Sygn. akt: KIO 3348/20

WYROK
z dnia 15 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 stycznia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 grudnia 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **M. I., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. z siedzibą w Kobierzycach**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Gminę Kąty Wrocławskie z siedzibą w Kątach Wrocławskich**
przy udziale wykonawcy **K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOJAR K. J. z siedzibą w Smolcu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego**: M. I., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. z siedzibą w Kobierzycach i:**
   - **2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego M. I., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. z siedzibą w Kobierzycach** tytułem wpisu od odwołania;
   - **2.2.** zasądza od **Odwołującego** - **M. I., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. z siedzibą w Kobierzycach** na rzecz **Zamawiającego** - **Gminy Kąty Wrocławskie z siedzibą w Kątach Wrocławskich** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:
……

Sygn. akt KIO 3348/20

UZASADNIENIE

Dnia 15 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami), zwanej dalej „Ustawą" lub „PZP" odwołanie złożył wykonawca M. I., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. z siedzibą w Kobierzycach (dalej jako „Odwołujący").

Zamawiający: Gmina Kąty Wrocławskie prowadzi postępowanie pn. *Zimowe utrzymanie dróg gminnych i powiatowych na obszarze pozamiejskim Gminy Kąty Wrocławskie w sezonie 202/2021*. Numer Ogłoszenia o Zamówieniu: 595749-N-2020 z dnia 2020-10-12 r.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechanych czynności, do których dokonania Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy tj. od:
-wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOJAR K. J. (dalej jako EKOJAR),
-dwukrotnego wezwania Wykonawcy EKOJAR do uzupełnienia złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo że pierwotnie złożone wyjaśnienia były ogólnikowe i nie było podstaw do wezwania do uzupełnień,
-zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy EKOJAR na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a w konsekwencji zaniechania badania i oceny oferty Odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty EKOJAR jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie przepisów Ustawy:
1.art. 186 ust. 2 p.z.p. - poprzez bezpodstawne uznanie, że ponowne wezwanie Wykonawcy EKOJAR do wyjaśnień jest zgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym 9 listopada 2020 r.
2.art. 90 ust. 1 p.z.p. - poprzez bezpodstawne, dwukrotne wezwanie Wykonawcy EKOJAR do uzupełnienia treści złożonych wyjaśnień, pomimo że pierwotnie złożone wyjaśnienia były ogólnikowe i nie uzasadniły wezwań do uzupełnień.
3.art. 90 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - poprzez bezpodstawne uznanie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę EKOJAR potwierdzają, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty Wykonawcy EKOJAR z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie:
-unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Wykonawcy EKOJAR jako oferty najkorzystniejszej,
-odrzucenia oferty Wykonawcy EKOJAR,
-dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty.
-obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionych na rozprawie).

Odwołujący oświadczył, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Ustawy, to nie zaniechałby dokonania czynności, do których dokonania był zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast oferta Wykonawcy EKOJAR powinna zostać odrzucona z uwagi na niewykazanie przez Wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Oferta Odwołującego powinna więc być pierwszą

w kolejności najkorzystniejszą ofertą w klasyfikacji Zamawiającego tj. według rankingu złożonych ofert. Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (lucrum cessans).

Odwołujący w dniu 10 grudnia 2020 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną pismo informujące o wyborze oferty Wykonawcy EKOJAR jako oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zimowe utrzymanie dróg gminnych i powiatowych na obszarze pozamiejskim Gminy Kąty Wrocławskie w sezonie 202/2021, zostało wszczęte 12 października 2020 r. Termin składania ofert wyznaczono ostatecznie na dzień 20 października 2020 r. Do wyznaczonego terminu zostały złożone następujące oferty: Odwołującego oraz czterech innych wykonawców, w tym Wykonawcy EKOJAR .

W dniu 3 listopada 2020 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru. Na dokonaną czynność Odwołujący wniósł 9 listopada 2020 r. odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (sygn. akt. KIO 2929/20) W wyniku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 p.z.p. Zamawiający uwzględniając w zarzuty przedstawione w odwołaniu zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym
w odwołaniu. Odwołujący w pierwotnie złożonym odwołaniu (sygn. akt KIO 2929/20) zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi
na niewykazanie, że cena zaoferowana nie stanowi ceny rażąco niskiej. Biorąc pod uwagę fakt uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego winien on, stosując przepisy p.z.p.,
w szczególności treść art. 186 ust. 2 p.z.p. odrzucić ofertę Wykonawcy EKOJAR. Natomiast Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę EKOJAR.

1.naruszenie art. 186 ust. 2 p.z.p. - poprzez bezpodstawne uznanie, że ponowne wezwanie Wykonawcy EKOJAR do wyjaśnień jest zgodne z żądaniem zawartym
w odwołaniu wniesionym 9 listopada 2020 r.

Zgodnie z treścią przepisu art. 186 ust. 2 p.z.p. w przypadku, w którym Zamawiający uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu, zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 9 listopada 2020 r. zarzucano Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i wnoszono
o odrzucenie oferty Wykonawcy EKOJAR z uwagi na brak wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący wnosił o ponowne badanie i ocenę ofert, natomiast nie było to ponowne badanie i ocena oferty Wykonawcy EKOJAR.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył w tym zakresie przepisy ustawy.

2.naruszenie art. 90 ust. 1 p.z.p. - poprzez bezpodstawne, dwukrotne wezwanie Wykonawcy EKOJAR do uzupełnienia treści złożonych wyjaśnień, pomimo że pierwotnie złożone wyjaśnienia były ogólnikowe i nie uzasadniły wezwań do uzupełnień.

Zamawiający 26 października 2020 r. wezwał Wykonawcę EKOJAR do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca EKOJAR złożył wyjaśnienia 29 października 2020 r.

Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę EKOJAR w zakresie rażąco niskiej ceny mają bardzo ogólny charakter i nie są poparte żadnymi dowodami, nie obejmują również istotnych czynników, które mają wpływ na cenę, a którą zamówienie może zostać należycie wykonane.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że poziom ogólności złożonych wyjaśnień jest znaczny np.*„firma EKOJAR otrzymała bezzwrotną dotację UE na zakup sprzętów pielęgnacji zieleni, sprzątania oraz odśnieżania, co pozwoliło nam zaoszczędzić pieniądze dot. inwestycji w sprzęt.”* Wykonawca nie wyjaśnia natomiast w jaki sposób to wpływa na obniżenie przez niego ceny. Nie wskazał również w jaki sposób fakt, że posiada rezerwę materiału sypkiego z zeszłego roku wpływa na możliwość zaoferowania przez Wykonawcę niższej ceny (nie zostało wskazane np. ile tego materiału Wykonawca EKOJAR w rezerwie posiada i jaki okres realizacji może wykonywać zlecenia wyłącznie w oparciu o rezerwę z zeszłego roku).

W następstwie uwzględnienia zarzutów odwołania Zamawiający unieważnił czynność wyboru Wykonawcy EKOJAR, po czym 24 listopada 2020 roku wezwał go do uzupełnienia treści złożonych pierwotnie wyjaśnień. W treści wezwania Zamawiający wyraźnie wskazał, co Wykonawca EKOJAR ma wskazać w celu wyjaśnienia realności oferowanej ceny.

W uzupełnieniu wyjaśnień Wykonawca EKOJAR miał wskazać:

1.Przedstawienie kalkulacji cenowej,

2.Zabezpieczenie materiałowe - fizyczne lub w oparciu o umowy,

3.Zabezpieczenie pracownicze - umowy o pracę z pracownikami przewidzianymi do obsługi pojazdów biorących udział w akcji zima 2020 rok.

Były to więc elementy istotne dla kalkulacji ceny, a których to Wykonawca EKOJAR nie zawarł w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca EKOJAR przedstawił „uzupełnienie” treści uprzednio złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. „Uzupełnienie” stanowiło w ocenie Odwołującego nie tyle doprecyzowanie, a przedstawienie nowych wyjaśnień. Dopiero na tym etapie pojawiła się (ogólna i niepoparta dowodami) kalkulacja.

Niemniej jednak, Zamawiający 3 grudnia 2020 r. skierował do Wykonawcy EKOJAR kolejne wezwanie do uzupełnienia treści złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W wezwaniu Zamawiający podał, że Wykonawca EKOJAR ma wykazać:

-koszt paliwa w poprzednich dwóch sezonach,

-jaka ilość materiału została zużyta w poprzednich dwóch sezonach.

Szczegółowość wezwań tylko podkreśla, że pierwotnie złożone wyjaśnienia nie spełniały wymogów ustawowych, doprecyzowanych w orzecznictwie, stawianych treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazują również na swojego rodzaju preferowanie Wykonawcy EKOJAR przez Zamawiającego, przejawiające się w nieuprawnionym i nieuzasadnionym wielokrotnym wzywaniu do uzupełnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego ponowne wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia treści złożonych wyjaśnień nie było uprawnione (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1856/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 września 2020 r., sygn. akt KIO 1739/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 września 2020 r., sygn. akt KIO 1818/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 września 2020 r., sygn. akt 1838/20).

Mając na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz przepisy p.z.p.,
a także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nieuzasadnione były kolejne wezwania do wyjaśnień. W związku z czym doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p.
3.naruszenie art. 90 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę EKOJAR potwierdzają, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę EKOJAR w zakresie rażąco niskiej ceny mają bardzo ogólny charakter i nie są poparte żadnymi dowodami, nie obejmują również istotnych czynników, które mają wpływ na cenę, a którą zamówienie może zostać należycie wykonane (nawet po przedstawieniu „uzupełnień").

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że poziom ogólności złożonych wyjaśnień jest znaczny. Wykonawca nie wyjaśnia w jaki sposób wymienione czynniki wpływają na obniżenie przez niego ceny. Nie wskazał również w jaki sposób fakt, że posiada rezerwę materiału sypkiego z zeszłego roku wpływa na możliwość zaoferowania przez Wykonawcę EKOJAR niższej ceny (nie zostało wskazane np. ile tego materiału Wykonawca EKOJAR w rezerwie posiada i jaki okres realizacji może wykonywać zlecenia wyłącznie
w oparciu o rezerwę z zeszłego roku).

W wyjaśnieniach nie została również uwzględniona kwestia kosztów pracowniczych, oferowanych stawek godzinowych czy koszty administracyjne związane z prowadzeniem działalności i utrzymaniem siedziby firmy. Wykonawca EKOJAR nie wskazał, chociaż ma wiedzę, gdyż już realizował dla Zamawiającego takie zamówienie, ile roboczogodzin średnio powinna zająć realizacja jednego zlecenia odśnieżania wszystkich dróg. Takie wyliczenia
i założenia nie zostały wskazane. Wykonawca EKOJAR opiera się wyłącznie na blankietowych oświadczeniach.

Wyjaśnienia nie posiadają również żadnej kalkulacji przedstawiającej, jak poszczególne, wskazane w wyjaśnieniach czynniki, wpływają na cenę oraz jakie poszczególne elementy cenotwórcze składają się na zaoferowaną cenę w zakresie utrzymania:
1.Dróg gminnych w okresie od 15 listopada 2020 do 15 kwietnia 2021 r. (miesięczny koszt usług wg wartości wskazanych w ofercie wynosi 25 800 zł brutto),
2.Dróg powiatowych w okresie od 15 listopada 2020 do 31 grudnia 2020 r. (miesięczny koszt usług wg wartości wskazanych w ofercie wynosi ok. 15 000 zł brutto).

Wszystkie te elementy znalazły się dopiero w „uzupełnieniach" wyjaśnień rażąco niskiej ceny, po wyraźnym wskazaniu elementów, które musi zawierać takie „uzupełnienie". Niemniej, ich ogólna forma, brak przedstawienia dokumentów potwierdzających twierdzenia Wykonawcy EKOJAR o ponoszonych przez niego kosztach nie pozwala uznać, że wyjaśnienia te są zupełne i potwierdzają, że oferowana przez Wykonawcę EKOJAR cena nie jest rażąco niska.

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 (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 maja 2019 r., KIO 747/19). 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, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu 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 jako ich podstawa czy zasadnicza treść (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 października 2018 r., KIO 1972/18). 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 mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, 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, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 października 2018 r., KIO 2020/18).

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny postępowania oraz stan prawny, Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu
o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie
i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła,
co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, której ważność i prawidłowość jest kwestionowana, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca **K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOJAR K. J. z siedzibą w Smolcu** Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący złożył stanowisko pisemne, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości

jako niezasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania w formie papierowej, Izba ustaliła, że Zamawiający wartość szacunkową zamówienia ustalił na równowartość w euro 61 000,10, ze stawką 8% VAT, co brutto daje kwotę 281 262,00 zł i taką kwotę Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podczas sesji otwarcia ofert. Szacowania wartości zamówienia dokonano w oparciu o doświadczenie z lat ubiegłych, ceny rynkowe oraz rozeznania kosztów przyjętych przez inne jednostki samorządowe na terenie Powiatu Wrocławskiego i Średzkiego.

Z zapisów SIWZ wynika, że Wykonawca miała określić cenę realizacji zamówienia przez wskazanie w formularzu oferty łącznej ceny brutto za realizacje przedmiotu zamówienia. Cena miała uwzględniać całkowite koszty realizacji zamówienia zgodnie z OPZ i wozem umowy. Cena miała charakter ryczałtowy i miała być niezmienna do końca realizacji umowy.

Zgodnie z OPZ i wzorem umowy należało posiadać samochód ciężarowy lub ciągnik rolniczy (4 jednostki) zaopatrzone w pług śnieżny oraz piaskarko-solarkę o pojemności 4m3 do 6m3, zapas materiału – mieszanki piaskowo-solnej (10% soli) lub innych dopuszczonych przez prawo środków likwidujących śliskość.

Cena oferty Ekojar wynosi 159 000,00 zł. Cena oferty ILMAR to 219 000,00 zł.

W dniu 26 października 2020 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Ekojar do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ stwierdził, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Zamawiający przytoczył brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz wskazał, że należy przedstawić wyjaśnienia z dowodami.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że nie musi podnosić żadnych nakładów finansowych w zakresie zatrudnienia ludzi, zakupu sprzętu, doposażenia. Sprzęt nie jest w kredytach ani leasingu. Firma wykonywała już usługi na rzecz Zamawiającego i będzie usługę wykonywała tym samym sprzętem i zasobami ludzkimi i znany jest Wykonawcy zakres usług do realizacji. Firma posiada własny serwis i naprawy wykonuje własnymi siłami. Wykonawca otrzymał bezzwrotną dotację z UE na zakup sprzętu do pielęgnacji zieleni, sprzątania oraz odśnieżania, co pozwoliło zaoszczędzić środki na inwestycje w sprzęt. Dotacja przyznana z programu rozwoju obszarów wiejskich 2007-2013. Podano, że Wykonawca posiada w rezerwacji z zeszłego roku materiał sypki, który nie został wykorzystany i będzie mógł być wykorzystany w bieżącym sezonie. Firma posiada siedzibę na terenie Gminy Kąty Wrocławskie, większość pracowników również mieszka na terenie Gminy. Przy odśnieżaniu odchodzą więc koszty dojazdu oraz mobilizacji oraz czas reakcji jest szybki. Firma ma obecnie podpisaną umowę na kilkanaście piaskarek przy odśnieżaniu centrów logistycznych. W przypadku dużych opadów śniegu i wysokich kosztach wykonania usługi dla Gminy, kilkanaście piaskarek w centrach wypracuje duży zysk dla firmy. W 2020 roku Wykonawca wygrał przetarg na obsługę zieleni miejskiej i parków na terenie Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie, więc świadczy usługę kompleksową (wiosna, lato, jesień, zima). Powoduje to, że wykonanie usługi całorocznej jest tańsze. Wykonawca nie zalega z podatkami VAT, dochodowym, ZUS, widnieje na „białej liście płatników VAT". Dzięki kompleksowej obsłudze różnych podmiotów istnieje możliwość wypracowania lepszych i tańszych cen i rozwiązań dla Wykonawcy.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Ekojar, na co złożono odwołanie, które Zamawiający uwzględnił w całości (sygn. akt KIO 2929/20).

Po uwzględnieniu odwołania Zamawiający w dniu 24 listopada 2020 roku, na podstawie art. 90 ustawy Pzp wezwał Ekojar do uzupełnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W związku z przedstawionymi pierwotnie wyjaśnieniami Zamawiający prosił o przedstawienie potwierdzenia realności ceny za wykonanie usług, czyli przedstawienie kalkulacji cenowej, zabezpieczenie materiałowe – fizyczne w oparciu o umowy, zabezpieczenie pracownicze – umowy o pracę z pracownikami przewidzianymi do obsługi pojazdów.

Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że nieprzerwanie od sezonu 2014/2015 realizuje zamówienie na odśnieżanie dróg na obszarze pozamiejskim na terenie Gminy Kąty Wrocławskie. Zna więc realia i specyfikę wykonywania usługi, każdorazowo wywiązywał się z umowy z zachowaniem przewidzianego czasu reakcji. Wykonawca wygrał również w 2020 roku na usługi utrzymania zieleni miejskiej. Obsługa więc będzie miała charakter kompleksowy, ciągły.

Firma posiada inne umowy na świadczenie usług odśnieżania na 11 sztuk pługopiaskarek oraz ciągników, co świadczyć ma o profesjonalnym podejściu do wykonywania usług i znajomości branży. Ponownie wspomniano o własnym serwisie mechanicznym maszyn ogrodniczych, budowlanych oraz komunalnych. Podano ile wynosi szacunkowy średni czas przygotowania jednej maszyny do obsługi zimowej i przedstawiono kalkulację, że przygotowanie sprzętu wynosi 30 720,00 zł netto, co daje mu oszczędności minus koszty pracownicze. Wykonawca posiada bowiem własny serwis oraz umowy handlowe z różnymi hurtowniami, dzięki czemu ma korzystniejsze ceny na części. Ponownie powołano się na fakt posiadania rezerwacji materiału sypkiego w ilości 250 ton z zeszłego roku. Ponadto warunki pogodowe w zeszłych sezonach pozwoliły na zgromadzenie zapasu finansowego na obsługę akcji zima. Pod uwagę wzięto również szacunkowe prognozy pogody na rok 2021, co przekłada się na przewidzenie ilości niezbędnych wyjazdów pojazdów w ramach akcji, a co przekłada się na oszczędność w zużyciu paliwa i mieszanki. Dodatkowo do wyjaśnień przedstawiono kalkulacje: w ramach minimalnego kosztu jednego pracownika zatrudnionego na cały etat w roku 2021; koszty dodatkowe – ubezpieczenie (5000,00 zł), szacunkowe paliwo do maszyn (10 000,00 zł), szacunkowy materiał sypki (20 000,00 zł), inne dodatkowe koszty (5 000,00 zł). Razem daje to kwotę 94 758,08 zł. W przypadku aneksowania kontraktu i wystąpienia obfitych opadów śniegu firma posiada rezerwę budżetu w wysokości 134 241,92 zł brutto. Końcowo Wykonawca przywołał wszystkie okoliczności, o których pisał w pierwotnych wyjaśnieniach.

W dniu 3 grudnia 2020 roku Zamawiający w związku ze złożonymi wyjaśnieniami wezwał Ekojar do złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółowej kalkulacji kosztów paliwa w dwóch poprzednich sezonach i jaka ilość materiału została zużyta w poprzednich dwóch sezonach.

Wykonawca przedstawił w pliku exel zestawienie z okresu 1/11/18 do 30/04/19 oraz 1/11/19 do 30/04/20 zakup paliwa. Jednocześnie zaznaczył, że sprzęty są używane przy innych robotach, nie jest więc w stanie dokładnie określić kosztów do 1 litra ON. Koszty paliwowe to 5140,21 zł + 8869,5 zł =14 009,71 (netto) – 17 231,94 zł brutto. Średnio daje to

8 616 zł brutto. Co do zużycia mieszanki, Wykonawca oświadczył, że nie posiada wagi w łyżce do załadunku a poprzednie kontrakty nie zobowiązywały do prowadzenia dokładnych statystyk dla zużycia materiału. W sezonie 2019/2020 piaskarki nie wyjechały ani razu, więc nie zużyto w ogóle materiału. W sezonie 2018/2019 szacunkowo zużyto 350 ton mieszanki.

Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający ponownie za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę Wykonawcy EKOJAR K. J. z siedzibą w Smolcu.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania oraz poczynione przez Izbę ustalenia, uznano, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Dokonując w pierwszej kolejności analizy czynności podjętych przez Zamawiającego po uwzględnieniu odwołania w sprawie KIO 2929/20, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający słusznie zastosował po uwzględnieniu odwołania treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, by właśnie wątpliwości co do kalkulacji ceny ofertowej, na które zwracał we wniesionym odwołaniu Odwołujący wyjaśnić. Działanie takie nie stoi w sprzeczności z czynnością uwzględnienia odwołania. Choć niewątpliwie Zamawiający związany jest żądaniami odwołania, które uwzględnia, to w celu wykonania tych żądań może korzystać z procedur i przepisów Pzp wykonanie tych żądań poprzedzających, zwłaszcza że za zasadę o charakterze nadrzędnym należy uznać prowadzenie postępowania w zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawa. Wykonawca składając ponowne odwołanie musi wykazać, iż działanie Zamawiającego jest sprzeczne z ustawą Pzp, a zatem, że narusza obowiązujące przepisy. Konieczne jest zatem wykazanie zasadności żądań odwołania, a nie jedynie wskazywanie na postąpienie sprzecznie z uznanymi zarzutami (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 września 2018 r., sygn. akt KIO 1729/18).

Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może bowiem prowadzić do wykonania czynności niezgodnych z przepisami Pzp. Jednocześnie Izba zauważa, za orzecznictwem, że przepis art. 186 ust. 2 zd. 2ustawy Pzp sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale daje podstawę do ewentualnego ponownego podnoszenia tego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie (tak wyrok KIO z 11 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13): *„Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże zatem Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może - co do zasady - stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z żądaniem zawarty w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp."*

Oznacza to, że w sytuacji uwzględnienia odwołania czynności Zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności Zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach kolejnego postępowania odwoławczego, co miało miejsce w ramach obecnego postępowania odwoławczego. Niewypełnienie tego obowiązku wprost przez Zamawiającego ma jedynie ten skutek, iż wykonawca – Odwołujący może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności, powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów, a Izba w nowym postępowaniu odwoławczym oceni merytoryczną zasadność zarzutów takiego odwołania, samo zaś odwołanie nie będzie podlegało odrzuceniu. W ten sposób interes Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w postępowaniu odwoławczym został zabezpieczony.

Reasumując zatem, w tym zakresie zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Izba uznała, że czynności wykonane przez Zamawiającego po uwzględnieniu odwołania nie były niezgodne z przepisami prawa materialnego, dlatego też zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie stanowił podstawy do uwzględnienia wniesionego środka ochrony prawnej.

Rozpoznając zarzuty odnoszące się do wyjaśnień cenowych złożonych przez Przystępującego, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak *wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88*). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ocena, czy zaoferowana cena jest wiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki,

w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wypływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz
z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym
o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy składane
w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Przechodząc do oceny złożonych w postępowaniu przez Przystępującego wyjaśnień, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu i na rozprawie. W ocenie składu orzekającego Izby złożone w postępowaniu wyjaśnienia były wystarczające, by dokonać oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty wykonawcy składającego wyjaśnienia. Dodania wymaga, iż o ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna jakość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego cena jest kwestionowana.

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, iż uprawnione jest wezwanie danego wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli uzyskane wstępnie wyjaśnienia nie rozwiewają wszystkich wątpliwości Zamawiającego. Generalnie czynność ponownego wezwania do wyjaśnień nie jest zabroniona. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do wszechstronnej oceny oferty, także, a może zwłaszcza w zakresie założeń czynionych w ramach kalkulacji, które przekładają się na prawidłowość wykonania przyszłego zobowiązania umownego. Zamawiający musi więc przeanalizować wszystkie okoliczności, do których odnosi się Wykonawca w wyjaśnieniach, w razie konieczności Zamawiający musi także wyjaśnić wszelkie niezbędne kwestie.

Nie ulega zdaniem Izby wątpliwości, że pierwsze z wezwań Zamawiającego miało ogólny charakter, bazowało w zasadzie na powtórzeniu treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zwrócił w wezwaniu uwagi na konkretne elementy przedmiotu zamówienia, które powinny być szczegółowo przez wezwanego Wykonawcę wyjaśnione.

Przystępujący nie pozostał bierny wobec wezwania i złożył wyjaśnienia podkreślając, jego zdaniem, kwestie kluczowe dla prawidłowości kalkulacji. W wyjaśnieniach zwrócono uwagę na doświadczenie zawodowe Przystępującego, realizację przez niego od kilku lat podobnych kontraktów na rzecz Zamawiającego i w gminach o podobnych cechach,
co przekłada się na znajomość uwarunkowań geograficzno-jakościowych wymaganych do prawidłowego wykonania usług. Przystępujący zaznaczył następnie, że dysponuje własnym serwisem, co przekłada się na możliwość obniżenia ceny ofertowej i znaczne oszczędności. Wskazano na okoliczność dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji kontraktu na własność oraz otrzymanie dotacji z UE, a także bogatym wachlarzem parku maszynowego
i pracowników. Przystępujący zwrócił również uwagę na posiadanie rezerwy z lat ubiegłych materiału sypkiego, co oznacza, że w obecnym sezonie zimowym nie będzie musiał wydatkować na ten materiał dodatkowych środków. Przystępujący zauważył, że firma posiada siedzibę na terenie Kątów Wrocławskich oraz że większość jego pracowników pochodzi z tego terenu, więc nie są generowane wyższe koszty dojazdów. Końcowo Przystępujący podkreślił, że wobec faktu wygrania postępowania na obsługę zieleni miejskiej oraz parków może on realizować usługi w sposób kompleksowy w ciągu roku, co znacznie obniża koszty wykonania tych usług.

Reasumując tę część rozważań, w ocenie Izby dostrzeżenia wymaga, iż nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są ogólnikowe i w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają przedstawienia sposobu
w jaki zostały wskazane czynniki przekładają się na możliwość obniżenia kosztów ceny ofertowej. Jak już Izba zauważyła w orzeczeniu wyjaśnienia odnosiły się szczegółowo do czynników, które w ocenie Przystępującego przełożyły się na możliwość obniżenia ceny oferty. Co ciekawe, do żadnego z tych czynników Odwołujący nie odniósł się szczegółowo
w odwołaniu i nie wykazał nieadekwatności założeń przyjętych przez Przystępującego. Dlaczego zdaniem Odwołującego nie zachodzi możliwość przełożenia wymienionych czynników na cenę oferty, Izbie nie wyjaśniono. Jeżeli uznać, czego Izba nie potwierdza, że wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego były ogólnikowe,
to uzasadnienie zarzutów tej części odwołania należałoby wręcz uznać za szczątkowe.
W żaden bowiem sposób w zarzutach nie odniesiono się do aspektów podniesionych
w złożonych wyjaśnieniach.

W ocenie składu orzekającego Izby złożone wyjaśnienia uprawniały Zamawiającego do wystosowania kolejnego wezwania w wyniku czynności uwzględnienia odwołania, zwłaszcza że Zamawiający wprost prosił o wyjaśnienie konkretnych kwestii, mianowicie
o przedstawienie potwierdzenia realności ceny za wykonanie usług, czyli przedstawienie kalkulacji cenowej, zabezpieczenia materiałowo – fizycznego w oparciu o umowy, zabezpieczenia pracowniczego – umowy o pracę z pracownikami przewidzianymi do obsługi pojazdów. Zatem skierowane do Przystępującego wezwanie nie było kolejnym ogólnym dokumentem ale wskazywało jakie elementy z już przedstawionych wyjaśnień zdaniem Zamawiającego wymagają doprecyzowania, tak by ocena oferty mogła zostać dokonana
w pełnym aspekcie analizy wyjaśnień. Również trzecie z wezwań Zamawiającego odnosiło się do kosztów ponoszonych za zakup paliwa i oszczędności materiałów przez Wykonawcę. To zatem Zamawiający generował elementy pytań, na które chciał otrzymać bardziej szczegółową odpowiedź, niż wynikała ze złożonych wyjaśnień i przedstawionych kalkulacji. Ważne jest również podkreślenie, iż każdy z tych elementów był, w ocenie Izby, w sposób prawidłowy opisany tak w kolejnych składanych wyjaśnieniach oraz przedstawionej kalkulacji przez Przystępującego.

Przechodząc do rozstrzygnięcia, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający

naruszył art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba podziela w tej kwestii stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

Zamawiający ocenił kompleksowo otrzymane wyjaśnienia, które wyczerpująco przedstawiły sposób oszacowania ceny ofertowej i jakie czynniki umożliwiły Przystępującemu obniżenie ceny oferty. Tak złożonych wyjaśnień nie sposób potraktować jako niebyłych, niezłożonych, czy też niespójnych. Takich niespójności Odwołujący nie wykazał, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie. Nie przedstawiono żadnych argumentów, wyliczeń, innych dowodów, z których wynikałoby, że złożona przez Przystępującego kalkulacja ma charakter nierealny. Ponadto dostrzeżenia wymaga, iż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do niezłożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień lakonicznych. Żadnego z powyższych czynników Odwołujący nie udowodnił.

W zakresie oceny materiału dowodowego, Odwołujący złożył na rozprawie korespondencję mailową z ofertami cenowymi za mieszankę drogową. Jednak na rozprawie nie umiał udzielić jednoznacznych odpowiedzi w jaki sposób dowód ten przekłada się na niespójność twierdzeń wynikających z wyjaśnień Przystępującego. Odwołujący złożył również umowę z 2018 roku zawartą pomiędzy nim a gminą Kobierzyce na usługi o podobnym charakterze. Izba w zakresie tego dowodu podziela jego analizę przedstawioną na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego. Umowa ta nie może być w ocenie składu orzekającego bazą porównawczą dla tego postępowania. Brakuje wymienionych w niej załączników dotyczących wymaganych standardów utrzymania dróg, dotyczy ona innych kategorii dróg, wymagana była większa ilość sprzętu, wyższe były wymagania dla personelu. Zamawiający wówczas wymagał zgromadzenia rezerwy materiałowej, wymagano używania innej mieszanki, a przede wszystkim czas reakcji w tej umowie wynosił 30 min., podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił czas reakcji na 6 do 48h. Dodatkowo Odwołujący zdawał się nie widzieć różnicy między określeniem wynagrodzenia za wykonanie usług podstawowych w określonej kwocie, a wymienieniem w postanowieniach umownych stawki godzinowej za realizację usług o charakterze interwencyjnym. Dowodów, że stawki w obu przypadkach miały jednakową wartość kwotową Izbie nie przedstawiono. Odwołujący kwestionował dodatkowo racjonalność stanowiska Zamawiającego, który w kalkulacji wartości szacunkowej zamówienia, którą zawarł w odpowiedzi na odwołanie odnosił się do tej umowy. Odwołujący nie zauważa jednak, że przy kalkulacji tej odnoszono się również do innych umów, mianowicie z Gminą Sobótka i Gminą Długołęka, więc wartość przyjęta do szacowania w zakresie stawki mogła mieć charakter uśredniony i nie musiała wprost odpowiadać stawce z umowy przedstawionej przez Odwołującego.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Ponadto, przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Przewodniczący:

……