

WYROK

z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie **18 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 stycznia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **MATPARK sp. z o.o. z siedzibą w Gródku nad Dunajcem**

w postępowaniu pn. *Dozór i utrzymanie obiektów hydrotechnicznych na terenie Zarządu Zlewni w Nowym Sączu* (nr postępowania 2594/ZZN/2020)

prowadzonym przez zamawiających: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu w części V zamówienia unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie czynności w prowadzonym postępowaniu, w tym odrzucenie ofert złożonych przez Firmę Usługowo-Handlowo-Produkcyjną „AQUA-EKO” S. B., Wojaków i Przedsiębiorstwo Transportowo-Usługowo-Handlowe „RES STAN” S. R., Nowy Sącz uwagi na niewykazanie przez każdego z tych wykonawców, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;**

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom postępowania poniesionym przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Dozór i utrzymanie obiektów hydrotechnicznych na terenie Zarządu Zlewni w Nowym Sączu* (nr postępowania 2594/ZZN/2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 listopada 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_217 pod poz. 531837.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

18 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu w części 5 zamówienia – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Usługowo-Handlowo-Produkcyjną „AQUA-EKO” S. B. z Wojaków {dalej: „Aqua-Eko”}, także o m.in. o sklasyfikowaniu na drugim miejscu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Transportowo-Usługowo-Handlowe „RES-STAN” S. R. z Nowego Sącza {dalej: „ResStan”}.

28 stycznia 2021 r. MATPARK sp. z o.o. z siedzibą w Gródku nad Dunajcem {dalej: „Odwołujący” lub „Matpark”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia ofert powyżej wskazanych wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Res-Stan oraz AquaEko, pomimo że żaden z tych wykonawców nie sprostował ciążącemu na nim z mocy art. 90 ust. 2 pzp obowiązku i nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności nie dochował wymaganej staranności i nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez Zamawiającego zakresie, a przedstawione wyjaśnienia potwierdzają, że oferty te zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia ofert złożonych przez Aqua-Eko i Res-Stan.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu badania ofert złożonych przez Aqua-Eko i Res-Stan.

11 grudnia 2020 r. Zamawiający skierował do każdego z tych wykonawców wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny w oparciu o art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a ustawy pzp, stwierdzając że wartość zamówienia wraz z podatkiem VAT wynosi 1.957.360,00 zł, natomiast cena oferty wynosi 914.693,30 zł (Aqua-Eko) lub 969.003,30 zł (Res-Stan).

Zamawiający wymagał wykazania, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska, w szczególności wskazania obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz w jaki sposób dokonano kalkulacji, tak aby udowodnić, iż cena nie jest rażąco niska. Ponadto Zamawiający powtórzył w wezwaniu treść art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp.

Ponadto w wezwaniu skierowanym do Res-Stan Zamawiający wymagał, aby wykonawca szczegółowo odniósł

się do sposobu wyliczenia pozycji z części dotyczącej dozoru i utrzymania wałów przeciwpowodziowych, śluz oraz przepustów. W szczególności Zamawiający zakwestionował pozycje: 1) dozór i przegląd co najmniej raz w miesiącu każdego odcinka wału – 10,00 zł, 2) kontrola i utrzymanie sprawności śluz i przepustów wałowych, co najmniej raz w miesiącu – 40 zł, 3) kontrola sprawności i utrzymanie rowów dopływowych i odpływowych – 0,25 zł.

Odwolujący podsumował, że Zamawiający wymagał od każdego z wezwanych wykonawców przedstawienia: 1) kalkulacji, 2) wyjaśnień do kalkulacji, 3) dowodów na potwierdzenie tezy przedstawionych w wyjaśnieniach, 4) kosztów pracy, 5) sprzyjających okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny.

Odwolujący zrelacjonował, że w wyjaśnieniach z 15 grudnia 2020 r. Res-Stan wskazała na: 1) doświadczenie w wycenie tego typu zamówień, 2) własny potencjał sprzętowy 3) potencjał kadrowy – brak konieczności, jak to określono, „generowania nowych etatów” dla realizacji zamówienia oraz zatrudnianie pracowników w systemie dwuzmianowym, 3) siedzibę w Nowym Sączu i dobrą znajomość okolicznych terenów, 4) obniżenie kosztów ogólnych przedsiębiorstwa dzięki prowadzeniu działalności w formie jednoosobowej działalności gospodarczej.

Odwolujący zrelacjonował, że w wyjaśnieniach z 15 grudnia 2020 r. Res-Stan powołał się na: 1) posiadane doświadczenie, 2) szeroki park maszynowy (z nazwy wymieniono tylko traktor górski Aebi TT 70S), 3) znajomość specyfiki terenu i bliskość względem siedziby wykonawcy, 4) założenia finansowe, 5) założenie, że roboty można wykonać maszynowo, gdyż podczas jednego ze spacerów stwierdzono, że rowki nie są zamulone, 6) założenie, że niektóre śluzy zamulają się, ale tylko na krótkich odcinkach, 7) brak zamulenia kanałów i dobry stan betonów, których utrzymanie nie będzie generowało dodatkowych kosztów dzięki temu, że kanały będą oczyszczane przez osoby prowadzące utrzymanie wałów, 8) brak krzewów wymagających wycinki wokół wałów, 9) dużą chęć realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwolujący krytycznie odniósł się do treści powyższych wyjaśnień.

W odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Aqua-Eko:

ad 1) wskazano na doświadczenie w wycenie, a nie w realizacji zamówień, czyli w ogóle poza zakresem zainteresowania Zamawiającego;

ad 2) wymaganie posiadania odpowiedniego sprzętu jest warunkiem stawianym wszystkim wykonawcom;

ad 3) wskazane okoliczności nie mają wpływu na to, że wykonawca musi swoim pracownikom wypłacać wynagrodzenie; wszyscy wykonawcy znają dobrze okoliczne tereny;

ad 4) o ile prowadzenie ksiągki przychodów i rozchodów jest trochę tańsze niż prowadzenie pełnej księgowości (różnica sięgająca 1.000 zł miesięcznie), o tyle prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółki kapitałowej jest korzystniej opodatkowane, gdyż liniowy CIT wynosi tylko 9%, a liniowy PIT 19%.

Odwolujący podsumował, że wyjaśnienia Aqua-Eko nie odpowiadają na żadne z pytań Zamawiającego, nie zawierają żadnych dowodów ani kalkulacji. Ponieważ jest to zbiór luźnych rozważań na temat sposobu wykonania zamówienia, czasami tylko odnoszący się do ceny, nie pozwala na ocenę rzetelności wyceny zamówienia przez Aqua-Eko.

W odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Res-Stan:

ad 1) wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniu musiały wykazać się odpowiednim doświadczeniem i są zarządzane przez doświadczoną kadrę;

ad 2) wskazany traktor górski jest przestarzały (sprzed 24 lat, nieprodukowany 17 lat); do najbardziej efektywnego wykonania przedmiotu zamówienia należałoby posiadać więcej sprzętu; wskazanego parku nie można nazwać szerokim, gdyż nie obejmuje całego sprzętu koniecznego do wykonania zamówienia;

ad 3) przymiot, którym dysponują wszyscy wykonawcy, przy czym ta część zamówienia przewiduje wykonanie zamówienia w kilku lokalizacjach, w tym bardziej oddalonych od siedziby Res-Stan;

ad 4) założenia kalkulacyjne są całkowicie niewiarygodne, na ich poparcie nie wskazano żadnych faktów oraz dowodów, a błędy i zaokrąglenia wskazują na niestaranność, w szczególności kwoty nie odpowiadają wycenie przedstawionej na etapie składania ofert oraz w żaden sposób nie tłumaczą rażąco niskich cen pozycji, na które wskazano w wezwaniu;

ad 5) nie wskazano, kiedy spacer się odbył, a poczynione obserwacje nie mają przełożenia na sukcesywne wykonywanie zamówienia w okresie 36 miesięcy, gdyż dojdzie do zamulenia rowków, które trzeba będzie czyścić;

ad 6) zamulanie się śluz wyklucza mechaniczne ich oczyszczanie, a prace te trzeba wykonywać ręcznie;

ad 7) założenie sprzeczne z SIWZ, gdyż jeden pracownik może dokonywać utrzymania 20 km wałów, co oznacza, że w normalnej sytuacji wykluczone jest kierowanie pracowników z wałów na inne obiekty; również kanały mogą się zamulić;

ad 8) krzewy zostały wycięte przez Matpark w ramach realizacji poprzednio udzielonego zamówienia, jednak nie zostały wykarczowane, a więc będzie konieczna ich ponowna wycinka; założenie sprzeczne z SIWZ, wycinka krzaków wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia;

ad 9) część 5 zakłada wykonywanie zamówienia częściowo w okolicy miejsca zamieszkania właścicieli kilku przedsiębiorstw zawodowo zajmujących się świadczeniem tego typu usług, co doprowadziło określenia rażąco niskiej ceny przez Res-Stan, co znalazło potwierdzenie w treści przedstawionych wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Res-Stan zawierają również – jak to określił w odwołaniu – następujące braki formalne, które powodują, że nie są w ogóle odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego. Po pierwsze – nie przedstawiono dowodów na kwoty wskazane w kalkulacji oraz tezy zawarte w wyjaśnieniach, mimo jasnego wezwania do udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska. Po drugie – nie odniesiono się konkretnie i rzeczowo do pozycji, na które wprost wskazano w wezwaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że oferta Res-Stan zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają jego zdaniem następujące pozycje lub braki przedstawionej kalkulacji.

1. Założono 600 godzin prac ręcznych, tymczasem, rzeczywista ilość prac wykonywanych bez użycia pojazdów wynosi około 1500 h, w tym: a) wycinka ręczna i utylizacja krzaków (zrębkowanie – rozdrobienie na miejscu lub zebranie i wywiezienie) na pow. 2,5 ha to praca dla dwóch ekip po 6 osób przez minimum 2 tygodnie (10 dni roboczych po 8 godzin), co daje 960 godzin (z KNR wycinka + sprzętanie w sumie ok. 1000 godzin); b) dodatkowe prace ręczne, jak coroczne dwukrotne podkaszanie wałów po traktorach i koszenie w miejscach niedostępnych (rz. Poprad) – 320 godzin (dwa razy 2 osoby przez 10 dni po 8 godzin); c) ręczny dosiew trawy na wałach minimum 80 godzin (2 osoby przez 5 dni po 8 godzin).

2. Nie przewidziano żadnych kosztów nasion do zasiewów na wałach (str. 5 załącznika pn. „Zakres czynności”).

3. Zaniżono koszt WUKO – koszt najmu pojazdu to 250 zł/h + 5 zł za każdy przejechany kilometr. Corocznie trzeba wyczyścić 7 śluz w Muszynie w ramach pozycji V (lub IV – błąd w numerowaniu w formularzu oferty) oraz 37 śluz w pozycji IV.1., co daje koszt około 11.000 zł rocznie za wynajem urządzenia oraz 2.200 zł za przejechane odległości. Koszt WUKO będzie przynajmniej o 30% wyższy niż zakładany w wyjaśnieniach.

4. Zaniżono koszt prac ręcznych – sama ręczna wycinka wraz z utylizacją krzaków to koszt przynajmniej 1,6 zł za metr kwadratowy (prawdopodobnie więcej), czyli 40.000 zł rocznie w ramach samej pozycji V (lub IV – błąd w numerowaniu w formularzu oferty). Zaniżenie to da się łatwo zweryfikować dzięki porównaniu kosztów prowadzonych prac w tym rejonie oraz KNR.
5. Nie wyceniono wielu mniejszych, ale przewidywanych kosztów: usunięcie śmieci, odkuwanie lodu, odśnieżanie, czyszczenie rdzy, spoinowanie okładzin kamiennych etc. – każda z tych pozycji to od ok. 1000 zł do ok. 8000 zł rocznie.
6. Zaniżono liczbę pracowników koniecznych do realizacji zamówienia.
7. Na dozór i przegląd co najmniej raz w miesiącu każdego odcinka wału wykonawca przewiduje 360 zł miesięcznie. Zgodnie z SIWZ cz. 5 zamówienie obejmuje 36,552 km wałów, a na terenie zarządu zlewni w Nowym Sączu jeden pracownik może obsługiwać maksymalnie 20 km wałów (pkt 1 „Zakresu czynności dozoru i utrzymania obiektów hydrotechnicznych”). Zakładając nawet, że jeden odcinek wałów nadzoruje bezpośrednio właściciel firmy to na pozostałe 16,552 km wałów musi przypadać przynajmniej jeden pracownik, co stanowi koszt 4.000 zł miesięcznie (pkt 1. tabeli w wyjaśnieniach), i to stosując bardzo względną dla wykonawcy interpretację zapisów SIWZ. W sytuacjach kryzysowych minimalna liczba pracowników na każde 20 km wałów wzrasta do ok. 4. Ponadto wały znajdują się w 3 różnych lokalizacjach, co również zwiększa koszty ponad wskazane 4.000 zł miesięcznie. Wycena pozycji dozór i przegląd co najmniej raz w miesiącu każdego odcinka wału na 10,00 zł jest więc wielokrotnie zaniżona.
8. Wykonawca zakłada w poz. 9. „Podatki, polisa OC” 45.000 zł, czyli 135.000 zł przez cały okres trwania umowy. Wszystkie pozostałe pozycje kosztowe dają sumę 744.000 zł, natomiast przychód netto wykonawcy z realizacji umowy to 879.235,62 zł, co daje różnicę wynoszącą 135 235,62 zł. Skoro wykonawca ma już zamortyzowany cały sprzęt (założenie z wyjaśnień) to koszt PIT wynosi 25.694,77 zł, koszt VAT 89.767,68 zł, koszt ZUS właściciela 49.686,48 zł, koszty podatkowe za dwóch pracowników po stronie pracodawcy 58.982,40 zł – łącznie 224.131,33 zł, czyli 89.131,33 zł więcej, niż zakładano w wyjaśnieniach. Dodając koszty polisy oraz koszty podatkowe pracowników wykonujących prace ręczne różnica w rzeczywistości znacznie przekracza 100.000 zł.
- Odwołujący wywiódł, że według art. 90 ust. 3 pzp oferta podlega odrzuceniu, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie (1) nie złożył wyjaśnień (przy czym zdaniem Odwołującego chodzi także o częściowa bierność wykonawcy, a więc również o nieudzielenie wyjaśnień w pełnym wymaganym zakresie) lub (2) złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przy czym zarówno pierwszą, jak i drugą przesłankę należy rozpatrywać w kontekście art. 90 ust. 2 pzp. Innymi słowy ciężar dowodu co do braku rażąco niskiej ceny, zarówno przed zamawiającym, jak i przed Krajową Izbą Odwoławczą, spoczywa na wykonawcy, którego oferta została zbadana w zakresie rażąco niskiej ceny (odpowiednio art. 90 ust. 2 i art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp).
- Tymczasem, jak ocenił Odwołujący, ponieważ wyjaśnienia Aqua-Eko nie zawierają informacji, kalkulacji i dowodów, do których przedstawienia wykonawca został wezwany, należy uznać, że jego oferta podlega odrzuceniu bezpośrednio w oparciu o art. 90 ust. 3 pzp.
- Z kolei wyjaśnienia złożone przez Res-Stan są niekompletne, nie odpowiadają na wszystkie pytania Zamawiającego, a co najmniej zachodzi taka sytuacja, że wykazane w nich osiągnięcie zysku opiera się na założeniu obniżenia kosztów przez pominięcie wykonywania niektórych czynności lub niestaranie wykonywanie, a zatem niezgodnie z SIWZ (opisem przedmiotu zamówienia), co powoduje, że należy te wyjaśnienia ocenić jako potwierdzające rażąco niską cenę oferty.
- W odpowiedzi na odwołanie z 16 lutego 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności z następujących powodów uznając je za niezasadne.
- Zamawiający wywiódł, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia wysokości ceny oferty może przedłożyć dowody na poparcie swoich twierdzeń, jednakże brak dowodów nie deprecjonuje udzielonych wyjaśnień, gdyż liczy się treść tych wyjaśnień jako oświadczenie własne wykonawcy.
- Zamawiający podniósł, że nawet w sytuacji zaniżenia którejs z pozycji kosztorysu nie można mówić o rażąco niskiej cenie całej oferty.
- Zamawiający oświadczył, że przy ocenie wyjaśnień kierował się zasadami logiki oraz posiadaną wiedzą i znajomością rynku, którego dotyczy udzielane zamówienie.
- Zamawiający zwrócił uwagę, że realizacja umowy nie jest skomplikowana technologicznie i nie wymaga użycia specjalistycznego sprzętu, gdyż polega na koszeniu wałów oraz oczyszczaniu śluz, przepustów i rowów. Stąd koszty realizacji tego zamówienia w 90% są związane z potencjałem sprzętowym i personalnym wykonawcy.
- Zamawiający podkreślił, że ponieważ część zamówienia tj. dozór i utrzymanie wałów przeciwpowodziowych jest rozliczana ryczałtowo, nie ma znaczenia jej struktura wewnętrzna, a załączone do oferty kosztorysy czy formularze cenowe mają charakter informacyjny, jeśli nic innego nie wynika w treści SIWZ.
- Zamawiający oświadczył również, że z porównania wyceny tożsamyh usług w innych częściach zamówienia (w piśmie zamieszczono tabelaryczne zestawienie) wyszło mu, że proponowane Aqua-Eko cena tj. 401,47 zł netto za 1 km dozoru i utrzymania wału przeciwpowodziowego jest realna i rynkowa, gdyż jest powyżej średniej arytmetycznej, która wynosi 318,08 zł netto, natomiast wagę, że cena Matparku wynosząca 691,95 zł netto jest dwukrotnie wyższa od tej średniej.
- Zamawiający wyraził przekonanie, że to nie ceny ofert Aqua-Eko i Stan-Res są zaniżone, a cena oferty Matparku jest zawyżona (choć jednocześnie w innym miejscu pisma, podał, że ta ostatnia jest niższa od ubruttowionej wartości szacunkowej o 29 %).
- W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Aqua-Eko są rzetelne, wiarygodne i zgodne z wezwaniem, w szczególności Zamawiający nie oczekiwał podania liczby godzin niezbędnych do realizacji czynności oraz związanego z tym nakładu finansowego itd. Natomiast okoliczności wskazane przez Aqua-Eko w wyjaśnieniach stanowią właśnie dostępne temu wykonawcy zindywidualizowane czynniki z art. 90 ust. 2 pzp, które pozwoliły mu na skalkulowanie ceny oferty na takim poziomie.
- Z kolei Stan-Res przedstawił także sposób kalkulacji oferty, który doprowadził go do stawek określonych w zestawieniu cenowym.
- Zamawiający oświadczył, że przy ocenie obu wyjaśnień brał pod uwagę tak jak w wieloletnie doświadczenie tych wykonawców podobnych zamówień, które Świadczy jego zdaniem o poprawności dokonanej kalkulacji ceny oferty, gdyż podmiot nieposiadający zdolności właściwej wyceny usług nie utrzymałby się na rynku przez tak długi okres. Zamawiający podkreślił że jest ono znacznie dłuższe niż Matparku, który istnieje od ok 2 lat.
- Zamawiający wskazał, że nie wymagał wykazania się potencjałem sprzętowym w ramach warunków udziału w

tym postępowaniu. Zamawiający ocenił, że w wyjaśnieniach Aqua-Eko wskazała na olbrzymi własny potencjał sprzętowy, co znacznie obniża koszty w porównaniu do wynajmu lub leasingu. Natomiast Res-Stan w wyjaśnieniach wykazał, że poza wspomnianym w odwołaniu traktorem posiada również 3 inne traktory z kosiarkami bijakowymi, samochód z przestrzeni ładunkową oraz inne narzędzia niezbędne do realizacji tego zamówienia.

Zamawiający wskazał, że choć wymagał zatrudnienia tzw. strażnika wałowego na każde 20 km, nigdzie nie zaznaczył, że poza długością wałów objętą dozorem należy wziąć pod uwagę różną lokalizację. Przy czym strażnik wałowy ma prowadzić kontrolę obiektu i na bieżąco zgłaszać nieprawidłowości, ale to do wykonawcy należy dysponowanie swoim personelem.

Ponieważ długość obwałowania wchodzącego w zakres dozoru w tej części zamówienia wynosi 36,552 km, według Zamawiającego Res-Stan prawidłowo przyjął, że będą potrzebni dwaj strażnicy wałowi.

Zamawiający uznał za istotną okoliczność, że zarówno Aqua-Eko, jak i Res-Stan posiadają już odpowiednią kadrę do realizacji zamówienia, gdyż nie muszą zatrudniać i przyuczać nowego pracownika. Ponadto według Zamawiającego wskazany w wyjaśnieniach Aqua-Eko potencjał kadrowy daje gwarancję optymalizacji, efektywności i wydajności, a tym samym minimalizacji kosztów.

Zamawiający wskazał również, że nie oczekiwał zatrudnienia na pełny etat z ośmiogodzinnym dniem pracy, natomiast wymagał dyspozycyjności i zabezpieczenia wykonywanych zadań na bieżąco. Natomiast wynagrodzenia miesięcznego należnego na podstawie umowy o pracę nie można utożsamiać z wynagrodzeniem pozyskiwanym przez daną osobę na tym jednym zamówieniu.

Według Zamawiającego Odwołujący błędnie zakłada, że strażnik wałowy ma być cały czas na danym odcinku, gdyż zgodnie z postanowieniami załącznika nr 12 do SIWZ pn. „Zakres czynności Dozór i utrzymanie obiektów hydrotechnicznych na terenie ZZ Nowy Sącz”, nie wymaga się całodobowych dyżurów z wyjątkiem stanów alarmowych, przy czym w ubiegłych latach liczba dni stanów alarmowych i powodziowych to 5-7 dni w ciągu roku.

Zdaniem Zamawiającego również istotną okolicznością jest bliskość zamówienia w stosunku do siedziby wykonawcy, gdyż dzięki temu unika dodatkowych kosztów związanych z transportem maszyn i personelu. Jak stwierdził Zamawiający, w sytuacjach zagrożenia powodziowego to właśnie dyspozycyjność wykonawcy może mieć kluczowy wpływ na oszacowanie kosztów zamówienia, gdyż im bliższa odległość tym szybsze działanie oraz niższe koszty.

Zamawiający zakwestionował adekwatność wskazanej w odwołaniu liczby godzin koniecznych dla realizacji czynności w sytuacji, gdy Stan-Res podał, że wyceny dokonał na podstawie wizji w terenie, opisał stan rowów, śluz i przepustów wałowych oraz swoje założenia co do ich utrzymania.

Zamawiający wskazał, że koszty WUKO należy odnieść wyłącznie do terenu Muszyny, czyli 7 śluz, a nie 44 szt. Według Zamawiającego prawidłowe jest powołanie się przez Res-Stan dla wyjaśnienia kosztów wycinki drzew i krzewów, że będzie te prace wykonywał w miarę potrzeby. Zamawiający powołał się również na to, że Res-Stan założył w swojej kalkulacji kwotę 120 tys. zł tytułem rezerwy kosztowej, co zabezpiecza go na wypadek wystąpienia konieczności dokonania wycinki.

Zdaniem Zamawiającego Res-Stan poparł swoje wyjaśnienia, z których nie wynika, że przewiduje wykonywanie zamówienia niezgodnie z SIWZ, szeregiem środków dowodowych: wykazem posiadanego sprzętu, kalkulacją w postaci tabeli kosztów i dowodem z wizji lokalnej.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia ofert sklasyfikowanych wyżej niż jego oferta uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W załącznikach nr 11 (pn. „Opis przedmiotu zamówienia”) i 12 (pn. „Zakres czynności...”) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej również: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.” zawarto dla części nr 5 zamówienia szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w następującym brzmieniu:

(...)

Część nr: 5

DOZÓR I UTRZYMANIE OBIEKTÓW HYDROTECHNICZNYCH NA TERENIE ZARZĄDU ZLEI NOWYM SĄCZU - CZĘŚĆ 5- NW Nowy Sącz, NW Limanowa, NW Muszyna (zgodnie z wykazem wałów i ś. wałowych)

(...)

Zakres ogólny:

- 36,552 km wałów przeciwpowodziowych
- 37 szt. przepustów wałowych.
- utrzymanie rowów dopływowych i odpływowych – 2343 mb.
- powierzchnia do dwukrotnego koszenia – 446 256 m²

(...)

ZAKRES CZYNNOŚCI

(...)

1. WAŁY PRZECIWPOWODZIOWE I OBIEKTY WAŁOWE

Wytczne ogólne i zakres obowiązków i administracyjnych wykonawcy:

1. Zapewnienie ilości strażników wałowych gwarantującej realizację pełnego zakresu czynności w każdym miesiącu. tj. nie mniej niż jedna osoba na każde 20 km wałów przeciwpowodziowych zleconego zakresu. W przypadku realizacji więcej niż jednej części zamówienia nie ma możliwości łączenia funkcji strażnika wałowego na więcej niż jednym odcinku z uwagi na konieczność pełnej dyspozycyjności.
2. Zapewnienie przez Wykonawcę nadzoru nad dozorem i utrzymaniem wałów przeciwpowodziowych i śluz wałowych przez osobę posiadającą uprawnienia uprawniające do kierowania robotami) w specjalności hydrotechnicznej lub konstrukcyjno-budowlanej w zakresie śródlądowych budowli hydrotechnicznych bądź obiektów budowlanych melioracji wodnych lub odpowiadające im równoważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniejszych przepisów, która będzie: • pełnić funkcje kierownicze i nadzorcze w stosunku do pracowników wykonujących czynności z zakresu dozoru i bieżącej konserwacji oraz • utrzymywać kontakt z PGW Wody Polskie – Zarząd Zlewni w Nowym Sączu oraz z odpowiednim dla danej części zamówienia Nadzorem Wodnym w warunkach normalnych oraz nadzwyczajnych
3. Wyposażenie strażników wałowych w kamizelki – znaczniki z czytelnym napisem o treści „STRAŻNIK WAŁOWY” do użytku w czasie wykonywania obowiązków oraz tabliczki lub naklejki na szybę samochodu z logo Wód Polskich,
4. Zapewnienie całodobowych dyżurów strażników na przypisanych im odcinkach wałów w czasie ogłoszenia stanu ostrzegawczego i alarmowego oraz w czasie prowadzenia akcji przeciwpowodziowej.
5. Informowanie na bieżąco Zamawiającego o stwierdzonych nieprawidłowościach w działaniu śluz wałowych oraz ewentualnych awariach i uszkodzeniach wałów i śluz wałowych. Każdorazowo należy uzyskać potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia odpowiedniego dla danej części zamówienia Nadzoru Wodnego.

Zakres czynności związanych z dozorem i utrzymaniem w warunkach normalnych:

1. Ogólny dozór i przegląd co najmniej raz w miesiącu każdego odcinka wału wraz z urządzeniami wałowymi i ocena jego stanu od strony odwodnej, odpowietrznej oraz korony (w warunkach normalnych), natomiast w okresie zagrożenia powodziowego w zależności od potrzeb oraz informowanie na bieżąco wyznaczonych przedstawicieli Zamawiającego o zauważonych nieprawidłowościach.
2. Kontrola drożności przewodów śluz wałowych, usunięcie śmieci spod klap i przetamowań z odpływu, a w okresie zimowym dodatkowo odśnieżanie i odkuwanie lodu,
3. Sporządzenie notatek z miesięcznego przeglądu zawierających między innymi datę przeglądu oraz spostrzeżenia i uwagi dotyczące stanu technicznego wału oraz wykaz zrealizowanych w czasie przeglądu prac. Notatki miesięczne powinny sporządzać na bieżąco podczas przeglądu osoby zatrudnione na stanowisku strażnika wałowego potwierdzając je własnoręcznym podpisem. Treść przedmiotowych notatek powinna być zgodna ze stanem faktycznym oraz zatwierdzona przez Kierownika Wykonawcy.
4. Informowanie na bieżąco Zamawiającego o stanie technicznym urządzeń jak również w przypadku stwierdzenia kradzieży lub uszkodzenia (klap zwrotnych, włazów, zasów na rurociągach śluz wałowych). Każdorazowo należy uzyskać potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia odpowiedniego dla danej części zamówienia Nadzoru Wodnego.
5. Udzielać osoby pełniącej funkcje kierownicze i nadzorcze oraz strażników wałowych w organizowanych przez Zamawiającego przeglądach wałów wiosennych i jesiennych oraz w razie potrzeb (w szczególności po przejściu fali powodziowej dla określenia szkód powodziowych).
6. Prowadzenie nadzoru celem zapobiegania umyślnego lub nieumyślnego niszczenia wałów, np. przez wypasanie bydła, jazdy po wałach, rozkopywania, sadzenia roślin, działania szkodników, wykonywania niezgodnych z prawem działań w pasie 50 m od stopy wału, itp.

Zakres czynności związanych z dozorem i utrzymaniem w warunkach nadzwyczajnych:

1. W przypadku ogłoszenia alarmu przeciwpowodziowego utrzymywanie przez osobę pełniącą funkcje kierownicze i nadzorcze stałego kontaktu z PGW Wody Polskie – Zarząd Zlewni w Nowym Sączu, Nadzorem Wodnym, odpowiednim dla danej części zamówienia. Przesyłanie informacji o awariach na adres e-mail: zpc.nowysacz@wody.gov.pl bądź ich zgłaszanie telefoniczne.
2. Zapewnienie całodobowych dyżurów strażników na przypisanych im odcinkach wałów w czasie ogłoszenia stanu ostrzegawczego i alarmowego oraz w czasie prowadzenia akcji przeciwpowodziowej.
3. Na żądanie z PGW Wody Polskie – Zarząd Zlewni w Nowym Sączu bądź odpowiedniego Nadzoru Wodnego dodatkowo przeglądy każdego odcinka wału wraz z urządzeniami wałowymi i ocena jego stanu od strony odwodnej, odpowietrznej oraz korony oraz informowanie na bieżąco wyznaczonych przedstawicieli Zamawiającego o aktualnej sytuacji.
4. Informowanie na bieżąco administratora tj. PGW WP – Kierowników Odpowiednich Nadzorów Wodnych w Zarządzie Zlewni w Nowym Sączu o stwierdzonych nieprawidłowościach w działaniu śluz wałowych oraz ewentualnych awariach i uszkodzeniach wałów i śluz wałowych.
5. Sporządzenie notatek z dodatkowych przeglądów zawierających między innymi datę przeglądu oraz spostrzeżenia i uwagi dotyczące stanu technicznego wału oraz wykaz zrealizowanych w czasie przeglądu prac. Notatki z dodatkowych przeglądów powinny sporządzać na bieżąco podczas przeglądu osoby zatrudnione na stanowisku strażnika wałowego. Treść przedmiotowych notatek powinna być zgodna ze stanem faktycznym, zawierać dokumentację fotograficzną oraz być zatwierdzona przez Kierownika Wykonawcy.
6. Kontrola sprawności śluz wałowych, usunięcie ewentualnych elementów blokujących szczelność klap,

Zakres robót utrzymaniowych:

Wały przeciwpowodziowe

1. W okresie porostu traw dwukrotnie w ciągu roku wykoszenie korony, skarp, śluz i pasa 3 m wału w terminach: pierwsze wykoszenie od 1 czerwca do 15 lipca, drugie wykoszenie pomiędzy 1 września a 15 października w zależności od warunków pogodowych, ze wskazaniem pierwszeństwa obiektów do wykoszenia w oparciu o harmonogram przygotowany współpracy z odpowiednim NW z uwzględnieniem wymogów specjalnych
2. Mechaniczne koszenie należy przeprowadzić za pomocą sprzętu dostosowanego do parametrów wałów, aby zapobiec ich uszkodzeniu.
3. Prac nie należy prowadzić w okresie nadmiernego zawilgocenia wału, a zastosowany sprzęt nie może deformować przekroju poprzecznego budowli wałowej
4. Przywrócenie do pierwotnego stanu korony obwałowania, skarp i pasa 3 m zniszczonych w wyniku koszenia;
5. Rozrzucanie kretówek oraz likwidacja nor wykonanych przez zwierzęta w korpusie wału. Naprawa korpusu wałów z uszkodzeń powstałych w wyniku działalności zwierząt (krety, chomiki, lisy itp.);

6. Wycinka samosiejek drzew oraz krzaków ze skarp i korony wału oraz pasa przyległego do stopy wału na szerokości 3 m;
 7. Bieżący monitoring działalności osób trzecich w obrębie wału i pasa 3 m (zaorywania pasa i skarp wału) oraz wykopów w odległości mniejszej niż 50 m od stopy wału;
 8. Zabrania się wypalania traw na wałach, wlotach i wylotach przepustów wałowych!
 9. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyłączenia obiektu z utrzymania w związku z innymi pracami. O czasowym wyłączeniu obiektu Zamawiający powiadomi pisemnie Wykonawcę w terminie do 7 dni przed przystąpieniem do planowanych prac z dokładnym podaniem kilometrażu obiektu.
- Śluzy i przepusty wałowe**
1. Kontrola drożności przewodów śluz wałowych, mechaniczne i ciśnieniowe udrożnienie rurociągów śluz, usunięcie śmieci spod klap i przetamowań z odpływu, odsnieżanie i odkuwanie lodu.
 2. Konserwacja i utrzymanie w sprawności mechanizmów zamykających zasuw na przewodach śluz wałowych.
 3. Gruntowna konserwacja raz w roku oraz bieżące utrzymanie w sprawności mechanizmów zamykających zasuw na przewodach przepustów wałowych.
 4. Uzupełnienie ubytków betonu na przyczółkach wlotowym i wylotowym, (mycie hydrościerne, nałożenie zaprawy PCC)
 5. Poprawa ubezpieczeń na wlocie i wylocie śluz, przepustów
 6. Wymiana na bieżąco zużytych lub uszkodzonych uszczelnień przy klapach przepustów wałowych
 7. Co roku na wiosnę w terminie od 1 do 30 kwietnia oraz po przejściu fali powodziowej jeśli zachodzi taka potrzeba – oczyszczenie z rdzy, uzupełnienie ubytków i malowanie klap zwrotnych metalowych oraz czyszczenie klap zwrotnych plastikowych i wazów do przewodów przepustów wałowych z wykorzystaniem środków ekologicznych nie wpływających na jakość wody (podanie atestów w notatkach).
 8. Oczyszczenie schodów i utrzymanie barierki na skarpie wału, jak również na wlocie i wylocie przepustów
 9. Odmulenie rowków na wlocie i wylocie śluz na długości zgodnej z rozmiarem podanym w załączniku nr 1, oraz po przejściu fali powodziowej
 10. Wszystkie śluzy będące przedmiotem utrzymania zostaną przez Wykonawcę ponumerowane w sposób trwały (farbą odblaskową) zgodnie z aktualnym wykazem przedstawnym przez Inwestora
 11. W okresie porostu traw wykoszenie rowów dopływowych i odpływowych ze śluz wałowych wraz z wygrabieniem (zgodnie z rozmiarem podanym w załączniku „WYKAZ WAŁÓW..”) w terminach: - pierwsze wykoszenie od 1 do 30 maja, - drugie wykoszenie od 1 do 30 czerwca podczas koszenia obwałowania. - trzecie koszenie w terminie 1 do 30 lipca - czwarte koszenie podczas II koszenia obwałowania
 12. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyłączenia obiektu z utrzymania w związku z innymi pracami. O czasowym wyłączeniu obiektu Zamawiający powiadomi pisemnie Wykonawcę w terminie do 7 dni przed przystąpieniem do planowanych prac z dokładnym podaniem kilometrażu obiektu

(...)

Część piąta – NW NS+NW M+NW L

NW Muszyna

- Wał rzeki Poprad w Muszynie – wykonawca ma obowiązek zapewnić sprawność i drożność drenażu odwadniającego, a co najmniej raz w roku wykonać jego czyszczenie przy pomocy "WUCO", a na te okoliczności sporządzić dokumentację fotograficzną i raport z przeprowadzonych prac w terminie od 1 czerwca do 30 czerwca
- Wał rzeki Poprad w Muszynie – spoinowanie okładziny kamiennej w ilości średnio na rok - ok 20m²
- Wał rzeki Poprad w Barcicach - spoinowanie okładziny kamiennej w ilości średnio na rok - ok 5m²
- Wał rzeki Poprad w Muszynie – wycinka i utylizacja przerostów i zakrzaczeń raz w roku na powierzchni ok. 15 000 m² w terminie od 15 października do 30 października – uzgodnienie zakresu prac z Nadzorem Wodnym
- Wał rzeki Poprad w Barcicach – wycinka i utylizacja przerostów i zakrzaczeń raz w roku na powierzchni ok. 10 000 m² w terminie od 15 października do 30 października – uzgodnienie zakresu prac z Nadzorem Wodnym

NW Nowy Sącz

- Dla obwałowania rzeki Dunajec po pierwszym wiosennym koszeniu od daty podpisania umowy (jednorazowo) należy wykonać podsiew mieszaną traw korpus wału na całej długości

Przy czym w obu załącznikach zamieszczono wytłuszczonym drukiem następującą uwagę: Do ceny ofertowej wykonawca zobowiązany jest wliczyć/skalkulować całość kosztów niezbędnych do realizacji „Zakresu czynności” w tym zakres prac i robót wymienionych w wymaganiach specjalnych dla poszczególnych części zamówienia.

W kontekście wymaganej przez Zamawiającego dyspozycyjności wykonawcy (w tym jego pracowników pełniących funkcję tzw. strażnika wałowego) zwraca uwagę, że oprócz czynności, których częstotliwość została wprost określona, takie czynności – jak prowadzenie nadzoru w celu zapobiegania niszczeniu wałów w pasie 50 m od stopy wałów czy bieżący monitoring działalności osób trzecich w obrębie wału i pasa 3 m (zaorywania pasa i skarp wału) oraz wykopów w odległości mniejszej niż 50 m od podstawy wału – wymagają *de facto* pełnej dyspozycyjności, w szczególności codziennego obchodu wałów w całym 36-miesięcznym okresie realizacji zamówienia.

W ramach wymaganego od wykonawców sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający zastrzegł, że ceny i stawki zawarte w formularzu tzw. wyceny szacunkowej muszą stanowić całkowity koszt realizacji prac opisanych w poszczególnych pozycjach, z uwzględnieniem kosztów pośrednich i bezpośrednich oraz podatków [pkt 6.2. s.i.w.z.]. Innymi słowy Zamawiający wymagał, aby koszt wykonania czynności objętych daną pozycją (w przypadku części nr 5 zamówienia jest ich 6) zawierał się w stawce lub cenie jednostkowej określonej dla tej pozycji, zakazując tym samym przerzucania kosztów pomiędzy różnymi pozycjami.

Przy czym należy zauważyć, że kategorii czynności podlegających wycenie jest w ramach części nr 5 zamówienia tylko 5, gdyż dwie pierwsze pozycje dotyczą koszenia, czyli niemal jednorodnego zakresu czynności, który podlegał wycenie stawką za 1 m². Natomiast każda z pozostałych 4 pozycji obejmuje *de facto* szereg różnych czynności, które zostały wskazane w ramach szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, w tym trzy z nich – z zakresu dozoru, przeglądu, kontroli i utrzymania sprawności – wymagają dyspozycyjności wykonawcy, o której wspomniano powyżej.

Przedstawione powyżej za odwołaniem okoliczności dotyczące treści wezwania i wyjaśnień złożonych przez Aqua-Eko i Stan-Res wymagają jedynie następującego uzupełnienia i podsumowania.

Zamawiający opera swoje stanowisko w dużej mierze na okolicznościach, uznawanych przez niego za istotne, których ustalenie nie wymagało wezwania do wyjaśnień, takich jak średnia cen wynikających z ofert złożonych na inne części zamówienia {abstrahując od kwestii, że z odpowiedzi na odwołanie nie wynika, w jaki sposób została wyliczona stawka, którą wskazuje w tabeli}, dotychczasowym doświadczeniu wykonawców w realizacji zamówień na jego rzecz

(lub jego poprzedników prawnych czy faktycznych), kwalifikacjach posiadanych osobiście przez te osoby prowadzące działalność gospodarczą. Pomimo posiadania takiej wiedzy (z urzędu lub co najmniej z dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału) zdecydował się jednak na wystosowanie wezwań z uwagi na odbieganie cen dwóch spośród trzech złożonych ofert od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia. Oznacza to, że nie uznał tych okoliczności za oczywiście tłumaczące zaistniałą rozbieżność cen tych ofert od własnego oszacowania dokonanego z należytą starannością, gdyż w takiej sytuacji wg. art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp, na który się powołał nie są wymagane wyjaśnienia ze strony wykonawców.

Wbrew temu, co twierdził Zamawiający w toku postępowania odwoławczego, dystansując się od wystosowanych do wykonawców wezwań lub wręcz deprecjonując ich prawidłowość, jednoznacznie wynikało z nich, że dla wykazania braku rażąco niskiego charakteru cen ofert wymaga przedstawienia sposobu kalkulacji cen za poszczególne elementy zamówienia. Zamawiający nie ograniczył się przecież do przytoczenia brzmienia art. 90 ust. 2 pzp, a słusznie wyprowadził z tej normy obowiązek wykazania, jakie elementy wpływają na wysokość ceny i jak dokonano ich kalkulacji, czyli w jaki sposób została obliczona cena oferty. Oczywiście jest, że wymaga to wyjścia od podstaw, czyli zobrazowania sposobu wyliczenia cen za poszczególne zakresy czynności objętych przedmiotem zamówienia.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że ani Aqua-Eko, ani Res-Stan nie przedstawili, w jaki sposób skalkulowali ceny za poszczególne zakresy przedmiotu zamówienia, choć jest ich tylko 6 (a w ujęciu kategorii czynności tylko 5), co oznacza, że nie uczynili zadość jednoznacznemu wezwaniu Zamawiającego.

Co prawda Res-Stan zawarł w ramach wyjaśnień tabelę z kwotami, ale wyłącznie w odniesieniu do kosztów osobowych wskazał (pobieżnie), w jaki sposób zostały one wyliczone. Przede wszystkim jednak zbiorcze ujęcie kosztów w ramach 9 pozycji tabeli w żaden sposób nie pozwala na prześledzenie, krok po kroku, w jaki sposób zostały skalkulowane ceny jednostkowe za poszczególne zakresy objęte pozycjami z formularza cenowego oferty.

Oznacza to, że Res-Stan, który co do trzech pozycji najbardziej odbiegających od oszacowania Zamawiającego był dodatkowo wezwany do szczegółowego odniesienia się do sposobu ich wyliczenia, nie zastosował się do tak uszczegółowionego wezwania.

Zestawienie arkusza wyceny szacunkowej dokonanej przez Zamawiającego z arkuszami wyceny z ofert Aqua-Eko i Res-Stan wskazuje, że w obu przypadkach odbieganie cen tych ofert o ponad 30% od oszacowania Zamawiającego wynika z cen jednostkowych określonych przez tych wykonawców dla trzech pozycji z zakresu dozoru, kontroli i utrzymania. Odbiegają one (w przypadku Aqua-Eko tylko poz. przedostatnia) w znacznie większym stopniu od cen jednostkowych z oszacowania Zamawiającego, w skrajnym przypadku (przedostatnia poz.) o ponad 8 razy (Aqua-Eko) lub nawet 50 razy (Res-Stan). Co więcej w oszacowaniu Zamawiającego wycena czynności objętych pozycją przedostatnią, dotyczącej kontroli sprawności i utrzymania rowów dopływowych i odpływowych (w zakresie powyżej przywołanym), stanowi niemal 2/3 całkowitej wartości szacunkowej części nr 5 zamówienia.

Pomimo powyżej przytoczonego opisu przedmiotu zamówienia i dokonanego przez siebie oszacowania tych czynności, którego Zamawiający miał przecież obowiązek dokonać z należytą starannością, Zamawiający zaakceptował nic konkretnego nie wnoszące stwierdzenie wykonawcy, że wycenił je na podstawie wizji lokalnej, co w dodatku Zamawiający oczywiście błędnie poczytał za – jak to nazwał – „dowód z wizji lokalnej”.

Poza tym wyjaśnienia w przypadku obu wykonawców sprowadzają się do ogólnikowych informacji o posiadanych zasobach kadrowych i sprzętowych oraz zapewnieni, że te pierwsze są wystarczające, a w przypadku tych drugich, że jest to korzystniejsze pod względem kosztów niż wynajem sprzętu potrzebnego do realizacji tego zamówienia, ale w tym przypadku nie podano nawet, jaki założono koszt użycia posiadanych zasobów sprzętowych.

Wbrew temu, co zdaje się sugerować odpowiedź na odwołanie, ani Res-Stan, ani tym bardziej Aqua-Eko nie powołali się, a tym bardziej nie podali żadnych konkretnych danych co do tego, jak rozkładają się koszty stałe i zmienne w prowadzonym przedsiębiorstwie w kontekście realizacji tego zamówienia.

Reasumując, wbrew temu, co twierdził Zamawiający, nie otrzymał w wyjaśnieniach żadnych (Aqua-Eko) lub wystarczających (Res-Stan) informacji, które pozwoliłyby na ich pozytywne zweryfikowanie, czy ceny tych ofert zostały prawidłowo skalkulowane, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, która przecież wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołań są zasadne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domagają się odrzucenia ofert Aqua-Eko i Res-Stanu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, gdyż Zamawiający bezpodstawnie ocenił złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 przez tych wykonawców wyjaśnienia jako potwierdzające, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 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.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji

pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że ceny ofert Aqua-Eko i ResStanu odbiegały na tyle znacząco od ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością i ubruttowionej wartości zamówienia, a jednocześnie Zamawiający nie stwierdził, że wynika to z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na każdego z tych wykonawców nałożyło obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowo okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której wykonawcy obciążeni zostali ciężarem wykazania prawidłowości zaofferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkowało powinno obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego, bez stwarzania kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie

art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującą (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Zamawiającego.