

**WYROK**  
**z dnia 8 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2020 r. przez Garden- Com Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Oddział w Białymstoku przy udziale wykonawcy A. R. J., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Białymstoku - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II i III, odrzucenie oferty złożonej przez A. R. J. w zakresie części II, odrzucenie ofert złożonych przez A. R. J. oraz M. M. F. w zakresie części III postępowania, i dokonanie ponownej oceny ofert,

**2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Białymstoku i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Garden-Com Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Białymstoku na rzecz wykonawcy Garden-Com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Białymstoku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi utrzymania estetyki pasów drogowych dróg krajowych na terenie Oddziału w Białymstoku w podziale na 6 części: Część I Rejon w Augustowie, Część II Rejon w Białymstoku, Część III Rejon w Bielsku Podlaskim, Część IV Rejon w Łomży, Część V Rejon w Suwałkach, Część VI Rejon w Zambrowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 11 sierpnia 2020 r. wykonawca Garden-Com Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2020 r., w zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawców

a) w zakresie Części II - Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. (dalej także: MPO-J oraz „przystępujący”)

b) w zakresie Części III:

a. Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. oraz

b. M. M. F. BANIOCHA (dalej także: „BANIOCHA”),

a także oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części II i Części III.

Czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 i art. 90 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców:

a)w zakresie Części II - Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J.,

b)w zakresie Części III:

a. Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. oraz

M. M. F. BANIOCHA,

w sytuacji w której wykonawcy nie obalili domniemania rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnej części składowej, powstałego na skutek wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., względnie dokonali nieuprawnionej manipulacji cenami częściowymi,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz

a)nakazanie zamawiającemu:

a.powtórzenia czynności oceny ofert,

b.odrzućenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. w zakresie Części II i Części III,

c.odrzućenia oferty wykonawcy M. M. F. BANIOCHA w zakresie Części III,

d.dokonania wyboru oferty odwołującego w zakresie Części II i Części III jako najkorzystniejszej

b)zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według właściwych przepisów.

Odwołujący wskazał, że jego interes w postępowaniu został naruszony z uwagi na fakt, że w zakresie Części II i Części III doszło do wyboru oferty, która podlega obowiązkowemu odrzuceniu, z uwagi na niezłożenie (merytorycznych i wyczerpujących) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze fakt, że oferta odwołującego zajmuje odpowiednio drugie i trzecie miejsce w rankingu ofert złożonych w postępowaniu, interes odwołującego w mniejszym postępowaniu przejawia się w uzyskaniu zamówienia w konsekwencji uwzględnienia odwołania i usunięcia naruszeń prawa, do których doszło w toku oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2020 r. wezwał wykonawców, w trybie art. 90 ust. 1 oraz 1 a ustawy P.z.p., do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej za realizację Zamówienia w zakresie Części II oraz Części III. Wezwanie takie zostało wystosowane również do odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu ww. wezwania wyraźnie wskazano, że podstawę do wystosowania wezwania stanowi fakt, iż cena zaoferowana przez poszczególnych wykonawców jest zdecydowanie niższa od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu, zatem wezwanie było całkowicie uzasadnione, niezależnie nawet od faktu, że zamawiający zawsze ma możliwość zwrócić się o wyjaśnienia, nawet wówczas, gdy różnice pomiędzy poszczególnymi ofertami są mniejsze niż wskazane w art. 90 ust. 1 a ustawy P.z.p. Co więcej, żaden z wykonawców nie oprotestował wezwania jako nieuzasadnionego, co szczególnie istotne z uwagi na konsekwencje, jakie rodzi samo wezwanie.

Odwołujący zauważył, że wezwanie zamawiającego dotyczyło ceny za realizację określonych części, stanowiących przedmiot postępowania. Jakkolwiek zadania te są ze sobą powiązane funkcjonalnie, wydzielenie poszczególnych zadań oraz konieczność ich indywidualnej wyceny, wskazuje wyraźnie, że każde z zadań stanowi samodzielne zamówienie publiczne w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy P.z.p.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż każda pozycja w formularzu ofertowym, która jest rozliczana w sposób niezależny od pozostałych (nie jest ujęta w wynagrodzeniu ryczałtowym) powinna być traktowana jako istotna część składowa ceny, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., która może być zarówno przedmiotem zainteresowania zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny, jak i podstawą do odrzucenia oferty.

W ocenie odwołującego, zamawiający miał nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek wnikliwego zbadania, czy cena zaoferowana za realizację Części II i Części III nie jest ceną rażąco niską, a ocena powyższego musi zakładać scenariusz realizacji poszczególnych czynności w ramach umowy, w oderwaniu od pozostałych części zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w sytuacji, w której, w ocenie któregośkolwiek wykonawcy, wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. było nieuzasadnione, właściwym trybem kontestowania tego stanu rzeczy nie jest polemika w treści wyjaśnień, lecz zaskarżenie czynności wezwania, z uwagi na to, że z wezwaniem takim wiąże się dla wykonawcy doniosłe skutki prawne.

W ocenie odwołującego, skoro wykonawcy MPO-J oraz BANIOCHA nie zaskarżyli wezwania z dnia 26 czerwca 2020 r., to

niezależnie od subiektywnej oceny jego zasadności, zobowiązani byli do złożenia wyjaśnień w odpowiednim standardzie - podobnie zresztą jak zobowiązany był odwołujący. Porównanie wyjaśnień udzielonych przez wszystkich trzech wykonawców wskazuje, że jedynie wyjaśnienia złożone przez odwołującego odpowiadały treści i przedmiotowi wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Zatem nie ma podstaw, aby wyjaśnienia pozostałych wykonawców były traktowane w ten sam sposób, co wyjaśnienia złożone przez Garden-Com. Działanie takie stanowi bowiem rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że sam fakt skierowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., rodzi dla każdego z wykonawców, będącego adresatem takiego wezwania doniosłe skutki prawne - w postaci powstania domniemania, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Domniemanie takie powstaje, niezależnie od okoliczności, na skutek samego wezwania, niezależnie od tego, jak wykonawca ocenia jego zasadność. Z tego też powodu, przyjmuje się w orzecznictwie, że nieuzasadnione wystąpienie o wyjaśnienia ws. rażąco niskiej ceny, powinno być przedmiotem zaskarżenia.

W ocenie odwołującego, wobec faktu, że wezwanie skierowane do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 oraz 1a ustawy P.z.p. pozostaje w obrocie prawnym, wywiera ono skutek w postaci domniemania, że oferty wykonawców MPO-J oraz Baniocha zawierają cenę rażąco niską i - jako taka - podlegają odrzuceniu. To po stronie wspomnianych wykonawców leży ciężar obalenia takiego domniemania. Teza ta znajduje potwierdzenie w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. KIO 1295/19, wyrok z dnia 23 listopada 2018 r. (KIO 2308/18) i in.

Odwołujący podniósł, że analiza treści złożonych wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę MPO-J Przedsiębiorstwo Usługowe A. R. J. wskazuje, że mają one w ogromnej mierze charakter publicystyki. Z niezwykle lakonicznych i mało obszernych wyjaśnień, około połowa to ogólnikowe deklaracje na temat samowystarczalności wykonawcy i posiadanych zezwoleń, co trudno uznać za dowód w jakichkolwiek kategoriach.

Odwołujący zauważył, że w zakresie wartości kwotowych wykonawca podaje bardzo ograniczone kalkulacje, przy czym w żaden sposób nie wykazuje, aby dane przyjęte do tych kalkulacji były prawidłowe. Co więcej, nie da się, w oparciu o szcztkowe wyliczenia i kalkulacje, ocenić rzetelności wyceny, skoro ww. kalkulacje dotyczą jedynie części kosztów związanych z realizacją zamówienia. Istotne pozycje kosztowe zostały bowiem potraktowane w wyjaśnieniach lakonicznym stwierdzeniem: „ujęty w ryczałcie”. Po pierwsze, nie wiadomo, jak właściwie należy takie stwierdzenie rozumieć, aczkolwiek sugeruje ono „przesuwanie” kosztów poszczególnych usług, rozliczanych za faktycznie wykonane prace, do części prac objętych wynagrodzeniem ryczałtowym, co byłoby działaniem na szkodę zamawiającego. Po drugie, o tym, czy poszczególne koszty są „ujęte w ryczałcie”, wykonawca na skutek wezwania, miał dopiero przekonać zamawiającego, przedstawiając odpowiednie dowody. W złożonych wyjaśnieniach tymczasem brak jakiegokolwiek dowodu, a opisane założenia finansowe są na tyle niepełne i ogólnikowe, że nie mogą stanowić podstawy do sprawdzenia przez zamawiającego, czy cena została ustalona w sposób prawidłowy. Jeżeli zatem zamawiający nie otrzymał danych, które pozwoliłyby mu na rozwianie wątpliwości wyrażonych wezwaniem do złożenia wyjaśnień, to jest to równoznaczne z brakiem odpowiednich wyjaśnień, a tym samym „utrwaleniem” domniemania, że cena jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że część ogólnikowych oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach MPO-J Przedsiębiorstwo Usługowe A. R. J., budzi wątpliwości co do prawdziwości, jak chociażby kuriozalne stwierdzenie, że jedna brygada wykonuje różne prace w tym samym czasie. Podobnie nieprawdziwe są założenia wskazane w zakresie kosztochłonności usług, chociażby w zakresie kosztów koszenia pasa drogowego, ustalonych na poziomie 2 gr/m<sup>2</sup>.

Podobnie odwołujący odniósł się do wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę M. M. F. BANIOCHA. Wyjaśnienia te stanowią w jeszcze większym stopniu zbiór ogólników dotyczących wykorzystania własnego sprzętu i własnych zasobów. Rzekome oszczędności, polegające na pracy własnym personelem, dysponowaniu własnym sprzętem czy wreszcie przemożnym znaczeniu doświadczenia, nie są skonfrontowane z sytuacją innych wykonawców, jak również nie są w żaden sposób wycenione.

W ocenie odwołującego, również w tym przypadku wydaje się, że uwagi dotyczące „kompleksowego traktowania” wszystkich prac wchodzących w zakres zamówienia, w istocie wskazują na stosowanie inżynierii cenowej, tj. przerzucaniu możliwie największej części ceny do tych pozycji, których zapłata jest gwarantowana. W rezultacie wynagrodzenie za czynności płatne wyłącznie za rzeczywiste wykonanie są mniejsze, natomiast koszty te zamawiający ponosi w części nawet wówczas, gdy prace rzeczywiście nie są wykonywane.

Odwołujący zwrócił uwagę, że kwoty podane w wyjaśnieniach ww. wykonawcy, odbiegają w sposób całkowicie dowolny od tych wskazanych w wyjaśnieniach MPO-J. Ponieważ żadne z ww. wyjaśnień nie opierają się na danych szczegółowych i nie wiadomo na jakiej podstawie zostały poczynione, trudno uznać którekolwiek z nich za wiarygodne. W istocie zatem nie są to dowody ani nawet

kalkulacje wykonawców, a jedynie luźne, bezpodstawne dywagacje (jak chociażby konkluzja, że koszty sprzątnięcia miejscowości stanowią ok. 40% kosztów sprzątnięcia pasa drogowego, podana bez jakiegokolwiek uzasadnienia).

Odwolujący stwierdził, że wykonawcy MPO-J i BANIOCHA nie złożyli wyjaśnień (w znaczeniu materialnym) w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 czerwca 2020 r., a zatem w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2019 r. (KIO 1894/19): „Przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień> w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny”

Odwolujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok dnia 2 października 2019 r. (KIO 1822/19), wyrok z dnia 13 czerwca 2019 r. (KIO 990/19).

W ocenie odwołującego, zaszyły przesłanki do stwierdzenia, że wykonawcy MPO-J i BANIOCHA w istocie nie udzielili odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co w konsekwencji skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwolujący wskazał, że pomimo braku wyrażonego wprost zakazu kilkukrotnego wzywania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., w niniejszej sprawie nie istnieje możliwość, aby zamawiający na skutek ponownej oceny wyjaśnień z 9 marca 2020 r. zwrócił się do wykonawców o ich uzupełnienie czy doprecyzowanie. Możliwość powtórzonego wystąpienia o wyjaśnienia dotyczy bowiem wyłącznie dyskusji, polemiki dotyczącej konkretnych argumentów podniesionych przez wykonawcę w wyjaśnieniach - których po prostu nie było w wyjaśnieniach wspomnianych wykonawców. O braku możliwości ponowienia wezwania w takich przypadkach wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, by wspomnieć tytułem przykładu na wyrok z dnia 2 kwietnia 2019 r. (sygn. KIO 480/19).

W ocenie odwołującego, ze względu na zakres i kształt udzielonych wyjaśnień, w istocie należy je traktować jako brak odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Odwołujący w tym zakresie przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1418/19, z dnia 22 lipca 2019 r. - KIO 1295/19.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że wykonawcy MPO-J i BANIOCHA nie złożyli wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. W takim przypadku odrzucenie oferty jest z kolei obligatoryjne. Obowiązek ten istnieje przy tym niezależnie od tego, czy któryś z ww. wykonawców byłby w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny. Wszelkie dywagacje i dowody w tym zakresie, mając na uwadze treść odpowiedzi udzielonej na wezwanie zamawiającego, są spóźnione i nie mają żadnego wpływu na rozstrzygnięcie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wskazał, że odwołujący żaden sposób nie wykazał zawartego w odwołaniu zarzutu, że wykonawcy MPO-J i BANIOCHA w swoich wyjaśnieniach nie przedstawili dowodów dotyczących wyliczenia ceny, o które zamawiający zwrócił się w wezwaniu z dnia 26 czerwca 2020 r.

W ocenie zamawiającego, odwołujący w treści odwołania posługuje się ogólnymi stwierdzeniami, nie daje żadnych konkretnych dowodów na potwierdzenie swoich zarzutów, tylko przedstawia swoją subiektywną interpretację i ocenę wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawców MPO-J i BANIOCHA.

Zamawiający stwierdził, że argumentacja zawarta w odwołaniu, niezależnie od jej merytorycznej niezasadności, zmierza do wykazania, że ceny usług podane w Formularzach ofertowych i cenowych ww. wykonawców są wartościami zaniżonymi w stosunku do wartości rynkowych.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, to na odwołującym się spoczywa obowiązek wykazania (udowodnienia), że w toku postępowania doszło po stronie zamawiającego do naruszenia przepisów: ustawy. Niewystarczającym jest wskazanie jedynie, że do takiego naruszenia mogło dojść, podając jako uzasadnienie swoją interpretację wyjaśnień złożonych przez wykonawców, która jest odmienna od interpretacji dokonanej przez zamawiającego. Przedstawiona przez odwołującego subiektywna interpretacja i ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawców MPO-J i BANIOCHA - wg oceny zamawiającego nie pokrywa się ze stanem faktycznym.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

na Część II - 4 oferty:

1) Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. -11 742 062,16zł

2)GARDEN.COM sp. z o.o. - 14 223 193,56 zł

3)ZABERD SA - 15 492 359,22 zł

4)Zakład Transportu i Budowy Dróg B. Sp. z o.o. - 50 863 423,46zł

Kwota zamawiającego przeznaczona na realizację Części II zamówienia wynosi 18 828 975,64 zł

Na część III - 4 oferty:

1)Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. - 9 332 385,89 zł

2)M. M. F. BANIOCHA - 10 946713,26 zł

3)GARDEN.COM sp. z o.o. - 15 878 570,46 zł

4)Zakład Transportu i Budowy Dróg B. sp. o.o. - 45 373 555,12 zł

Kwota zamawiającego przeznaczona na realizację Części III zamówienia wynosi 20 030 389,64 zł.

Zamawiający dokonał wstępnego badania cen ofert złożonych w Części II i III niniejszego zamówienia, które wykazało, że istnieje konieczność wezwania n/w. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.:

1)w części II - MPO-J, ZABERD, GARDEN.COM (Odwołujący),

2)w części III - MPO-J, BANIOCHA,

ponieważ ceny badanych ofert były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W ocenie zamawiającego, odwołujący niesłusznie sugeruje, że każda pozycja formularza cenowego powinna być obliczana i rozpatrywana oddzielnie, ponieważ wykonawca może wykorzystywać ten sam sprzęt do różnych umów i nie w każdej umowie musi liczyć np. te same koszty amortyzacji (zwłaszcza gdy posiada własny sprzęt).

Zamawiający nadmienił, że podczas badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny nie można opierać się na samych wyjaśnieniach wykonawców, lecz analizować wyjaśnienia łącznie z ich Formularzami cenowymi. Zamawiający przeanalizował wyjaśnienia złożone przez MPO-J oraz dokonał szczegółowej analizy Formularzy cenowych, które porównał do badanych ofert i stwierdził, że:

a) w przypadku Części II —Rejon Białystok:

W Formularz cenowym cz. II - utrzymanie czystości i zieleni, MPO-J wycenił prawie wszystkie pozycje: dotyczące sprzątania od poz. 1 do poz. 12 na kwoty wyższe niż odwołujący. Formularz cenowy składał się z trzech części:

Iutrzymanie czystości zieleni (36 pozycji kosztorysowych)

IIkoszenie (7 pozycji cenowych),

IIIutrzymanie czystości nowych dróg (2 pozycje o wartości zero złotych).

Na cenę oferty składała się *de facto* suma tylko dwóch części Formularza cenowego (I i II), ponieważ część III Formularza była wyceniona u wszystkich wykonawców na zero złotych.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na fakt, że część I Formularza cenowego zawierała aż 36 pozycji, dlatego też wartość części I Formularza cenowego kształtowała ostatecznie cenę oferty, ponieważ 7 pozycji w części II Formularza cenowego dotyczyło tylko usługi koszenia, która wg OPZ miała odbywać się na zlecenie zamawiającego maksymalnie 4 razy w roku, a w przypadku lata suchego — rzadziej. Natomiast prawie wszystkie pozycje z części I Formularza cenowego miały być realizowane cały czas w zapisów w OPZ, w szczególności sprzątanie pasa drogowego.

Zamawiający zauważył, że w przypadku wyceny pozycji od 1-12 w części I Formularza cenowego dot. sprzątania pasa drogowego, odwołujący wycenił je, na kwoty dużo niższe niż firma MPO-J. Odwołujący wycenił, także w Formularzu cenowym całą część I - utrzymanie czystości i zieleni o ponad 2 miliony mniej od wyceny dokonanej w ofercie MPO-J.

Zamawiający wskazał, że w przypadku Części II — Rejon Białystok i Części III - Rejon Bielsk Podlaski, MPO-J w Formularzu cenowym na obie części zamówienia zaproponował obecnie za koszenie ceny jednostkowe od 0,02 do 0,10 zł/m<sup>2</sup>. Ceny wyższe tj. 0,10 zł/m<sup>2</sup> wstawione zostały w Formularzu cenowym przy usłudze koszenia trawników wykonywanej w miejscowościach, a ceny niższe (0,02 zł/m<sup>2</sup>) — przy usłudze koszenia wykonywanej poza miejscowościami - przy koszeniu pasa drogowego. Taki sam sposób wyceny stosowany jest przez wielu wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający poinformował, że w ramach tego samego przetargu w zakresie Części I - Rejon Augustów, zamawiający podpisał już umowę z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę na tę część, który również w swoim kosztorysie posiadał ceny koszenia zbliżone do cen MPO-J czyli od 0,02 do 0,08 zł za m<sup>2</sup>.

Zamawiający stwierdził, że w przypadku Części III — Rejon w Bielsku Podlaskim wykonawca złożył ofertę na ogólną kwotę netto 7 587 305,60 zł. Zamawiający dokonał szczegółowej analizy wszystkich pozycji kosztorysowych tej oferty porównał je do cen jednostkowych zawartych w dwóch poprzednich kończących się umowach, tj. na „sprzątanie i koszenie”, które realizuje ten sam wykonawca MPO-J i na „wycinkę drzew i krzewów” realizowaną przez inny podmiot. Analiza zawarta w Załączniku nr 1 wykazała, że cena oferty wykonawcy jest o 0,27% wyższa od kwoty ogólnej netto 7 566 863,68 zł, jaką uzyskało się po zastosowaniu kosztorysu ofertowego MPO-J cen jednostkowych z poprzednich dwóch kończących się umów na które składa się niniejsze zamówienie. W niniejszym postępowaniu zamawiający połączył obie usługi tj. „sprzątanie i koszenie” oraz „wycinka drzew i krzewów” w jedno postępowanie. Połączenie usług skutkuje realnym obniżeniem niektórych cen jednostkowych z uwagi na występowanie podobnych prac na danym odcinku przez tę samą brygadę i z zaangażowaniem tego samego sprzętu, itp. w związku z powyższym ww. okoliczności uzasadniają, że cena oferty MPO-J jest ceną wiarygodną i nie jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BANIUCHA, zamawiający stwierdził, że po dokonaniu szczegółowej analizy i oceny wyjaśnień, uznał, że złożone wyjaśnienia i dowody (oświadczenia) są wystarczająco precyzyjne, spójne i wyczerpujące dla uznania, że złożone przez wszystkich ww. wykonawców oferty nie zawierają niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, że opisując przedmiot zamówienia posiada wiedzę i wie najlepiej, czego dotyczy zamówienie, jakie są jego najbardziej newralgiczne punkty, gdzie należy zabezpieczyć powstające ryzyka, jak należy je wycenić i czego oczekiwać od wykonawców, ale również w jaki sposób najlepiej sprawdzić, czy dana oferta umożliwia należyte wykonanie zamówienia (ocena złożonych wyjaśnień i dowodów). Odrzucając ofertę zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie za zaoferowaną cenę. W niniejszym postępowaniu wyjaśnienia złożone przez wszystkich wykonawców były wystarczające dla zamawiającego, aby upewnić się, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, że oprócz przedstawionych kosztów przyjętych do kalkulacji, wykonawcy wskazali także okoliczności, które uzasadniają obniżenie ceny oferty.

Złożone przez MPO-J wyjaśnienia potwierdziły, że cena została skalkulowana prawidłowo i w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Ponadto w swoim piśmie powołało się na takie okoliczności, jak:

- wieloletnie doświadczenie i renoma wykonawcy,
- dysponowanie sprzętem z bazą materiałowo-sprzętową w zakresie serwisowania naprawy sprzętu,
- wykwalifikowane brygady robocze (osoby posiadające przeszkolenie do kierowania ruchem oraz uprawnienia pilarzy),

W ocenie zamawiającego, okoliczności wpływające na wysokość ceny usługi i argumenty przedstawione przez MPO -J zasługiwały na uwzględnienie, ponieważ w sposób wyczerpujący opisano i wskazano m.in. na oszczędność związaną z kosztami dojazdu wynikającą z bliskiej odległości od siedziby wykonawcy, posiadanie odpowiedniego sprzętu do wykonania zamówienia. Badanie przeprowadzone przez zamawiającego nie wykazało, że oferta złożona przez MPO-J zawiera rażąco niską cenę.

Przystępujący wykonawca, A. R. J., w piśmie procesowym z dnia 2 września 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że czynność wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy P.z.p. nie jest spoma w niniejszej sprawie. Nie można jednak zgodzić się z odwołującym, który przypisuje duże znaczenie okoliczności, iż przystępujący oraz wykonawca M. M. F. Baniucha nie zakwestionowali czynności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący ponadto podniósł, iż polemizowanie z wezwaniem nie powinno się odbywać w toku wyjaśniania wysokości ceny, ale jedynie w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej.

Przystępujący zwrócił uwagę, że ani w wyjaśnieniach, ani w jakikolwiek inny sposób nie kwestionował czynności zamawiającego. W świetle art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy P.z.p. zamawiający był zobowiązany do wezwania przystępującego, ponieważ cena ofert w Części II odbiegała o 49,1% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert i 37,6% od wartości zamówienia, a w Części III była niższa o 54,2% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert i 53,4% od wartości zamówienia. Nie było zatem podstaw do kwestionowania czynności zamawiającego, co nie oznacza jednak wcale, że przystępujący zaproponował rażąco niską cenę w swoich ofertach.

Przystępujący wskazał, że na ceny jednostkowe poszczególnych pozycji (prac) składają się koszty, które są właściwe wszystkim pozycjom wymienionym w formularzu cenowym, takie jak: koszty pracownicze, paliwa, wywozu odpadów, napraw i

ubezpieczenia sprzętu itd. Zatem dla skalkulowania ceny i wykazania jej właściwego poziomu, przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach globalny wymiar kosztów odnoszący się do wszystkich prac. Taki sposób przedstawienia wysokości kosztów był uzasadniony zatem przyjętym przez przystępującego sposobem realizacji zamówienia, który polega na zaangażowaniu tych samych pracowników oraz narzędzi i maszyn do różnych prac wyszczególnionych w pozycjach formularza cenowego. Jednocześnie wskazał, że sposób ten jest w pełni zgodny z wymaganiami określonymi w OPZ. Co więcej, z wyjaśnień odwołującego odnośnie rażąco niskiej ceny wynika, że on również przyjął ten sam model wykonania usługi.

Odnosząc się jeszcze do twierdzenia odwołującego, iż w świetle postanowień s.i.w.z. konieczne jest zbadanie wszystkich pozycji formularza cenowego pod kątem rażącego zaniżenia ceny, przystępujący zwrócił uwagę, że w znaczącej większości, ceny zaproponowane przez przystępującego w poszczególnych pozycjach są wyższe niż w ofercie odwołującego.

Przystępujący wskazał, że najbardziej cenotwórczą częścią (największy udział w całkowitej cenie ofertowej) jest usługa utrzymania czystości i zieleni, na którą składa się najwięcej prac. Prace w ramach tej usługi wymagają największego zaangażowania pracowników (wiele czynności wykonywanych jest ręcznie), a ze względu na swoją różnorodność wymagają poniesienia różnych kosztów (kosztów paliwa, wywozu i utylizacji śmieci, usuwania padłych zwierząt itp.). Usługa koszenia z kolei jest zdecydowanie mniej skomplikowana, wymaga w mniejszym stopniu angażowania pracowników i jest zdecydowanie mniej kosztochłonna. W przypadku usługi utrzymania czystości nowych dróg, zamawiający sam określił we wzorze formularza cenowego, że należy dla niej przyjąć jednostkową wartość 0, wskutek czego, cena za te pozycje u wszystkich wykonawców wynosiła 0,00 zł.

Jeżeli chodzi o ceny za poszczególne kategorie usług, to w zakresie utrzymania czystości i zieleni przystępujący stwierdził, że zaoferował cenę w wysokości 9 813 973,20 zł brutto w zadaniu nr II oraz 6 952 698,00 zł brutto w zadaniu nr III. Tymczasem odwołujący w tym samym zakresie zaoferował w zadaniu II cenę 7 701 153 zł brutto, w zadaniu III 9 262 638 zł brutto. W ocenie przystępującego, przyjmując logikę odwołującego, należałoby przyjąć, że jego ceny zaproponowane dla usług utrzymania czystości i zieleni są rażąco zaniżone w porównaniu do cen przystępującego.

W ocenie przystępującego, zamawiający w sposób prawidłowy ocenił wyjaśnienia złożone przez wykonawców, w szczególności była ona zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców.

Przystępujący wskazał, iż nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, jakoby wezwanie do rażąco niskiej ceny w sposób automatyczny powodowało powstanie domniemania rażąco niskiej ceny w badanej ofercie. Takie sformułowanie jest w praktyce używane w odniesieniu do skutków wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jednak jest to swego rodzaju skrót myślowy, który w rzeczywistości nie wynika z przepisów ustawy P.z.p. W tym zakresie przystępujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 503/18.

W ocenie przystępującego odwołujący *de facto* nie zarzuca zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny, ponieważ w jego ocenie ta okoliczność nie ma znaczenia dla stosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. Natomiast odwołujący koncentruje się na ustaleniu, czy przystępujący dopełnił formalnoprawnych obowiązków wynikających z wezwania, tj. czy złożył dowody pozwalające na obalenie domniemania w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie przystępującego, za stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego nie przemawia literalna wykładnia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. Wbrew twierdzeniom odwołującego, w przypadku podniesienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. jak najbardziej bada się, czy cena danej oferty jest rażąco niska. Zwłaszcza, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. W świetle tej interpretacji przepisów oraz stanu faktycznego sprawy, zarzuty odwołującego nie mogą być uznane za skuteczne.

Przystępujący podniósł, że dla prawidłowego skonstruowania zarzutu konieczne jest konkretne określenie naruszeń, jakich dopuścił się zamawiający w postępowaniu. Przy czym, nie wystarczy samo przywołanie przepisów prawnych, które w mniemaniu odwołującego zostały naruszone przez zamawiającego. Jak wynika z przepisów ustawy i rozporządzenia, na zarzut składa się podstawa prawna i faktyczna, co implikuje obowiązek przywołania okoliczności faktycznych związanych z nieuprawnionym zaniechaniem bądź działaniem zamawiającego. Okoliczności faktyczne stanowią zatem istotny element zarzutu podnoszonego w odwołaniu — wyznaczają bowiem granicę rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą („Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy” — wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2020 r., KIO 500/20). Jeżeli zatem sam odwołujący zakreśla granicę odwołania wyłącznie do zbadania, czy przystępujący dopełnił formalnoprawnych obowiązków w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, bez badania, czy rzeczywiście w ofercie występują rażąco niska cena, czy też nie, przedmiotowa sprawa powinna zostać rozpoznana

jedynie w tych granicach.

Niezależnie od powyższego, przystępujący nie zgodził się z oceną odwołującego, jakoby wyjaśnienia przystępującego były lakoniczne i ogólnikowe.

Przystępujący podniósł, że lakoniczne lub ogólnikowe wyjaśnienia to takie, które w ogóle nie odnoszą się do treści wezwania zamawiającego i nie zawierają żadnych konkretnych danych. Za wyjaśnienia nieodpowiadające wymogom określonym w art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. uznaje się np. przedstawienie zamawiającemu informacji dotyczących relacji ceny wykonawcy do szacunkowej wartości zamówienia bądź cen innych ofert oraz przedkładanie dowodów potwierdzających brak zaoferowania rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 311/17), wskazanie przez wykonawcę jedynie ogólnych danych finansowych w kalkulacji ceny (przychód, ogólna kwota kosztów oraz całkowity zysk) uzasadnione niemożliwością ujawnienia danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt: KIO 167/18), powołanie się wykonawcy na własne doświadczenie i niewykazanie, w jaki sposób przekłada się ono na rzeczywiste oszczędności przy realizacji doświadczenia oraz dlaczego jest to okoliczność wyjątkowa w stosunku do tego wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r., KIO 13/18).

Przystępujący wskazał, że złożył wyjaśnienia zdecydowanie bardziej szczegółowe, odnoszące się do konkretnych pytań zamawiającego i przedstawiając w tym zakresie rzetelną kalkulację pozwalającą bez jakichkolwiek wątpliwości ustalić wysokość kosztów ponoszonych przy realizacji zamówienia. Nadto, podane przez przystępującego informacje bezspornie wskazują, iż zrealizuje on przedmiotowe zamówienie w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego i bez ponoszenia strat finansowych.

Przystępujący wskazał, że w wyjaśnieniach przedstawił kalkulację dotyczącą tych elementów składowych ceny, które są istotne i cenotwórcze. Aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny uznać za prawidłowe, nie jest konieczne przedstawienie kalkulacji dotyczącej wszystkich elementów składających się na cenę, ale przede wszystkim tych, które mają wpływ na jej wysokość. Stąd przystępujący przedstawił kalkulację uzasadniającą poziom tych kosztów, które mają największy wpływ na ostateczną wysokość ceny. Do tych kosztów, w przypadku niniejszego zamówienia, należą m.in.: koszty pracownicze (ich miesięczną lub dzienną wysokość wraz z kosztami ubezpieczenia, z podziałem na rodzaj stanowisk), koszty paliwa, koszty zagospodarowania odpadów na podstawie ich szacowanej ilości, koszty napraw i amortyzacji sprzętu, ubezpieczenia działalności i zbierania padłych zwierząt. Kalkulacja prezentowała wyliczenie kosztów realizacji jednego zadania przez okres jednego miesiąca na poziomie 82 050,00 zł, a w zakresie koszenia przedstawiała podstawy do wyliczenia oferowanej najmniejszej oferowanej stawki wynoszącej 2 gr/m<sup>2</sup>.

Przystępujący podkreślił, że jego wyjaśnienia odpowiadały wymaganiom zamawiającego, który w wezwaniu wymienił te elementy cenotwórcze, które w jego ocenie są najistotniejsze: koszty pracownicze, koszty sprzętu, transportu, ubezpieczenia, zbierania martwych zwierząt, mycia znaków, usuwania roślinności z chodników. Tym samym, jego wyjaśnienia należało ocenić jako wystarczające, co też zresztą zamawiający uczynił.

Odnosząc się do zarzutu rzekomego przesuwania kosztów, przystępujący wskazał, że odwołujący błędnie odczytuje złożone wyjaśnienia i wywodzi z nich nieprawidłowe wnioski, a przede wszystkim nie wykazuje, na czym miałyby polegać szkoda zamawiającego wywołana kalkulacją przystępującego.

Przystępujący zwrócił uwagę, że przedstawił kalkulację kosztów uzasadniającą wysokość ryczałtowego wynagrodzenia za usługi utrzymania czystości i zielenie. W ramach prac sprzątania pasów drogowych, wykonawca będzie zobowiązany do wykonania m.in. mycia infrastruktury drogowej i usuwania roślinności z chodników. Zatem przedstawiona kalkulacja kosztów pracowniczych, paliwa, amortyzacji sprzętu itd. odnosi się między innymi do tych prac, z racji tego, że do ich wykonania zostaną zaangażowani ci sami pracownicy i te same narzędzia, które będą brały udział w realizacji pozostałych czynności.

Po drugie, wbrew temu co twierdzi odwołujący, czynności, których koszty zostały ujęte w ryczałcie, nie są wcale rozliczane jednostkowo. Mycie infrastruktury drogowej i usuwanie roślinności z chodników wykonywane w ramach sprzątania pasów drogowych nie jest rozliczane według jednostkowego ich wykonania, ale miesięcznie, zgodnie z treścią formularza cenowego. Zatem niezależnie od ilości wykonanych czynności, wykonawca za każdy miesiąc będzie otrzymywał ryczałt za świadczenie usług sprzątania pasa drogowego, obejmującego m.in. mycie infrastruktury drogowej i usuwanie roślinności z chodników.

W ocenie przystępującego, nie można zatem uznać, że wskutek tak dokonanej kalkulacji przystępującego, mogłaby wystąpić jakaś szkoda po stronie zamawiającego. Przystępujący zaznaczył, że odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji w tym zakresie, oprócz lakonicznego napomknienia o rzekomej szkodzie.

Odnosząc się do zarzutu braku dowodów, przystępujący zwrócił uwagę, że wykazanie braku rażąco niskiej ceny nie zawsze musi nastąpić za pomocą dowodów innych niż kalkulacja. Podkreślił, że kalkulacja ceny oferty wraz z komentarzem wykonawcy jest

uznawana za wystarczający dowód potwierdzający rzetelność wyliczeń. W tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1453/18.

Przystępujący zwrócił uwagę, że odwołujący, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, również nie przedstawił żadnych dowodów (poza kalkulacją zawartą w treści wyjaśnień). Zatem odwołujący również prezentuje wyliczenia oraz powołuje się na wartości, które nie wynikają z żadnych dokumentów. W takim ujęciu, odwołujący nie może podnosić, iż zamawiający naruszył zasadę równego traktowania, gdyż wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wyjaśnienia, oprócz kalkulacji cenowej nie przedstawili innych dowodów. Jednocześnie, odwołujący, podnosząc ten zarzut w żaden sposób nie wskazuje, jakie miałyby być to dowody, które przystępujący powinien był złożyć wraz z wyjaśnieniami. Ze względu na fakt, że odwołujący również takich dowodów nie złożył, nie można nawet domniemywać jakie dowody odwołujący miał na myśli konstruując ten zarzut.

Odnosząc się do zarzutu, iż kuriozalne jest twierdzenie przystępującego zawarte w wyjaśnieniach „że jedna brigada wykonuje różne prace w tym samym czasie”, przystępujący stwierdził, że ocena odwołującego wynika prawdopodobnie z niezrozumienia całościowych wyjaśnień przystępującego lub próby narzucenia swojego sposobu kalkulacji ceny jako „jedynego właściwego”. Przystępujący wskazał, że przyjął założenie, iż zatrudnia do realizacji jednego zadania brigadę składającą się z 8 pracowników fizycznych oraz 6 kierowców/operatorów. Jest to ilość pracowników wystarczająca do zrealizowania jednego zadania, skoro zadanie polega na realizowaniu różnych czynności: sprzątaniu pasa drogowego, nasadzaniu drzew, karczowaniu pni drzew, frezowaniu pni, czy ścinaniu pni. Część pracowników może wykonywać różne czynności, zwłaszcza, że w zależności od ich charakteru, w sposób odmienny została określona również częstotliwość i sezonowość ich wykonania. Istotne jest również, że zamawiający prawidłowo zrozumiał wyjaśnienia przystępującego, zgodnie z jego intencją (co potwierdza również treść odpowiedzi na odwołanie), natomiast jedynie odwołujący dostrzega sprzeczność w twierdzeniu, iż „jedna brigada wykonuje różne prace w tym samym czasie”

Natomiast porównując wyjaśnienia przystępującego do wyjaśnień odwołującego, przystępujący wskazał, że odwołujący w swojej kalkulacji w zakresie np. zadania polegającego na sprzątaniu śmieci z powierzchni pasa drogowego (Sprzątanie pasa drogowego poza miejscowościami drogi dwujezdniowej DK 8 odc. Jeżewo - Białystok - Korycin i DK 19 Obwodnica Wasilkowa oraz Sprzątanie pasa drogowego poza miejscowościami DK 8 odc. Jeżewo - Białystok i odc. Białystok - Korycin, DK nr 19 odc. Kuźnica — Białystok i odc. Białystok - Zabłudów oraz DK nr 65 odc. Knyszyn - Białystok i odc. Białystok Bobrowniki) podał informację, iż zadanie to będą realizować dwie ekipy sprzątające pasy drogowe. Nie określił jednak, ile ekipy te będą liczyć osób, co również nie pozwala na ustalenie, czy koszty pracownicze uwzględniają obowiązujące minimalne wynagrodzenie za pracę. Jednocześnie odwołujący wskazał, że te same ekipy będą obsługiwały zarówno sprzątanie śmieci z powierzchni pasa drogowego poza miejscowościami, jak i w miejscowościach, jak również, że te same ekipy będą wysyłane do zadań w zakresie usuwania zanieczyszczeń i roślinności przy krawędzi jezdni oraz oczyszczania zatok autobusowych). Zatem odwołujący, podobnie jak przystępujący, przyjął podobne założenie, iż brigada pracowników będzie dedykowana do różnych czynności. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia, aby wyjaśnienia przystępującego uznać za nieprawidłowe, zaś wyjaśnienia odwołującego ocenić jako wystarczające.

Odnosząc się do zarzutu, że przystępujący w wyjaśnieniach przyjął nieprawdziwe założenia w zakresie kosztochłonności usług, w tym w zakresie kosztów koszenia pasa drogowego, ustalonych na poziomie 2 gr/mkw, przystępujący stwierdził, że odwołujący nie wskazał, jakie nieprawdziwe założenia rzekomo przyjął przystępujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach. Odwołujący również nie wskazał, z jakich przyczyn uznał za nieprawdziwe założenia przyjęte w zakresie kosztów koszenia pasa drogowego.

Przystępujący zauważył, że z powodu lakoniczności uzasadnienia zarzutu, nie może odnieść się do twierdzeń odwołującego, nie jest bowiem świadom, jakie rzekome, nieprawdziwe odwołujący może mieć na myśli. Odpowiadając jednak za zarzut dotyczący kosztów koszenia pasa drogowego, który został ustalony na poziomie 2 gr/mkw, przystępujący wskazał, iż wskazany koszt został szczegółowo skalkulowany w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu.

Przystępujący poinformował, że obliczył koszt skoszenia 1 metra kwadratowego na podstawie dziennej wydajności ciągnika (ustalonej na poziomie 5 ha) i dziennej normy spalania. Całkowity koszt koszenia 5 ha przez jeden ciągnik została ustalona na poziomie 1000 zł, w ramach których przystępujący będzie ponosić koszt:

-paliwa i olejów: 320 zł netto, ustalone na podstawie godzinowego spalania oraz ceny paliwa i olejów, które są powszechnie znane, amortyzacji noży i głowicy, eksploatacji, ubezpieczenia: 40,00 zł,

-pracownika: 200 zł (obejmującej wszelkie koszty pracownicze), które, biorąc pod uwagę, że jest to koszt dzienny, odpowiada wymaganiom w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, amortyzacji: 80,00 zł.

Przystępujący wskazał, że łącznie dzienne koszty świadczenia usługi koszenia wynoszą 640,00 zł, zaś zysk został ustalony na poziomie 360,00 zł. Przy uwzględnieniu tych kosztów, cena za usługę koszenia traw została ustalona na poziomie 2 gr/mkw, natomiast w przypadku trawników na terenie miast w wysokości od 8gr/mkw do 10gr/mkw (ze względu na wyższy poziom

skomplikowania zadania). Przystępujący zwrócił uwagę, że cena 2gr/mkw w samym formularzu cenowym występuje jedynie tylko w trzech na siedem pozycji formularza cenowego w zakresie zadania II oraz w trzech na dziewięć pozycji formularza cenowego w zakresie zadania III. W pozostałych pozycjach przyjęto krotność ceny 2gr/mkw, wynoszącą 4 gr, 8gr i 10gr.

Przystępujący wskazał, że wartości przez niego przyjęte na potrzeby kalkulacji ceny usługi koszenia 1 mkw trawy zostały uśrednione przy przyjęciu, iż usługa koszenia będzie odbywać się 4 krotnie w sezonie letnim (zgodnie z założeniami OPZ). Specyfika tej usługi polega na tym, że im częściej jest świadczona, tym mniejszy jest ponoszony jej globalny koszt. Wiąże się to również z tym, że najbardziej czaso- i kosztochłonne jest pierwsze koszenie w sezonie letnim, każde zaś kolejne wymaga mniejszego nakładu pracy i tym samym mniejszego kosztu. Zatem do wyliczenia ceny za skoszenie 1 mkw przystępujący przyjął średnie wartości wydajności ciągnika, spalania paliwa, zużycia oleju, amortyzacji itd., mając na względzie różny stopień trudności realizacji usługi w związku z jej zakładanym czterokrotnym wykonaniem.

Przystępujący zauważył, że powyższe ceny nie były zatem przedstawione bez żadnego uzasadnienia. Natomiast przystępujący ich wysokość uzasadnił kalkulacją uwzględniającą koszty, o których wyjaśnienie zamawiający prosił w wezwaniu. Dodatkową ważną okolicznością mającą wpływ na wysokość ceny usługi koszenia i końcowej ceny oferty był fakt (przywołany w wyjaśnieniach), że usługę koszenia będą realizować ci sami pracownicy, którzy będą zaangażowani do innych prac wymienionych w kosztorysie. To założenie było zaś uzasadnione, biorąc pod uwagę różną częstotliwość realizacji poszczególnych prac przyjętą przez zamawiającego.

Jednocześnie przystępujący wskazał, że cena usługi koszenia trawy ustalona na poziomie 2gr/mkw w przypadku pasa drogowego poza miejscowościami oraz w wysokości 4, 8 lub 10gr/mkw w miastach jest jak najbardziej rynkowa. Za przykład ceny rynkowej może posłużyć oferta złożona przez samego odwołującego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na letnie utrzymanie miasta Białegostoku" (nr referencyjny: DGK- IV.271.68.2018). W ramach tej oferty odwołujący zaproponował za usługę koszenia trawników na terenie miasta Białegostoku cenę w wysokości 4 gr/mkw, a zatem 2,5 krotnie mniejszą niż przystępujący.

Odnosząc się do zarzutu stosowania inżynierii cenowej, tj. przerzucania największej części ceny do tych pozycji, których zapłata jest gwarantowana, przystępujący stwierdził, że odwołujący nie wskazał na przykłady rzekomego zachowania przystępującego, które miałyby świadczyć o celowym przerzucaniu kosztów. Ostatecznie, Odwołujący, choć przywołał wyrok KIO dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji, nie zdecydował się również na podniesienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., co także poniekąd świadczy o niezasadności jego stanowiska o stosowaniu inżynierii cenowej. Przystępujący zauważył, że takie twierdzenia wymagają szczegółowego uzasadnienia oraz dowodów, których odwołujący w żaden sposób ani nie przedstawił, ani nie złożył. Z racji lakoniczności jego tezy, przystępujący nie jest w stanie nawet odnieść się do tej części zarzutu. Przystępujący może się jedynie ograniczyć do stwierdzenia, iż odwołujący zdaje się nie rozumieć zjawiska „inżynierii cenowej”, która stosowana jest przez wykonawców w zupełnie innych warunkach kalkulacji i rozliczania kosztów, np. w sytuacji, gdy poszczególne pozycje cenowe są dodatkowo punktowane w ramach kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym, w ocenie przystępującego, że zarzut odwołującego nie został należycie skonstruowany oraz udowodniony.

Odnosząc się do zarzutu braku danych szczegółowych przystępujący zauważył, iż porównując wyjaśnienia przystępującego i odwołującego, należy wskazać, że w swoich wyjaśnieniach odwołujący powołuje się na wartości, które nie są udowodnione dokumentami lub nie są poparte szczegółowymi kalkulacjami, np.

-koszt utrzymania ekipy sprzątającej dla zadania w zakresie sprzątania pasa drogowego poza miejscowościami i w miejscowościach: podana kwota 12 532 zł ma odzwierciedlać koszt wynagrodzenia pracowników 2 ekip sprzątających. Odwołujący nie podał jednak żadnej informacji, z jakiej ilości pracowników składa się jedna ekipa sprzątająca,

-koszt utrzymania ekipy interwencyjnej dla zadania w zakresie sprzątania pasa drogowego poza miejscowościami i w miejscowościach: koszt w wysokości 2000 zł odnosi się do całodobowej dyspozycji ekipy interwencyjnej (nie jest możliwe na podstawie wyjaśnień ustalenie, czy wynagrodzenie jest zgodne z obowiązującym minimalnym wynagrodzeniem za pracę lub minimalną stawką godzinową),

-koszt wywozu śmieci: odwołujący przywołuje różne kwoty kosztów wywozu i utylizacji śmieci, które w zależności od zadania wynoszą 1200 zł (np. w przypadku sprzątania śmieci z pasa drogowego), 1000 zł (np. w przypadku sprzątania w miejscowościach, czy dojazdu do przejścia granicznego). Podane kwoty w żaden sposób nie zostały jednak uzasadnione stosownym wyliczeniem, ani przewidywaną ilością odpadów,

- koszty napraw, amortyzacji, ubezpieczenia: nie zostały ujęte w kalkulacji odwołującego, pomimo, że praktycznie prawie do każdej pracy wyszczególnionej w kosztorysie zostaną zaangażowane maszyny (ciągniki, zamiatarki, samochody).

Przystępujący wskazał, że odwołujący, podobnie jak przystępujący, w odniesieniu do wielu kosztów podaje jedynie kwoty (np.

koszty zbierania padłych zwierząt, koszty paliwa, koszty utylizacji śmieci). Z niewiadomych jednak powodów, w ocenie odwołującego, podanie przez niego kwot poszczególnych kosztów jest działaniem prawidłowym, zaś w odniesieniu do przystępującego, takie działanie już powinno być uznane za operowanie nieszczegółowymi danymi, Fakt, iż odwołujący rozbił kwoty (np. za zbieranie padłych zwierząt, paliwa itd.) na poszczególne czynności (np. sprzątania pasa drogowego w miejscowościach i poza miejscowościami) nie czyni tych kwot bardziej wiarygodnymi. W związku z powyższym, działanie przystępującego polegające na przedstawieniu globalnych kosztów miesięcznie w ramach jednego zadania nie powinno być uznane za kalkulację nierzetelną.

Odnosząc się do zarzutu, że przystępujący w swoich wyjaśnieniach powołuje się na „ogólnikowe deklaracje na temat samowystarczalności wykonawcy i posiadanych zezwoleniach”, które to deklaracje mają stanowić około połowę wyjaśnień (pkt 3.2. uzasadnienia odwołania), przystępujący przyznał, że w wyjaśnieniach powoływał się na okoliczność swojej samowystarczalności w zakresie serwisowania i naprawy użytkowanego sprzętu, zarówno środków transportu jak również maszyn specjalistycznych oraz przedstawił w wyjaśnieniach dysponowany park maszynowy (liczbowo z podziałem na rodzaje). Wskazał jednak, że w przypadku takiego zamówienia jak przedmiotowe, w którym udział narzędzi w realizacji usługi jest wysoki (maszyny będą wykorzystywane praktycznie przy każdej pracy wymienionej w kosztorysie), wskazane okoliczności mają istotny wpływ na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Przywołanie zatem tych faktów w wyjaśnieniach nie było zatem bezpodstawne, ani nie miało charakteru ogólnikowych deklaracji.

Przystępujący zauważył, że sam odwołujący w swoich wyjaśnieniach, powoływał się na swoje doświadczenie, posiadany sprzęt, nowoczesne metody pracy, czy hurtowo dokonywane zakupy paliwa, co ma obniżać całościowo obniżać koszty realizacji usługi.

W ocenie przystępującego, w świetle powyższego, nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że ze względu na lakoniczność wyjaśnień przystępującego, nie można przyjąć, iż wykazał on brak rażąco niskiej ceny, a w związku z tym, oferta jego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. Nie można uznać, że wyjaśnienia przystępującego były lakoniczne i ogólnikowe. Co więcej, zamawiający postąpił zgodnie z zasadą równego traktowania, oceniając tak samo wyjaśnienia przystępującego i odwołującego.

W ocenie przystępującego, odwołujący w żaden sposób nie wykazał zasadności podnoszonych przez siebie zarzutów. Przede wszystkim, uzasadnienie faktyczne odwołania jest niezwykle ogólne. Odwołujący w sposób bardzo lakoniczny odnosi się do złożonych przez przystępującego wyjaśnień, wskazując na rzekomą ich ogólnikowość, brak konkretów, szczątkowość kalkulacji, czy brak odzwierciedlenia w dowodach. Jednak sam nie wskazuje w odwołaniu konkretnych pozycji kalkulacji, które budzą jego wątpliwości ani nie próbuje kwestionować wyliczeń przedstawionych przez przystępującego. To zaś powoduje, że odnoszenie się do zarzutów odwołującego jest niezwykle utrudnione, ponieważ nie jest do końca wiadome, jaką rzekomą nieprawidłowość złożonych wyjaśnień ma on na myśli.

Przystępujący wskazał, że w orzecznictwie wskazuje się, że przepis art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p. nie modyfikuje w zupełności ciężaru dowodowego uregulowanego w art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. To oznacza, że nie został wyłączony w całości obowiązek dowodowy spoczywający na odwołującym, który dąży do uznania, iż konkretny wykonawca zaoferował rażąco niską cenę za realizację zamówienia. W takim przypadku, odwołujący, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, powinien wykazać zaistnienie okoliczności, z których wywodzi dla siebie skutki prawne w postaci odrzucenie oferty konkurenta. Zatem pomimo pewnych modyfikacji, odwołujący się wykonawca wciąż zobowiązany jest udowodnić podnoszone przez siebie twierdzenia.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt. 15 s.i.w.z. „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”:

15.1.Cena oferty zostanie obliczona przez wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy właściwy dla danej części zamówienia.

15.2.Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt. 15.1, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto, wyliczyć wartości netto i wartość podatku VAT oraz następnie wyliczyć cenę brutto - Ogółem (dla tabeli I, II, III). Następnie uzupełni tabelę - Podsumowanie wpisując wartości netto, wartości brutto i je zsumuje. Tak obliczoną cenę brutto oferty (Ogółem wartość brutto) należy przenieść do Formularza Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Ofertowego.

15.3.Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w specyfikacji, powinien w cenie ofertowej ująć całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ. Koszty, których nie ujęto w odrębnych pozycjach w Formularzu Cenowym, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w

Formularzu Cenowym.

W postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

na Część II - 4 oferty:

1)Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. -11 742 062,16zł

2)GARDEN.COM sp. z o.o. - 14 223 193,56 zł

3)ZABERD SA - 15 492 359,22 zł

4)Zakład Transportu i Budowy Dróg B. Sp. z o.o. - 50 863 423,46zł

Kwota zamawiającego przeznaczona na realizację Części II zamówienia wynosi 18 828 975,64 zł

Na część III - 4 oferty:

1)Przedsiębiorstwo Usługowe MPO-J A. R. J. - 9 332 385,89 zł

2)M. M. F. BANIOCHA - 10 946713,26 zł

3)GARDEN.COM sp. z o.o. - 15 878 570,46 zł

4)Zakład Transportu i Budowy Dróg B. sp. o.o. - 45 373 555,12 zł

Kwota zamawiającego przeznaczona na realizację Części III zamówienia wynosi 20 030 389,64 zł.

Ponieważ ceny ofert złożonych w części II przez wykonawców MPO-J, ZABERD i odwołującego, a w części III przez MPO-J i BANIOCHA, były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

W dniu 26 czerwca 2020 roku zamawiający wystosował do wykonawcy MPO-J pismo następującej treści:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku działając w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w celu ustalenia czy Państwo oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 9 listopada 2018 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Cena oferty na Część II wynosi 11 742 062,16 zł i jest niższa o 49,1% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych i 37,6% od wartości zamówienia.

Cena oferty na Część III wynosi 9 332 385,89 zł i jest niższa o 54,2% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych i 53,4% od wartości zamówienia.

Część II: Zamawiający prosi o szczegóły sposobu ustalenia wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w pozycjach utrzymania zieleni i koszenia pasa drogowego. Czy w cenach zostały uwzględnione wszystkie koszty:

pracownicze, pracy sprzętu, transportu,

ubezpieczenia?

Część III: Zamawiający prosi o szczegóły sposobu ustalenia wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w pozycjach utrzymania czystości pasa drogowego w miejscowościach. Czy w cenach zostały uwzględnione wszystkie koszty a w szczególności: pracownicze, pracy sprzętu, transportu, ubezpieczenia, zbierania i utylizacji martwych zwierząt, opróżniania koszy, mycia znaków usuwania wrastającej roślinności z chodników?

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo

sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia.

Ponadto informujemy, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, o czym stanowi art. 90 ust. 2 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia należy złożyć na platformie zakupowej <https://gddkia.eb2b.com.pl/> (w nieprzekraczalnym terminie do dnia 06.07.2020r.

W dniu 26 czerwca 2020 roku zamawiający wystosował do wykonawcy BANIOCHA pismo następującej treści:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku działając w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 9 listopada 2018 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Cena oferty na Część III wynosi 10 946 713,26 zł i jest niższa o 46,3% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych i 45,3% od wartości zamówienia.

Część III: Zamawiający prosi o szczegóły sposobu ustalenia wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w pozycjach utrzymania czystości pasa drogowego w miejscowościach. Czy w cenach zostały uwzględnione wszystkie koszty a w szczególności: pracownicze, pracy sprzętu, transportu, ubezpieczenia, zbierania i utylizacji martwych zwierząt, opróżniania koszy, mycia znaków usuwania wrastającej roślinności z chodników?

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia.

Ponadto informujemy, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, o czym stanowi art. 90 ust. 2 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia należy złożyć na platformie zakupowej w nieprzekraczalnym terminie do dnia 06.07.2020r.

Pismem z dnia 6 lipca 2020 roku wykonawca MPO-J złożył wyjaśnienia następującej treści:

Firma MPO-J Przedsiębiorstwo Usługowe jest wykonawcą z wieloletnim doświadczeniem wykonywania usług w zakresie koszenia i utrzymywania estetyki pasa drogowego. W chwili obecnej realizujemy takie zadanie dla GDDKiA w Rejonie Bielsk Podlaski. Prowadzimy gospodarkę odpadami zgodnie z obowiązującymi przepisami. Posiadamy wszelkie zezwolenia na odbieranie, zbieranie i transport odpadów oraz infrastrukturę do gospodarki odpadami.

Firma nasza jest samowystarczalna w zakresie serwisowania i naprawy użytkowanego sprzętu, zarówno środków transportu jak również maszyn specjalistycznych. Co wpływa na obniżenie kosztów bieżącej eksploatacji.

Posiadamy 10 ciągników rolniczych, 12 samochodów dostawczych i specjalistycznych, urządzenia WUKO do mycia infrastruktury drogowej - 2 szt., zamiatarki uliczne - 3 szt. oraz inny sprzęt niezbędny do wykonania zadania.

Wycenienie kosztów przyjęte do kalkulacji na okres jednego miesiąca na jedno zadanie

#### 1.koszty pracownicze

Ilość pracowników fizycznych niezbędnych do wykonania 1 zadania w całości 8 osób.

8 x 4000,00 zł brutto to kwota 32000,00 w tym wszelkie ubezpieczenia i inne koszty pracownicze.

Ilość operatorów (kierowców)

6 osób x 5000,00 zł = 30000,00 miesięcznie

Zatrudnieni bezrobotni - pracownicy fizyczni, będą brać udział we wszystkich pracach kosztorysu ofertowego przez cały okres obowiązywania umowy i ujęci są w kwocie ryczałtu.

2.Koszty zagospodarowania odpadów 15 ton x 350,00 = 5250,00

3.koszty zbierania padłych zwierząt to 7000,00 zł

4.Koszty napraw i amortyzacji sprzętu 1000,00 zł

5.Koszt wykonania projektu organizacji ruchu podczas wykonywanych prac - we własnym zakresie

6.Koszt paliwa to 6500,00 zł. (średnio - zima lato)

7.6. Koszt ubezpieczenia działalności 300,00 zł Całkowity koszt to 82050,00 zł

Zakres prac dotyczący sprzątnięcia miejscowości w tym mycie infrastruktury drogowej, usuwanie roślinności z chodników jest ujęty w ryczałcie.

Koszt ten może ulec zmniejszeniu o co najmniej 15% w Rejonie Bielsk Podlaski ze względu, iż około 50 % prac wykonywanych jest w odległości do 50km od bazy - co w znacznym stopniu zwiększa efektywność i zmniejsza czasochłonność prac, poprzez krótszy czas dojazdu.

Koszty koszenia:

Ciągnik wydajność dzienna - 5 ha tj.  $50000m \times 0,02 = 1000,00$  zł -przychód Koszt ciągnika dziennie to: paliwo oleje 80 litrów x 4,00 netto = 320,00 zł norma spalania na 1 godz. - 8 litrów

Koszt amortyzacji tj., noże, głowica, eksploatacja ubezpieczenie 40,00 zł Pracownik 200,00 zł - wszelkie koszty pracownicze Koszty amortyzacji 80,00 zł

Przychód z kosztorysu 1000,00 koszty 640,00 uzyskany przychód 360,00 zł dziennie.

Poszczególne pozycje z przedstawionego kosztorysu ofertowego traktuje jako całość wykonywanego zadania, przez co ta sama brygada wykonuje różne prace z kosztorysu ofertowego w tym samym czasie.

Koszenie pasa drogowego nie pokrywa się w czasie z utrzymaniem zieleni wysokiej, w związku z tym ci sami pracownicy będą wykonywać prace w różnych okresach roku.

Firma posiada w brygadzie roboczej osoby mające przeszkolenie do kierowania ruchem oraz uprawnienia pilarzy. Koszty prac tych osób zostały wliczone już do ryczałtu. Będziemy korzystali w razie wykonywania usługi do pielęgnacji zadrzewienia z osoby mającej wymagane kwalifikacje. Odsprzedaż pozyskanego materiału drzewnego pokryje koszty sprzętu i transportu zatrudnionego przy wykonywaniu tego zadania. Ceny podane w kosztorysie są więc wystarczające i pokryją koszty poniesione przy wykonywaniu tego

zadania.

W związku z powyższym wysokość kosztorysów ofertowych na utrzymanie zieleni wysokiej w pełni pokryje nakłady poniesione na realizację tych zadań, a uzyskany dochód będzie w pełni satysfakcjonujący naszą firmę.

Do wyjaśnień przystępujący MPO-J dołączył oświadczenie PHU „Grot” s.c. D. K. i A. M. K. o zobowiązaniu do realizacji zadania polegającego na zbieraniu i utylizacji martwych zwierząt w obrębie dróg należących do GDDKiA Oddział w Białymstoku, Rejon w Białymstoku i Bielsku Podlaskim. Zobowiązanie dotyczy całego okresu trwania umowy, tj. 48 miesięcy za kwotę netto 7.000 zł w Białymstoku i 7.000 zł w Bielsku Podlaskim, wypłacaną w formie comiesięcznego ryczałtu.

Pismem z dnia 4 lipca 2020 roku wykonawca BANIOCHA złożył wyjaśnienia następującej treści:

W związku z wezwaniem O.BI.D-3.2413.7.2020 z dnia 26.06.2020r. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość jej ceny mając na uwadze treść art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych informuję o powodach i elementach mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację zamówienia w Części III. Rejon w Bielsku Podlaskim.

Podana w ofercie cena w pozycjach utrzymania czystości pasa drogowego w miejscowościach wynika z faktu, iż przy kompleksowym utrzymaniu pasa drogowego nie można traktować wybiórczo miejscowości i parkingów. Wszystkie prace będące przedmiotem sprzątania pasa drogowego( pozycje 1-24 w formularzu cenowym) traktuje kompleksowo. Prace związane z utrzymaniem czystości zamierzam wykonywać bazując na własnym zapleczu osobowym z wykorzystaniem własnego sprzętu i urządzeń oraz lokalizacji firmy, która sprzyja ograniczeniu kosztów. Dzięki temu moja firma nie jest obciążona dodatkowymi wydatkami takimi jak odpłatny najem maszyn, urządzeń oraz sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia czy też wysokie koszty z tytułu przejazdów. Cykliczny przejazd brygad sprzątających pas drogowy z parkingami oraz trasowe ułożenie miejscowości i brak w niektórych przekroju ulicznego redukuje znacząco koszty.

Miesięczne koszty przewidziane do realizacji zamówienia na sprzątanie pasa drogowego zakładają:

1. Wynagrodzenia z narzutami 4 pracowników(2 brygady sprzątające) — 12529,92zł

2. Paliwo — 3600zł

3. Sprzątanie śmieci w tym (martwe zwierzęta i ich utylizacja) — 2955,50zł

4. Ubezpieczenie sprzętu — 539,50 zł.

5. Koszty napraw — 2200 zł

6. Koszty materiałów — 550zł

Razem koszty miesięczne wynoszą: 22374,92zł

Miesięczne koszty związane wyłącznie ze sprzątaniem miejscowości stanowią ok. 40% ww. kosztów i są szacowane na 8949,97zł.

Oceniając wszystkie elementy w przedmiotowym postępowaniu istotne znaczenie ma dotychczasowe doświadczenie w zakresie realizacji prac oraz szacowania ich cen. Posiadam wystarczającą wiedzę z zakresu specyfiki pracy oraz rzeczywistych kosztów dotyczących przedmiotu zamówienia, ponieważ od wielu lat wykonuję letnie utrzymanie chodników, parkingów, placów i przystanków komunikacyjnych na terenie Miasta Bielsk Podlaski (w załączeniu referencje).

Nie ulega wątpliwości, że realizację zamówienia na sprzątanie pasa drogowego należy postrzegać w sposób kompleksowy z miejscowościami, parkingami, i tak też uczyniłam ustalając cenę, która w świetle powyższych argumentów niewątpliwie nie może uchodzić za cenę rażąco niską.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., 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, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 1a, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.

Ponieważ cena oferty przystępującego MPO-J oraz cena wykonawcy BANIOCHA była niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o ponad 30% i nie zaszyły przesłanki wyłączające zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., o których mowa *in finito* wskazanego przepisu, czynność zamawiającego dotyczącą wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną. Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 8 maja 2018 r., sygn. akt KIO 769/18: „(...) *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) przewiduje obowiązek zamawiającego wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy spełnione są przesłanki arytmetyczne, tj. przekroczony jest próg 30% w stosunku do wartości zamówienia albo do średniej arytmetycznej złożonych ofert, bądź gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego*”.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Jednocześnie należy zauważyć za orzecznictwem, że: „(...) Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) możliwe jest dopiero w przypadku uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, wszczętego przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 albo art. 90 ust. 1a ww. ustawy” (wyrok KIO z 27.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1164/18).

Izba wskazuje, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., winien w szczególności odnieść się do treści wystosowanego wezwania i udzielić informacji w zakresie wszystkich okoliczności, o które został zapytany.

W rozpoznawanym przypadku, w części II i III zamówienia, przystępujący MPO-J został poproszony o szczegóły sposobu ustalenia wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w pozycjach utrzymania zieleni i koszenia pasa drogowego oraz o informację, czy w cenach zostały uwzględnione wszystkie koszty:

pracownicze, pracy sprzętu, transportu,

ubezpieczenia, a dodatkowo w części III - czy w cenie zostały uwzględnione koszty zbierania i utylizacji martwych zwierząt, opróżniania koszy, mycia znaków, usuwania wrastającej roślinności z chodników. Wykonawca BANIOCHA natomiast został poproszony o szczegóły sposobu ustalenia wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w pozycjach utrzymania czystości pasa drogowego w miejscowościach oraz o informację, czy w cenach zostały uwzględnione wszystkie koszty a w szczególności: pracownicze, pracy sprzętu, transportu, ubezpieczenia, zbierania i utylizacji martwych zwierząt, opróżniania koszy, mycia znaków, usuwania wrastającej roślinności z chodników.

Obydwaj wykonawcy zostali również poproszeni o uwzględnienie w złożonych wyjaśnieniach oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki

godzinowej wynikającej z obowiązujących przepisów lub pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Dodatkowo zamawiający wskazał na konieczność złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, przy czym fraza „złożenie dowodów” została przez niego podkreślona. Zwrócenie szczególnej uwagi na konieczność złożenia dowodów pozwala przypuszczać, że zamawiający przywiązywał do tej okoliczności istotną wagę.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego MPO-J i wykonawcę BANIOCHA, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawcy ci nie zaoferowali rażąco niskiej ceny. Przystępujący MPO-J w wyjaśnieniach wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. doświadczenie w realizacji usług koszenia i utrzymania estetyki pasa drogowego, prowadzenie działalności zgodnie z obowiązującymi przepisami, posiadanie wszelkich koniecznych zezwoleń, samowystarczalność w zakresie serwisowania i naprawy sprzętu, dysponowanie doświadczonym personelem, odsprzedaż pozyskanego materiału drzewnego. Z kolei wykonawca BANIOCHA wskazał na takie okoliczności, jak: własne zaplecze osobowe, sprzęt i urządzenia, a także lokalizacja, która sprzyja ograniczeniu kosztów, doświadczenie w realizacji prac i szacowaniu kosztów. Wykonawcy nie wskazali, w jaki sposób i w jakim wymiarze okoliczności te miałyby wpłynąć na obniżenie ceny oferty. Inaczej mówiąc, wykonawcy powinni wskazać, o ile wpłynęło to na obniżenie ich kosztów.

W ocenie Izby, wykonawcy nie wykazali, iż wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. Ponadto nie wskazali, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na ich cenę, tzn. w szczególności - o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Przystępujący nie udzielili w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie sposobu ustalenia wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w pozycjach utrzymania czystości pasa drogowego w miejscowościach.

Zamawiający w postępowaniu przed Izbą wskazywał, że wyjaśnienia wykonawców są dla niego jasne i nie budzą wątpliwości co do tego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Argumentacja zamawiającego jest o tyle nieprzekonująca, iż wyjaśnienia nie zawierają elementów, o które zamawiający prosił w wystosowanym wezwaniu. W wyjaśnieniach wykonawcy ograniczyli się jedynie do wskazywania okoliczności, które mają wpływ na obniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi kwotami ani szczegółowymi kalkulacjami pozwalającymi na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny.

Obydwaj wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach wskazali jedynie wysokość miesięcznych kosztów wykonywania zamówienia, takich jak: koszty pracownicze, koszty paliwa, ubezpieczenia, zagospodarowania odpadów, zbierania martwych zwierząt, napraw i amortyzacji sprzętu itp. Wykonawcy nie wskazali jednak, z czego wynika wysokość tych kosztów. Należy założyć, iż koszty te są niższe niż koszty innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, skoro pozwoliły na tak znaczne obniżenie ceny. Wykonawcy nie wskazali jednak, co wpłynęło na obniżenie tych wartości i jaka była wysokość tych obniżeń. Podkreślić należy, że koszty pracownicze to nie tylko wynagrodzenie, ale także koszty ponoszonych przez pracodawcę obowiązkowych ubezpieczeń i składek. Na koszty transportu składa się również szereg czynników, chociażby amortyzacja pojazdu, zużycie paliwa, podatki i opłaty. Koszty materiałów pomocniczych winny zostać wykazane dowodami potwierdzającymi ich cenę (np. faktury czy oferty producentów). Żadna z tych informacji nie została przez wykonawców wskazana. Ponadto wyjaśnienie winno wskazywać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby, przystępujący MPO-J oraz wykonawca BANIOCHA nie wykazali, iż zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. Izba wskazuje, że to na nich, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. spoczywał ciężar udowodnienia realności zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia, które złożyli, są bardzo ogólne, a wskazane w nich kwoty nie zostały w żaden sposób uzasadnione. Nie dołączono do nich również żadnych dowodów, potwierdzających zasadność podanych kwot i ich wpływ na obniżenie ceny, mimo że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia ceny wskazał na konieczność dołączenia dowodów.

*W tym kontekście, za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, Izba zwraca uwagę, że: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawdziwość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność...”. Podobnie w wyroku KIO 17.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2520/18.*

Wskazując na powyższe Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego i

wykonawcy BANIOCHA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.