, 7+221-16+020 gm Międzyrzecz.

9. W punkcie 6.14 SWZ Zamawiający przewidział następujące postanowienie:

*„Ceny tych samym składników **cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z)** muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i w jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania”.*

W dalszej części SWZ Zamawiający określił, że na każdą część zamówienia będzie zawierał odrębną umowę. Powyższe postanowienie oznacza jednak, że Zamawiający postawił wymóg, żeby we wszystkich kosztorysach ofertowych dla każdej z części (w zakresie części numer 14 – 7 kosztorysów; w zakresie części numer 15 – 6 kosztorysów) były takie same ceny tych samym składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych. Dotyczy to zarówno cen robocizny (stawek roboczogodzinowych) [R], kosztów materiałów [M] oraz kosztów pracy sprzętu [S], a ponadto kosztów pośrednich [Kp] oraz zysku [Z].

10. W postępowaniu ofertę w zakresie części numer 14 i części numer 15 złożył między innymi wykonawca Meliotech. Do złożonej oferty wykonawca ten załączył wymagane kosztorysy ofertowe. W złożonych przez wykonawcę Meliotech kosztorysach ofertowych występują różnice w cenach składników cenotwórczych.

11. Dla części numer 14 występują różnice w cenie m-g koparki z hakownicą oraz pilarki spalinowej. Różnice obrazuje poniższa tabela.

Nazwa kosztorysu	Cena m-g koparki z hakownicą	Cena m-g pilarki spalinowej
Dopływ spod Jasieńca 0+000-1+987 gm. Trzciel	95,00 zł	9,00 zł
Dopływ w Świdwowie 0+000-7+057 gm. Trzciel	94,00 zł	8,00 zł
Dopływ spod Sierczynka 0+000-1+610 gm. Trzciel	92,00 zł	9,00 zł
Dopływ z Jasieńca 0+000-8+123 gm. Trzciel	95,00 zł	9,00 zł
Dopływ z Żydowo 0+000-8+090 gm. Trzciel	93,00 zł	9,00 zł
Rakownik 0+000-3+320 gm. Lubrza	95,00 zł	9,00 zł

12. Dla części numer 15 występują różnice w cenie m-g kropy, koparki oraz samochodu samowyładowczego/ciągnika z przyczepą. Różnice obrazuje poniższa tabela.

Nazwa kosztorysu	Cena m-g kropy	Cena m-g koparki	Cena m-g samochodu samowyładowczego/ciągnika z przyczepą
Zbiornik Miedzichowo 8%	71,00 zł	95,00 zł	
Zbiornik Miedzichowo 23%	68,00 zł	92,00 zł	
Czarna Woda hm 0+000-2+800 gm. Trzciel, Międzyrzecz			71,00 zł

Jordanka hm 0+000- 3+100, 7+221- 16+020 gm Międzyrzecz			77,00 zł
---	--	--	----------

13. Zamawiający zauważył powyższą niezgodność i wezwał wykonawcę Meliotech na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Nastąpiło to pismem z dnia 6 maja 2022 r. (w jednym piśmie Zamawiający wezwał wykonawcę zarówno do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i do wyjaśnień niezgodności w kosztorysie ofertowym; wezwanie do wyjaśnień niezgodności w kosztorysie ofertowym zostało oznaczone punktem 2 w piśmie).
14. Wykonawca Meliotech udzielił wyjaśnień pismem z dnia 12 maja 2022 r. Wskazał, że różnice w cenach sprzętu wynikają z przyjęcia różnych założeń i technologii wykonania robót. Podkreślił również, że brał udział w wizji lokalnej, podczas której ocenił warunki terenowe i dzięki temu we właściwy sposób mógł dobrać optymalny sprzęt.

II.2.

Okoliczności prawne

15. Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis ten koresponduje z treścią art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

16. Definicja pojęcia „warunki zamówienia” znajduje się w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp:

Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o: (...) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

17. W niniejszym przypadku Zamawiający postawił jednoznaczny wymóg, żeby we wszystkich kosztorysach ofertowych dla każdej z części (w zakresie części numer 14 – 7 kosztorysów; w zakresie części numer 15 – 6 kosztorysów) były takie same ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych. Dotyczy to zarówno cen robocizny (stawek roboczogodzinowych) [R], kosztów materiałów [M] oraz kosztów pracy sprzętu [S], a ponadto kosztów pośrednich [Kp] oraz zysku [Z].

18. Oferta wykonawcy Meliotech nie spełnia tego wymogu, a w konsekwencji jest niezgodna z warunkami zamówienia.
19. Zamawiający jednak z niezrozumiałych powodów odstąpił od postawionego przez siebie wymogu po terminie składania ofert i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Meliotech. Podkreślam, że zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Datą graniczną zmiany SWZ jest jednak właśnie termin składania ofert.

Po terminie składania ofert brak jest możliwości zarówno rozszerzania wymagań Zamawiającego, jak i brak możliwości pomijania przy ocenie treści w SWZ zapisanych.

Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryna prawnicza:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 80/20: *„Związanie zamawiającego i wykonawców treścią istotnych warunków zamówienia oznacza, że oceny dokonywane w toku postępowania przez zamawiającego muszą każdorazowo mieć swoje oparcie w dokumentacji postępowania. Oznacza to brak możliwości zarówno rozszerzania wymagań zamawiającego o treści w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niewyrażone, jak i brak możliwości pomijania przy ocenie treści w zapisanych w specyfikacji. Zasada niezmienności istotnych warunków zamówienia, wywodzona z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (a contrario) oraz z zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 wskazanej ustawy, nakazuje, aby przy interpretacji treści istotnych warunków zamówienia opierać się na wykładni literalnej”.*
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1443/18: *„Treść SIWZ wiąże bowiem nie tylko wykonawców, ale również w odpowiednim zakresie zamawiającego”.*
- 3) D. Grześkowiak-Stojek, Komentarz do art. 137 ustawy Pzp [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022: *„Związanie zamawiającego i wykonawców treścią SWZ oznacza, że oceny dokonywane w toku postępowania przez zamawiającego muszą każdorazowo mieć swoje oparcie w dokumentacji postępowania. Oznacza to brak możliwości zarówno rozszerzania wymagań zamawiającego o treści w SWZ niewyrażone jak i brak możliwości pomijania przy ocenie treści w SWZ zapisanych. Zasada niezmienności SWZ wywodzona przez orzecznictwo z art. 38 ust. 4 PZP2004 – obecnie art. 137 ust. 1 PZP – (arg. a contrario) oraz z zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 PZP2004 (obecnie art. 16 PZP) nakazuje, aby przy interpretacji treści SWZ opierać się wykładni literalnej (por. wyr. KIO z 30.1.2020 r., KIO 80/20, Legalis)”.*

20. Podkreślić należy, że wymóg Zamawiającego był jednakowy dla wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne. Jednocześnie wymóg ten w bezpośredni sposób wpływa na zaoferowaną przez wykonawców cenę. Gdyby pozostali wykonawcy wiedzieli, że Zamawiający nie będzie egzekwował postawionego przez siebie wymogu, to również przyjęliby inne ceny składników cenotwórczych. A w konsekwencji zaoferowaliby oferty o innej cenie. Tym samym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Meliotech doprowadziło dodatkowo do naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.
21. Nie zasługują również na uwzględnienie tłumaczenia wykonawcy Meliotech. Wymóg postawiony przez Zamawiającego był jednoznaczny oraz kategoriowy. Jeżeli wykonawca Meliotech nie zgadzał się z postawionym wymogiem, to mógł przed terminem składania ofert skorzystać z przysługujących mu uprawnień – złożyć odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej lub złożyć do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

Wykonawca Meliotech nie skorzystał jednak z tych uprawnień.

Warto w tym zakresie przytoczyć tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 7/14: *„Wykonawca po złożeniu oferty nie może interpretować postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób rozszerzający w dostosowaniu do treści jego oferty w zakresie spornego warunku. Usuwanie wątpliwości powinno następować - przed upływem terminu do składania ofert - w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), w sytuacji gdy wykonawca uznaje, że dane wymaganie może być rozumiane, co najmniej na dwa sposoby, albowiem ten tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji”.*

22. Mając powyższe na uwadze oferta wykonawcy Meliotech podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

III.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 8 USTAWY PZP

W ZWIĄZKU Z ART. 224 UST. 6 USTAWY PZP

[zarzut dotyczy części numer 15]

III.1.

Okoliczności faktyczne

23. Pismem z dnia 6 maja 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Meliotech na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie części numer 15.

- 1) Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Meliotech stanowi 67,81% wartości zamówienia.
 - 2) Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien przedstawić kalkulację. Przedstawione zestawienie składników cenotwórczych powinno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów.
 - 3) Zamawiający zaakcentował, że wyjaśnienia muszą zawierać w szczególności:
 - a) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.
 - b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.
24. Wykonawca Meliotech udzielił wyjaśnień pismem z dnia 12 maja 2022 r.
- 1) Wykonawca wskazał, że na kształt ceny wpływ miały oszczędności metody wykonania zamówienia, w szczególności własny, szeroki park maszyn. Wykonawca nie wskazał jednak, jakimi dokładnie maszynami dysponuje, ani nie przedstawił żadnego dowodu w tym zakresie.
 - 2) Wykonawca podniósł, że upatruje oszczędności w skróceniu czasu wykonania robót w postaci wykaszania porostów roślinnych przy pomocy ręcznych wykaszarek spalinowych zamiast ręcznych kos. Zdaniem Wykonawcy nakład pracy zgodny z Katalogiem Nakładów Rzeczowych, czyli 0,013 r-g/m² jest możliwy do zmniejszenia. Wykonawca nie wskazał jednak, o ile dokładnie jest możliwy do zmniejszenia oraz jaki to ma dokładny wpływ na cenę.
 - 3) Wskazał na sprzyjające warunki terenowe, tj. niski stan wód w ciekach melioracyjnych gwarantujący sprawne prowadzenie robót oraz znajomość terenu i bliskość lokalizacji wykonanych robót.
 - 4) Podkreślił, że zastosował stawkę godzinową na poziomie 24,00 zł/r-g. A w dodatku koszty zatrudnienia pracowników zostały zabezpieczone w narzutach, tj. kosztach pośrednich (4%) oraz zysku (1%), co daje stawkę godzinową 25,20 zł.
 - 5) Wskazał na uzyskaną pomoc publiczną oraz subwencję finansową udzieloną przez Polski Fundusz Rozwoju, dzięki której rozszerzono wielkość parku sprzętowego.

- 6) Załączył pismo z dnia 28 maja 2018 r. pochodzące z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dotyczących podpisania umowy o dofinansowanie oraz decyzję w sprawie umowy subwencji z dnia 18 maja 2020 r.

III.2.

Okoliczności prawne

25. Do niniejszego zagadnienia znajdują zastosowanie następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- 2) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;*
- 3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: *Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Przepisy te mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

26. W świetle powyższych przepisów oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Meliotech są wystarczające do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny:

- 1) Wyjaśnienia są pozorne i mają bardzo ogólny charakter;
- 2) Wyjaśnienia nie są poparte dowodami;
- 3) Wykonawca nie odpowiedział na pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

III.2.1

Ogólny charakter wyjaśnień.

27. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Meliotech mają bardzo ogólny charakter. Wskazuję, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że

wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji. Wskazuję następujące przykładowe wyroki:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 178/15: *„Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie, jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności”.*
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1856/20: *„Wyjaśnienia składane na wezwanie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Ogólne zapewnienia czy ogólniki dotyczące np. wieloletniego doświadczenia wykonawcy, jeśli w ślad za nimi nie idą wyczerpujące wyjaśnienia, wskazujące na wykorzystanie tych przymiotów dla możliwości obniżenia wynagrodzenia, nie wnoszą do sprawy istotnych treści, bowiem nie wskazują na wymierne efekty ekonomiczne. Wyjaśnienia powinny zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, przy czym powinny to być wszystkie konieczne elementy związane z przedmiotem zamówienia i wynikające z obowiązujących przepisów prawa. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień zawierających wymienienie wysokości ponoszonych kosztów, bez wykazania prawidłowości ich określenia na takim poziomie. Wyjaśnienia powinny odpowiadać na wezwanie Zamawiającego nie tylko co do formy, ale też co do treści”.*
- 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 747/19: *„Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”.*

28. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym wykonawca Meliotech przykładowo pisze o własnym szerokim parku maszyn. Brak jednak jakichkolwiek konkretnych informacji, jakimi dokładnie maszynami dysponuje Wykonawca. W takiej sytuacji Zamawiający nie może ocenić, czy to twierdzenie Wykonawcy jest zgodne z rzeczywistością.
29. Wykonawca Meliotech wskazał również, że jest w stanie skrócić czas względem nakładu pracy zgodnego z Katalogiem Nakładów Rzeczowych, czyli 0,013 r-g/m². Brak jednak informacji, o ile dokładnie (do jakiej wartości) jest w stanie skrócić czas. Gdyby Wykonawca podał właściwy czas, to znając stawkę roboczogodziny możliwe byłoby ustalenie, jakie dokładnie oszczędności może wygospodarować Wykonawca. Bez wskazania konkretnych wartości takie stanowisko Wykonawcy należy uznać za wyłącznie podejście życzeniowe.
30. W dalszej kolejności wykonawca Meliotech wskazał na sprzyjające warunki terenowe, tj. niski stan wód w ciekach melioracyjnych gwarantujący sprawne prowadzenie robót oraz znajomość terenu i bliskość lokalizacji wykonanych robót. Te okoliczności jednak nie są żadnym wyznacznikiem dla wykonawcy Meliotech na tle innych wykonawców. Każdy bowiem przedsiębiorca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie będzie korzystał ze sprzyjających warunków terenowych, tj. niskiego stanu wód oraz bliskości lokalizacji wykonanych robót.
31. Za konkretne nie mogą również zostać uznane informacje o pomocy publicznej oraz subwencji finansowej. Pomoc publiczna z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych została udzielona w 2018 roku. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób pomoc udzielona cztery lata temu wpływa na cenę, jaką zaoferował w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest również znana kwota pomocy, ani cel, na jaki mogła zostać przeznaczona.
- W stosunku do subwencji udzielonej przez Polski Fundusz Rozwoju, to wskazuję, że została ona udzielona w 2020 roku, czyli dwa lata temu. W tym przypadku wykonawca Meliotech wskazał wprowadzić kwotę subwencji (wynika ona z załączonej decyzji z dnia 18 maja 2020 r.). Brak jednak jakichkolwiek informacji, w jaki dokładnie sposób Wykonawca wykorzystał tę subwencję i w jaki sposób wpłynęła ona na możliwość obniżenia ceny.
32. Można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy Meliotech nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.
33. Wreszcie, wskazać należy, że Wykonawca nie wskazał, jaki dokładnie przewiduje zysk w związku z realizacją zamówienia oraz czy kalkulował jakąkolwiek rezerwę na nieprzewidziane wydatki.

III.2.2.

Brak dowodów

34. Do wyjaśnień wykonawca Meliotech dołączył jedynie pisma z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz z Polskiego Funduszu Rozwoju. Te pisma, co zostało opisane powyżej, nie wykazują jednak żadnych konkretnych okoliczności, które pozwoliły wykonawcy zaoferować konkretną cenę.

Poza tymi dwoma pismami Wykonawca nie przedstawił żadnych innych dowodów.

35. Tymczasem, jak podkreśla się w orzecznictwie, w niniejszym przypadku przedstawienie stosownych dowodów było niezbędne. Tytułem przykładu wskazuję następujące wyroki:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1394/20: *„Podkreślenia wymaga, że to właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek nie tylko przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również w miarę możliwości również przedstawienia dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne np. w zakresie wykazania uzyskanego wysokiego rabatu, do którego referuje wykonawca w składanych wyjaśnieniach uznając je za składnik niezwykle istotny z perspektywy zaoferowanej ceny. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem”.*
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 110/20: *„Na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również, w miarę możliwości, przedstawienia odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. W niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). Zatem, gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. To obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty”.*

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19: „W art. 90 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót usług, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi - w zależności od rodzaju zamówienia i treści wyjaśnień - mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy o pracę, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu”.

36. W niniejszym przypadku niezbędnymi dowodami były:

- 1) Wykaz posiadanych maszyn i sprzętu (wraz z ewentualnymi dowodami potwierdzającymi dysponowanie).
- 2) Umowy o pracę lub listy płac dokumentujące wynagrodzenie, jakie Wykonawca wypłaca swoim pracownikom.

37. Bez powyższych dowodów Zamawiający nie miał możliwości oceniania, czy wykonawca Meliotech jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

III.2.3.

Brak odpowiedzi na pytania Zamawiającego

38. Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień zaakcentował, że wyjaśnienia muszą zawierać w szczególności:

- 1) 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.
 - 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.
39. Wykonawca nie ustosunkował się do tego wezwania w sposób umożliwiający jakąkolwiek weryfikację.
40. Podkreślić jednak należy, że niezależnie od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę Wykonawca musi również wziąć pod uwagę koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.
- Oznacza to, że wykonawca jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia pracownika.
41. W aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia pracodawca ponosi dodatkowo następujące koszty:
- 1) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 423, z późn. zm.):
 - a) Art. 16 ust. 1. Składki na ubezpieczenia emerytalne pracowników – finansują z własnych środków, w równych częściach, ubezpieczeni i płatnicy składek (zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 składka na ubezpieczenie emerytalne wynosi 19,52% podstawy wymiaru).
 - b) Art. 16 ust. 1b. Składki na ubezpieczenia rentowe osób, o których mowa w ust. 1 (pracowników), finansują z własnych środków, w wysokości 1,5% podstawy wymiaru ubezpieczeni i w wysokości 6,5% podstawy wymiaru płatnicy składek.
 - c) Art. 16 ust. 3. Składki na ubezpieczenie wypadkowe osób wymienionych w ust. 1 pkt 1 [pracownicy] i finansują w całości, z własnych środków, płatnicy składek.
 - 2) Koszty wynikające ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1100):
 - a) składka na Fundusz Pracy wynosi 2,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 0,45% tej podstawy. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę).

- 3) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 7):
- a) Stopa procentowa składki na FGŚP wynosi 0,10% kwoty od której obliczane są składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę).
42. Łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia brutto) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia.
43. Obowiązek doliczenia do kosztów wynagrodzenia również kosztów pracodawcy znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu wskazuję następujące wyroki:
- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 150/20: *„Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że wykonawca obowiązany jest przyjąć do ustalenia ceny tylko wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Byłoby to nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, ponieważ mogłoby powodować, że pracownicy nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). Uzasadnione jest zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej, uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw (m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne)”*.
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2635/19: *„Zaaprobowanie takiego rozumowania prowadziłoby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy de facto nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). W konsekwencji uzasadnione jest, w ocenie Izby, zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2016 r. poz. 963 ze zm. dalej: „SysUbSpołU”) finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę a cohaerentia i a completudine uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia. Na taką interpretację wskazuje także art. 90 ust. 1 pkt 3 ZamPublU. (Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości*

zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu m.in. w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 90 ust. 1 pkt 3 ZamPublU)). W zakresie ujęcia obowiązkowych składek Izba wskazuje na wyrok z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 398/15, z 09.03.2015 r., sygn. akt: KIO 346/15, czy też na wyrok z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 189/15. (za wyrokiem KIO z 14.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1074/17)".

44. Tymczasem wykonawca Meliotech w złożonych wyjaśnieniach wskazał jedynie, że zastosował stawkę godzinową na poziomie 24,00 zł/r-g oraz że koszty zatrudnienia pracowników zostały zabezpieczone w narzutach, tj. kosztach pośrednich (4%) oraz zysku (1%), co daje stawkę godzinową 25,20 zł.

Na podstawie tak złożonych wyjaśnień trudno ustalić, czy stawka godzinowa na poziomie 24,00 zł/r-g stanowi (i) wynagrodzenie, które pracownik otrzymuje „na rękę”, (ii) wynagrodzenie brutto, czy może (iii) wynagrodzenie brutto powiększone o obowiązkowe koszty dotyczące prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Nie wiadomo również, czego ma dotyczyć stawka 25,20 zł/r-g.

45. W związku z powyższym nie jest możliwa weryfikacja, czy Wykonawca uwzględnił w zaoferowanej przez siebie cenie obowiązkowe koszty dotyczące prawa pracy i zabezpieczenia społecznego pracowników. Podkreślam, że jest to istotny element zaoferowanej ceny i Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W związku z powyższym brak informacji musi skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy.

46. Ponadto, w treści wezwania Zamawiający wymagał, żeby wykonawca Meliotech przedstawił kalkulację oraz żeby przedstawione zestawienie składników cenotwórczych zawierało czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów.

Wykonawca Meliotech całkowicie zignorował to wymaganie.

III.2.4.

Brak możliwości ponownego wezwania do wyjaśnień

47. Podnoszę również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Meliotech do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

48. Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie. Tytułem przykładu wskazuję:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1166/21: *„Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. (...) Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i niepoparte żadnymi dowodami”*.
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21: *„Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”*.
- 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 190/19: *„Zwrócenie się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, o dalsze wyjaśnienia jest dopuszczalne, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca dołożył należytych starań, aby wyjaśnienia były szczegółowe, możliwe było powzięcie informacji o rodzaju i poziomie kalkulowanych przez wykonawcę kosztów, co zostało poparte dowodami, jednak przyjęte założenia czy elementy kalkulacji budzą wątpliwości zamawiającego czy wymagają doprecyzowania”*.

49. Gdyby jednak przyjąć, że wykonawca Meliotech może zostać wezwany ponownie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co byłoby jednak sprzeczne z utrwalonym orzecznictwem KIO, to wówczas, z ostrożności procesowej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do ponownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
50. Mając powyższe na uwadze oferta wykonawcy Meliotech podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

IV.

KWESTIE FORMALNE

51. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Oferta Odwołującego w zakresie części numer 14 jest sklasyfikowana na trzeciej pozycji. Jednocześnie podkreślam, że wykonawca sklasyfikowany na trzeciej pozycji może złożyć odwołanie, w którym będzie kwestionować wyłącznie ofertę sklasyfikowaną jako najkorzystniejszą. Nie musi stawiać zarzutów wobec oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji.

Wynika to z faktu, że wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji nie złożył jeszcze podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji nie jest możliwe jeszcze postawienie w stosunku do takiego Wykonawcy wiążących zarzutów.

Dlatego wystarczające dla wykazania, że Odwołujący poniósł szkodę/może ponieść szkodę, jest wyłącznie zakwestionowanie oferty sklasyfikowanej na pierwszym miejscu. Potwierdzają to następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 70/20: „W związku z powyższym, w ocenie Izby zostały wykazane przesłanki o których mowa w art. 179 ust. 1 ZamPublU, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania. Pomimo, iż oferta Odwołującego została sklasyfikowana na dalszej pozycji w rankingu ofert, jest on uprawniony do złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej bez kwestionowania wszystkich ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach, ponieważ oferty te nie zostały jeszcze zweryfikowane przez Zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu”.
- 2) Wyrok z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt KIO 417/18: „Wykonawca, którego oferta sklasyfikowana została na dalszej pozycji w rankingu ofert, jest uprawniony do złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej bez kwestionowania wszystkich ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach, bowiem oferty te nie zostały ostatecznie

zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia”.

Natomiast w zakresie części numer 15 oferta Odwołującego jest sklasyfikowana na drugiej pozycji. Tym samym Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

52. Zamawiający przekazał Odwołującemu informacje stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania w dniu 8 czerwca 2022 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp:

Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Termin 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania przypadł w dniu 18 czerwca 2022 r. (sobota).

Jednocześnie jednak zgodnie z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp:

Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Następnym dniem po sobocie i dniach ustawowo wolnych do pracy jest dzień 20 czerwca 2022 r. Termin na wniesienie odwołania został więc zachowany.

53. Wpis od odwołania wynosi 15.000 zł zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 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). Dowód uiszczenia wpisu od odwołania stanowi załącznik numer 4.
54. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej przed upływem terminu do wniesienia odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej. Dowód przesłania odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik numer 5 do niniejszego odwołania.
55. Wykaz załączników:
- 1) Pełnomocnictwo dla r.pr. Dawida Pantaka;
 - 2) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

- 3) Wydruk komputerowy z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Odwołującego;
- 4) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Dawid Pantak

/ dokument podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym /