Sygn. akt: KIO 1672/21

WYROK
z dnia 27 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Cyprian Herl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **W. F., prowadzącego w Kacicach działalność gospodarczą pod nazwą W. F., Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Zieleni m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **T. Ś., prowadzącej w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą T. Ś., TESTA,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w tej części, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Zieleni m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. F., prowadzącego w Kacicach działalność gospodarczą pod nazwą W. F., Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy, Zarządu Zieleni m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie** na rzecz **W. F., prowadzącego w Kacicach działalność gospodarczą pod nazwą W. F., Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze** kwotę **18.823 zł 10 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy ośmiuset dwudziestu trzech złotych dziesięciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1672/21

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Zieleni m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem są „prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywala Wisły (356,88 ha) w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lutego 2021 r., nr 2021/S 035-086666.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 2 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca W. F., prowadzący w Kacicach działalność gospodarczą pod nazwą W. F., Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że jego oferta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami z dnia 9 kwietnia 2021 r. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,
2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty nie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
4) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy niewybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
5) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
6) art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty,
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 2 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, w szczególności cen jednostkowych w pozycjach 2 oraz 3.1. kosztorysów ofertowych, pod rygorem odrzucenia jego oferty. Odwołujący wskazał, że złożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, w szczególności wyjaśnienia cen jednostkowych w pozycjach 2 oraz 3.1. kosztorysów ofertowych. Wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach złożył szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny wraz z dowodami na poparcie rynkowego charakteru zastosowanych cen jednostkowych. Odwołujący argumentował, że wyjaśnił między innymi, w jaki sposób obliczył ceny jednostkowe w pozycjach 2 oraz 3.1. kosztorysów ofertowych, a w szczególności wskazał, że te ceny jednostkowe zawierają zasadniczo koszt pracy, a nie zawierają kosztu zagospodarowania odpadów zbieranych z koszy/beczek, który to koszt został przez niego uwzględniony w pozycji 1. kosztorysów ofertowych, jako koszt zagospodarowania odpadów z 350 sztuk kontenerów KP7. Jednocześnie Odwołujący wywiódł, że wskazał, iż taki sposób kalkulacji zaoferowanej ceny nie jest niezgodny z postanowieniami SWZ w zakresie określonego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny (zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił ilości zbieranych odpadów) oraz pozostaje uzasadniony specyfiką prac porządkowych.

Odwołujący argumentował, że po ocenie ww. wyjaśnienia zaoferowanej ceny Zamawiający nie zakwestionował udzielonych wyjaśnień wraz z dowodami w żądanym przez Zamawiającego zakresie – pozycji 2 oraz 3.1. kosztorysów ofertowych. Zamawiający uznał natomiast, że odwołujący w znacznym stopniu nie doszacował przyjętych ilości zbieranych odpadów, gdyż zdaniem zamawiającego średnioroczna ilość kontenerów KP7 wynosi w sumie 937,6 sztuk – według danych zamawiającego za 2018 r., co może doprowadzić do braku możliwości wykonania przez odwołującego zamówienia po wskazanych w kosztorysie cenach jednostkowych.

Odwołujący podniósł, że ze stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić.

l.p.	Wyszczególnienie	Cena jednostkowa		Wartość	
		Zamawiający	Odwołujący	Zamawiający	Odwołujący
1.	Zbieranie zanieczyszczeń	60 60 60	80 77 77	499.238,64 995.749,20 971.196,48	665.651,52 1.277.878,14 1.246.368,82
2.	Opróżnianie koszy	4,5 4,5 4,6	1 2 2	477.130,50 724.990,50 741.101,40	106.029,00 322.218,00 322.218,00
3.1.	Opróżnianie beczek w sezonie	7 7 7	2 3 3	419.035,68 586.875,24 585.748,80	119.724,48 251.517,96 251.035,20
Suma zł				**6.001.066,44**	**4.562.641,12**

Odwołujący podniósł, że jak wynika z powyższego zestawienia w formie tabeli – porównania kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego oraz kosztorysu ofertowego odwołującego w zakresie części przedmiotu zamówienia obejmującej pozycje 1., 2., 3.1. – Zamawiający oszacował wartość tej części zamówienia na kwotę 6.001.066,44 zł brutto, podczas gdy odwołujący zaoferował wykonanie tej części zamówienia za kwotę 4.562.641,12 zł brutto. Odwołujący wskazał, że zaoferowana przez niego kwota stanowi 76,03% wartości tej części zamówienia oszacowanej przez zamawiającego w odnośnych pozycjach kosztorysu inwestorskiego, co oznacza, że nie jest ona niższa o co najmniej 30% od wartości tej części zamówienia.

Zdaniem odwołującego obala to domniemanie rażąco niskiej ceny stanowiące podstawę wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny z dnia 2 kwietnia 2021 r. oraz obala stanowisko zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena nie umożliwia zrealizowania tej części zamówienia po określonych w kosztorysie ofertowym cenach jednostkowych.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że na podstawie umowy nr ZZW/B/III/3/1/U-41/20/DW/PN z dnia 29 kwietnia 2020 r wykonywał analogiczne zamówienie na rzecz zamawiającego w okresie od dnia 1 maja 2020 r. do dnia 31 grudnia 2020 r. Odwołujący wskazał, że następnie, od dnia 1 stycznia 2021 r. do dnia 31 maja 2021 r., wykonywał analogiczne zamówienie na podstawie umów, które były zawarte z Zamawiającym w trybie z wolnej ręki. Odwołujący argumentował, że w przypadku tych umów skalkulował ceny jednostkowe opróżniania koszy i beczek (poz. 2. oraz 3.1.) inaczej, niż w przypadku zamówienia w niniejszej sprawie, gdyż w odpowiednich cenach jednostkowych Odwołujący skalkulował koszt zagospodarowania odpadów z koszy oraz z beczek. Z tego powodu te ceny jednostkowe wynosiły odpowiednio 4 zł oraz 5,4 zł. Konsekwentnie, inna była też kalkulacja ceny jednostkowej zbierania odpadów w poz. 1., gdyż ona nie zawierała kosztu zagospodarowania odpadów zbieranych w ramach poz. 2 oraz 3.1., i ta cena jednostkowa wynosiła wówczas 45 zł.

Odwołujący argumentował, że jego doświadczenie z wykonania przedmiotowych zamówień stanowi najbardziej aktualną i realną, a więc rzetelną, a nie teoretyczną, jak w przypadku Zamawiającego, informację o zakresie zamówienia – ilości zbieranych odpadów z koszy i beczek. Z tego doświadczenia wynika, że skalkulowana przez niego w niniejszej sprawie ilość zbieranych rocznie odpadów na poziomie 350 sztuk kontenerów KP7 znajduje uzasadnienie w aktualnej rzeczywistości.

Odwołujący argumentował, że obecnie, na podstawie zaproszenia do negocjacji z dnia 28 maja 2021 r., Zamawiający i on w dniu 31 maja 2021 r. wynegocjowali istotne postanowienia analogicznej umowy, która pod nr ZZW/B/III/3/1/21-44/21/DW/WR została zawarta przez Strony w dniu 31 maja 2021 r. na okres od dnia 1 czerwca 2021 r. Odwołujący wskazał, że z zaakceptowanego przez Zamawiającego jego kosztorysu wynika, że w okresie od dnia 1 czerwca 2021 r. Odwołujący będzie wykonywać analogiczne zamówienie za wynagrodzeniem, które będzie ustalane przez Strony na podstawie analogicznych jak w niniejszej sprawie cen jednostkowych, które skalkulował identycznie jak w przypadku oferty w niniejszej sprawie, a więc na podstawie między innymi założenia ilości zbieranych odpadów (350 sztuk kontenerów KP7 rocznie).

Odwołujący podniósł, że w informacji z dnia 24 maja 2021 r. Zamawiający odwołał się do danych pochodzących z 2018 r., które nie pozostały przez niego udowodnione, i które utraciły walor aktualności, głównie w związku z pandemią COVID-19 w Polsce, która stanowi epidemiczne zachorowania na terenie Polski na ostrą, zakaźną chorobę układu oddechowego COVID-19 wywoływaną przez wirusa SARS-CoV-2. Pierwszy przypadek zakażenia tym koronawirusem stwierdzono w dniu 4 marca 2020 r. w szpitalu w Zielonej Górze, w okresie od dnia 14 do dnia 20 marca 2020 r. obowiązywał w Polsce stan zagrożenia epidemicznego, a od dnia 15 marca 2020 r. wprowadzono na granicach Polski kordon sanitarny, znacząco ograniczający ruch graniczny. Od dnia 20 marca 2020 r. obowiązuje w Polsce stan epidemii. Nic nie wskazuje, aby w dającej się przewidzieć przyszłości stan ten miał ulec zmianie. Zdaniem odwołującego, Zamawiający nie udowodnił podanych przez siebie danych z 2018 r. i zarzucił, że te dane nie polegają na prawdzie. Nadto odwołujący zarzucił, że odwołanie się Zamawiającego do nieudowodnionych/nieprawdziwych danych z 2018 r., zamiast do danych pochodzących z aktualnie wykonywanego zamówienia oraz do danych pochodzących z zamówienia, które jest realizowane przez Odwołującego od dnia 1 czerwca 2021 r., pozbawione jest cechy aktualności tych danych, która uwzględniałaby powszechnie znany fakt pandemii COVID-19, o której mowa powyżej.

Odwołujący wywiódł, że jego rolą i ryzkiem nie jest zastępowanie Zamawiającego w wykonaniu przepisanego obowiązku opisania/określenia przedmiotu zamówienia oraz sposobu obliczenia ceny. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz w opisie sposobu obliczenia ceny nie określił ilości zbieranych z koszy i beczek odpadów. Jest niewątpliwe, że zbieranie tych odpadów stanowi przedmiot zamówienia. Przedmiot ten nie został przez Zamawiającego opisany/określony – Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia ilości zbieranych odpadów. Odwołujący podniósł, że w tym stanie rzeczy, w celu obliczenia ceny i złożenia oferty, z należytą oraz profesjonalną starannością określił estymowaną ilość odpadów, którą zbierze z koszy i beczek, a określenie to jest na podstawie aktualnego jego doświadczenia z aktualnie wykonywanej umowy oraz na podstawie jego doświadczenia na podstawie umów o takim samym przedmiocie, które Odwołujący wykonał na rzecz Zamawiającego. Odwołujący wywiódł, że jakkolwiek określenie to pozostaje prawidłowe – odpowiadające rzeczywistości, to w każdym razie określenie to nie może być na jego ryzyko i odpowiedzialność – pod rygorem odrzucenia oferty, skoro obowiązek opisania przedmiotu zamówienia, w tym przypadku

określenia ilości zbieranych odpadów, obciąża Zamawiającego. Zdaniem odwołującego powyższa okoliczność w zakresie braku opisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w zakresie ilości zbieranych odpadów powoduje, że Zamawiający nie może porównać złożonych ofert, gdyż każdy z Wykonawców określił ilość tych odpadów wedle indywidualnych założeń, które oczywiście są różne dla każdego z Wykonawców.

Odwołujący wskazał, że– wobec kosztorysowego charakteru wynagrodzenia za wykonanie zamówienia –będzie otrzymywał od Zamawiającego wynagrodzenie za faktycznie wykonane czynności – na podstawie tzw. obmiaru oraz do kwoty umówionego wynagrodzenia, co uwzględnia także faktyczną ilość zebranych odpadów i związany z nimi koszt. Argumentował, że Zamawiający nie zakwestionował zaś w zaoferowanej przez niego cenie, że skalkulowany przez niego koszt jednostkowy zagospodarowania odpadów nie jest realny, gdyż Odwołujący uważał, że udowodnił w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2021 r., że koszt ten określił na podstawie ofert. W związku z tym zarzucił, że ustalenie zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia nie znajduje uzasadnienia.

Odwołujący mając na uwadze kosztorysowy charakter wynagrodzenia w niniejszej sprawie, z ostrożności procesowej zarzucił, że badanie przez Zamawiającego „rażąco niskich" cen jednostkowych nie znajduje oparcia w przepisach obowiązującego prawa, gdyż ustawa Pzp zna pojęcie rażąco niskiej ceny, a nie zna pojęcia rażąco niskich cen jednostkowych. Zdaniem odwołującego ceny jednostkowe nie mają znaczenia, o ile zostały ustalone wedle wskazań Zamawiającego zawartych w postanowieniach SWZ, a tak jest w niniejszej sprawie w przypadku jego oferty.

Odwołujący wywiódł, że stanowisko Zamawiającego wyrażone w informacji o odrzuceniu jego oferty jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony (uzasadnienie prawne) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony (uzasadnienie faktyczne), jako powód odrzucenia jego oferty Zamawiający podał, że Odwołujący nie doszacował ilości odpadów (przedmiot zamówienia), co może prowadzić do niemożliwości wykonania zamówienia po wskazanych w kosztorysie cenach jednostkowych. Odwołujący wskazał, że uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia jego oferty dotyczą różnych okoliczności i podmiotów – rażąco niska cena dotyczy niego, przedmiot zamówienia (ilość odpadów) Zamawiającego – co wyklucza subsumpcję stanu faktycznego w niniejszej sprawie pod hipotezę norm zawartych we wskazanych przez Zamawiającego przepisach ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 maja 2021 r., Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę TESTA T. Ś. . Odwołujący wskazał, że uwzględniając zarzuty odwołania oraz odrzucenie oferty D. M., jego oferta pozostaje najkorzystniejsza na podstawie określonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert – cena 100%, gdyż Odwołujący zaoferował cenę w kwocie 7.002.202,65 zł brutto, a TESTA T. Ś. zaoferowała cenę w kwocie 7.281.350,45 zł brutto.

2021 r.	**2022 r.**	**2023r.**
291 222,54	580 853,70	566 531,28
335 051,64	509 104,44	509 104,44
294 522,22	412 489,45	411 697,73
920 796,40	**1 502 447,59**	**1 487 333,45**
	suma	**3 910 577,44**

Odwołujący podniósł, że z powyższego zestawienia wynika, że za wykonanie części przedmiotu zamówienia określonego pozycjami 1., 2., 3.1. kosztorysu ofertowego, TESTA T. Ś. zaoferowała cenę w kwocie 3.910.577,44 zł brutto. Odwołujący wskazał, że za wykonanie odpowiedniej części zamówienia Odwołujący zaoferował cenę w kwocie 4.562.641,12 zł brutto. Tym samym zarzucił, że cena („częściowa") zaoferowana przez TESTA T. Ś. jest mniejsza, niż cena („częściowa") zaoferowana przez niego. Odwołujący argumentował, że stosując „logikę" Zamawiającego z uzasadnienia odrzucenia jego oferty zarzucił, że oferta TESTA T. Ś. powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona tym bardziej, a więc oferta ta nie powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wywiódł, że zaniechanie Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez nieokreślenie ilości zbieranych odpadów, prowadzące do niezgodnego z ustawą Pzp przerzucenia na Wykonawców ciężaru i ryzyka określenia zakresu zamówienia – ilości zbieranych odpadów, pod rygorem odrzucenia oferty, powoduje nieporównywalność złożonych ofert, gdyż każdy z Wykonawców inaczej określił, a w konsekwencji wycenił przewidywaną ilość zbieranych odpadów, a także powoduje, że Zamawiający niezasadnie i bezpodstawnie odrzucił 2 oferty – Odwołującego oraz D. M. . Odwołujący argumentował, że odrzucenie jego oferty nie jest zasadne w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, gdyż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Nadto, uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia jego oferty nie pozwalają na subsumpcję stanu faktycznego w niniejszej sprawie pod hipotezę zastosowanych przez Zamawiającego norm prawnych, o czym szczegółowo powyżej.

Zdaniem odwołującego, skoro Zamawiający odrzucił jego ofertę uznając, że zaoferowana przez niego cena „częściowa" za wykonanie poz. 1., 2., 3.1. kosztorysu ofertowego nie zapewnia wykonania zamówienia po wskazanych w kosztorysie cenach jednostkowych, to tym bardziej Zamawiający powinien odrzucić ofertę TESTA T. Ś., która to oferta zawiera mniejszą cenę, niż cena zaoferowana przez niego, a więc tym bardziej nie zapewnia wykonania zamówienia po wskazanych w kosztorysie cenach jednostkowych. Zamiast tego, Zamawiający wybrał ofertę TESTA T. Ś. jako najkorzystniejszą. Oznacza to, że w takiej samej sytuacji – cen jednostkowych niezapewniających w ocenie Zamawiającego wykonania zamówienia, Zamawiający inaczej potraktował jego – odrzucił jego ofertę, a inaczej potraktował TESTA T. Ś. – wybrał ofertę jako najkorzystniejszą. Jednocześnie, w dniu 31 maja 2021 r. Strony zawarły analogiczną umowę na okres od dnia 1 czerwca 2021 r. na warunkach cenowych (po cenach jednostkowych) analogicznych jak w niniejszej sprawie.

Odwołujący wywiódł także, że jego oferta jest najkorzystniejsza na odstawie określonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert – cena 100 %. Oferta TESTA T. Ś. jest mniej korzystna dla Zamawiającego, gdyż zawiera cenę, która jest większa od ceny zaoferowanej przez niego. Mimo tego, Zamawiający udzielił zamówienie właśnie Wykonawcy TESTA T. Ś., a nie jemu. Tymczasem, Zamawiający ma przepisany obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów. Zdaniem odwołującego udzielenie zamówienia Wykonawcy TESTA T. Ś. nie stanowi realizacji tego obowiązku przez Zamawiającego, gdyż – za uzyskanie efektu gospodarczego w wyniku udzielenia zamówienia – Zamawiający zapłaci Wykonawcy TESTA T. Ś. cenę większą, niż zapłaciłby jemu.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosiła przystąpienie wykonawca **T. Ś., prowadząca w Warszawie**

działalność gospodarczą pod nazwą T. Ś., TESTA Wniosła o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawiła uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 2 kwietnia 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 9 kwietnia 2021 r. co do ceny ofertowej odwołującego wraz z dowodami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego w części I zamówienia z 24 maja 2021 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 17 ustawy Pzp:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

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

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*.

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

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywala Wisły (356,88 ha) w granicach m. st. Warszawy w ramach tzw. Służby brzegowej.

Zgodnie z pkt IV 2 SWZ,*Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w warunkach wykonania umowy i standardach jakościowych wykonania prac stanowiących załączniki nr 1A-B do SWZ, w pracach przy drzewach stanowiących załącznik nr 4 do UMOWY (część I) i załącznik nr 3 do UMOWY (część II), w wykazie ławek stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ (część I) oraz w kosztorysach stanowiących załącznik nr 3A1-3 oraz załącznik nr 3B1-3 do SWZ.*

Zgodnie z pkt XVII SWZ:

1.Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez Zamawiającego.

2.Wykonawca podaje cenę oferty brutto wyliczoną zgodnie z kosztorysem stanowiącym załącznik nr 3A1-3 oraz załącznik nr B1-3 do SWZ dla danej części i wpisuje ją do formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Do oferty należy dołączyć wypełniony i podpisany przez uprawnioną osobę kosztorys dla danej części.

Stosownie do wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 9A do SWZ:

§ 5 Wynagrodzenie, termin zapłaty

1.Za zlecone i prawidłowo wykonane prace Zamawiający zapłaci Wykonawcy maksymalne łączne wynagrodzenie nie

wyższe niż …… zł brutto (słownie: ……..).
2.W przypadku osiągnięcia wysokości środków, o których mowa w ust. 1, przed datą określoną w § 2, umowa ulega automatycznemu rozwiązaniu bez składania w tym względzie dodatkowych oświadczeń, a Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń z tego tytułu.
3.Zamawiający zastrzega sobie prawo do zapłaty wynagrodzenia tylko za prace faktycznie wykonane przez Wykonawcę, określone w sporządzonym każdorazowo protokole odbioru.
4.Za prace niewykonane, choć ustalone zakresem prac, wynagrodzenie nie przysługuje.
5.Podstawę do wystawienia faktury VAT stanowić będzie kosztorys powykonawczy, obejmujący rzeczywiste obmiary robót i ceny jednostkowe, a w przypadku rozliczenia wywozu i utylizacji zwłok zwierzęcych także dokument handlowy podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę oraz każdorazowo oświadczenie Wykonawcy, że przekazanie zwłok zwierząt do utylizacji następuje na rzecz podmiotu posiadającego stosowne zezwolenia na wykonywanie tej usługi. Forma kosztorysu oraz jego treść musi zostać zaakceptowana przez Zamawiającego przed wystawieniem faktury VAT. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do przekazania kosztorysu w formie elektronicznej.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 10.01.2021 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego (pkt 3 protokołu zamówienia).
W dalszej kolejności ustalono, że na sfinansowanie części I zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 10.358.538,59 zł. brutto. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty na część I zamówienia:
a)wykonawca D. M. – cena 6.457.499,08 zł brutto,
b)odwołujący – cena: 7.002.202,65 zł brutto,
c)przystępujący - cena: 7.281.350,45 zł brutto,
d)wykonawca AG Complex – cena: 10.867.031,44 zł brutto,
e)wykonawca Palmett sp. o.o. sp. k. - cena: 17.888.059,76 zł brutto,
f)wykonawca Rafdar sp. z o.o.– cena: 7.599.327,32 zł brutto
g)wykonawca Zakład Zieleni sp. z o.o. – cena 11.463.495,71 zł brutto
h)wykonawca Zielony Świat, J. J. – 7.145.634,15 zł brutto.
(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono ponadto, że odwołujący załączył do swej oferty kosztorysy stanowiące załącznik nr 3A1-3 do SWZ.
Ustalono ponadto, że pismem z dnia 2 kwietnia 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 oraz 1a ustawy Pzp, wezwał odwołującego do *udzielenia wyjaśnień w zakresie części I, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie:*
1.zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
2.zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
3.zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4.zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;
5.wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy;
6.kosztów związanych z zakupem materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia.
W szczególności wzywam do wyjaśnienia ceny jednostkowej w pozycjach: 2 oraz 3.1 w kosztorysach 3A1 , 3A2 oraz 3A3.
W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 9 kwietnia 2021 r. wraz z załącznikami. Wyjaśnienia zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.
Następnie ustalono, że pismem z dnia 25 maja 2021 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający podczas badania oferty na podstawie art. 224 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp wezwał pismem znak ZZW.DZP.260.14.2021.MMY z dnia 02.04.2021 r. Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, która wydawała się być rażąco niską. Wykonawca w dniu 09.04.2021 r. złożył wyjaśnienia.

Po zbadaniu wyjaśnień Wykonawcy, Zamawiający uznał iż Wykonawca w znacznym stopniu nie doszacował przyjętych ilości zbieranych odpadów. Ilość odpadów zebrana z bulwarów w 2018 roku (w tonach): z koszy – 451,27 oraz z powierzchni - 668,28. Odpady zgromadzone w kontenerze 7m3 ważą średnio 1 - 1,5 tony. W 2018 r. wywieziono od 300,84 do 451 kontenerów KP 7 (średnia 375,9) z odpadami z koszy i beczek oraz od 445,52 do 668 kontenerów (średnia 561,7) z odpadami ze sprzątania powierzchniowego.

Założona w kalkulacji Pana W. F. ilość to 350 szt. kontenerów kp7 na odpady komunalne.

Mając na uwadze posiadane przez ZZW dane, ilości wzięte do udowodnienia braku rażąco niskiej ceny oferty są znacznie mniejsze niż średnia ilość śmieci zbieranych z bulwarów w 2018 r. W związku ze stale rosnącą popularnością bulwarów jako miejsca wypoczynku Warszawiaków i atrakcji turystycznej stolicy, można założyć, że ilość odpadów, będzie porównywalna lub większa.
Niedoszacowanie ilości odbieranych śmieci może doprowadzić do niemożliwości realizacji przez Wykonawcę przedmiotu umowy po wskazanych w kosztorysie cenach jednostkowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Wobec powyższego oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnienia, w tym nie złożył dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, która wydawała się być rażąco niską podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że jedyny powód odrzucenia oferty odwołującego w części I zamówienia, jaki zamawiający podał w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty z 24 maja 2021 r., został opisany następująco:

Po zbadaniu wyjaśnień Wykonawcy, Zamawiający uznał iż Wykonawca w znacznym stopniu nie doszacował przyjętych ilości zbieranych odpadów. Ilość odpadów zebrana z bulwarów w 2018 roku (w tonach): z koszy – 451,27 oraz z powierzchni - 668,28. Odpady zgromadzone w kontenerze 7m3 ważą średnio 1 - 1,5 tony. W 2018 r. wywieziono od 300,84 do 451 kontenerów KP 7 (średnia 375,9) z odpadami z koszy i beczek oraz od 445,52 do 668 kontenerów (średnia

561,7) z odpadami ze sprzątania powierzchniowego.

Założona w kalkulacji Pana W. F. ilość to 350 szt. kontenerów kp7 na odpady komunalne.

Mając na uwadze posiadane przez ZZW dane, ilości wzięte do udowodnienia braku rażąco niskiej ceny oferty są znacznie mniejsze niż średnia ilość śmieci zbieranych z bulwarów w 2018 r.

Jak wynikało z przywołanego fragmentu uzasadnienia skarżonej czynności, powodem odrzucenia oferty odwołującego było rzekome zaniżenie ilości zbieranych odpadów z koszy, beczek oraz ze sprzątania powierzchniowego przyjęte w kalkulacji odwołującego z 9 kwietnia 2021 r. na poziomie 350 kontenerów kp7.

Dostrzeżenia wymagało, że tak sporządzone uzasadnienie, wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonym na rozprawie dotyczyło zaniżenia ilości odpadów łącznie, tj. odpadów pochodzących ze sprzątania powierzchniowego, opróżniania koszy i opróżniania beczek (odpowiednio pozycje 1, 2 oraz 3.1. kosztorysów), a nie tylko odpadów pochodzących z opróżniania koszy i beczek (odpowiednio pozycje 2 oraz 3.1 kosztorysów).

W tej sytuacji odwołujący prawidłowo podniósł w odwołaniu, że tak uzasadniona czynność odrzucenia jego oferty, przy jednoczesnym nieodrzuceniu oferty przystępującego, naruszała rażąco zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zasada ta oznacza, że wykonawcy znajdujący się w tej samej sytuacji powinni być traktowani jednakowo.

Odwołujący trafnie dostrzegł, że cena części jego oferty, odnosząca się do pozycji zakwestionowanych przez zamawiającego, tj. pozycji 1, 2 oraz 3.1 kosztorysów ofertowych, kształtowała się na poziomie 4.562.641,12 zł brutto. Tymczasem cena analogicznej części oferty przystępującego, kształtowała się na poziomie 3.910.577.44 zł, a więc ponad 600 tysięcy złotych niższym. Pomimo to, oferta odwołującego została odrzucona jako zaniżona w tych pozycjach, podczas gdy tańsza w tym zakresie oferta przystępującego została wybrana do realizacji zamówienia jako oferta najkorzystniejsza. W tej sytuacji należało zgodzić się z odwołującym, że czynność zamawiającego z 24 maja 2021 r. naruszyła zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i to w sposób rażący.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, reagując na ww. zarzut argumentował jedynie, że pozostałe prace w ofercie przystępującego zostały wycenione wyżej niż w ofercie odwołującego, co miało umożliwić przystępującemu odrobienie ewentualnych strat poniesionych podczas realizacji usług z pozycji 1, 2.1. i 3 kosztorysów. Stanowisko zamawiającego okazało się nietrafne. Skoro, zdaniem zamawiającego przestępujący, który sporną część prac wycenił o ponad 600 tysięcy złotych mniej niż odwołujący, będzie miał możliwość odrobienia strat na innych pozycjach, to z pewnością taką szansę będzie miał odwołując. Idąc bowiem tokiem rozumowania zamawiającego, odwołujący będzie wszak odrabiał stratę aż o 600 tysięcy złotych mniejszą. Dostrzeżenia wymagało przy tym, że zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego z 24 maja 2021 r. nie zakwestionował prawidłowości wyceny żadnej z pozostałych pozycji z kosztorysów odwołującego. Argumentacja zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie na odparcie zarzutu nie zasługiwała zatem na uwzględnienie.

W dalszej kolejności należało odnieść się do kwestii ilości zbieranych odpadów, jakie zdaniem zamawiającego należało przyjąć do kalkulowania wyceniając pozycje kosztorysowe dotyczące sprzątania powierzchniowego oraz opróżniania koszy i opróżniania beczek oraz (pozycje 1, 2 oraz 3.1. kosztorysów).

Zamawiający w uzasadnieniu skarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że średnioroczna liczba kontenerów KP 7, jaką należało przyjąć do kalkulowania wynosiła 937,6 sztuk kontenerów kp7. Na liczbę tę miało składać się 375,9 szt. kontenerów z odpadami z opróżniania koszy i beczek oraz 561,7 szt. kontenerów z odpadami ze sprzątania powierzchniowego. Zamawiający odwołał się na statystyk pochodzących z 2018 r.

Tymczasem, jak wynikało z kalkulacji odwołującego z 9 kwietnia 2021 r. odwołujący założył ilość odpadów z koszy, beczek i sprzątania powierzchniowego na poziome 350 sztuk kontenerów kp7, co zdaniem zamawiającego w świetle danych z 2018 r. było niewystarczające. Statystyki dotyczące ilości zbieranych odpadów w 2018 r. zamawiający wykazał dowodami załączonym do odpowiedzi na odwołanie.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało jednak, że zamawiający w SWZ nie wskazał wykonawcom ilości odpadów, jakie należało przyjąć do kalkulowania. SWZ w tym zakresie milczała, na co słusznie zwrócił uwagę odwołujący. Skutkami tego zaniechania, w okolicznościach danej sprawy, należało obciążyć zamawiającego. Dane statystyczne w tym zakresie posiadał jedynie zamawiający oraz tylko ten z wykonawców, który świadczył usługę w tym zakresie. Dane te ujawniono odwołującemu dopiero w piśmie z dnia 24 maja 2021 r. Zamawiający nie wyjaśnił w uzasadnieniu skarżonej czynności ani w odpowiedzi na odwołanie, na jakiej podstawie wykonawca, który nie świadczył usługi w 2018 r., i który nie odnalazł spornych danych w SWZ, miał obowiązek założyć ilość odpadów na poziomie wskazywanym przez zamawiającego. Już z tego powodu czynność odrzucenia oferty odwołującego z takim uzasadnieniem jak podano w piśmie z 24 maja 2021 r. nie mogła się ostać.

Dostrzeżenia wymagało również, że odwołujący, z racji wykonywania usługi na rzecz zamawiającego w 2020 r., posiadał dane statystyczne za ten okres, kiedy to on świadczył usługę i które różniły się od danych za rok 2018 r i – jak wynikało z kalkulacji, na podstawie tych założeń oszacował ilość odpadów przypadających do odebrania. Zamawiający argumentował, że statystyki za 2020 r. nie są miarodajne, gdyż dotyczyły roku pandemicznego, kiedy bulwary były okresowo zamknięte.

Nie ulegało wątpliwości Izby, że rok 2020 był rokiem wyjątkowym. Podkreślenia wymagał jednak fakt, że wykonawca wyłoniony w obecnym postępowaniu będzie świadczył usługę w drugiej połowie 2021 r., 2022 i 2023 r. Wobec dynamicznej sytuacji epidemiologicznej w zakresie zakażeń wirusem wywołującym chorobę COVID-19, w szczególności zapowiedzi dotyczącej zachorowań w ramach tzw. czwartej fali, na chwilę wyrokowania nie można utrzymywać z całą pewnością, że poziom odpadów z całą pewnością będzie zbliżony do przedpandemicznego roku 2018 r. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał przykładowo, że w dalszym ciągu obowiązuje wprowadzony w 2020 r. zakaz spożywania alkoholu na terenie bulwarów. Również sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że miasto Warszawa doświadczyło znaczącego zmniejszenia liczby turystów, w tym turystów zagranicznych. Przypomnienia w tym miejscu dodatkowo wymagało, co wskazano wcześniej, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu niedoszacowania ilości odbieranych opadów przy kalkulacji pozycji 1, 2 oraz 3.1 kosztorysów, a jednocześnie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która w tych samych pozycjach kosztorysów okazała się niższa o 600 tysięcy złotych.

Wątpliwości budzą również podnoszone w odwołaniu inne okoliczności towarzyszące sprawie. Jak wynikało z dowodów załączonych do odwołania, zamawiający 31 maja 2021 r. zawarł umowę z odwołującym nr ZZW/B/III/3/1/21-44/21/DW/WR w trybie zamówienia z wolnej ręki. Na podstawie tej umowy odwołujący świadczył na rzecz zamawiającego w czerwcu 2021 r., usługę analogiczną do przedmiotu zamówienia za identyczne stawki jak w pozycjach 1, 2.1. i 3 kosztorysów. Co więcej strony kontynuowały współpracę na identycznych zasadach również w lipcu 2021 r., na podstawie kolejnej umowy. Obydwie umowy były realizowane należycie. Zamawiający przyznał na rozprawie, że na

moment wyrokowania nie nałożył na wykonawcę żadnych kar umownych. Zaprzeczało to tezie zamawiającego przedstawionej w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, jakoby sposób kalkulowania pozycji 1, 2 oraz 3.1. w kosztorysach odwołującego budził wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, skoro przy identycznych cenach odwołujący realizował należycie przedmiot zamówienia.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego z takim uzasadnieniem, jakie przedstawił w piśmie z dnia 24 maja 2021 r., naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp błędnie uznając, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę potwierdzają, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. W konsekwencji zamawiający naruszył także art. 239 ust. 1 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż z naruszaniem zasady równego traktowania wykonawców wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą mniej korzystniejszą niż oferta odwołującego.

Przy wyrokowaniu pominięto podaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 22 lipca 2021 r. dodatkową podstawę faktyczną czynności odrzucenia oferty odwołującego. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że odwołujący miał także nie doszacować kosztów związanych z paliwem. Izba stwierdziła, że tak sformułowana podstawa odrzucenia oferty odwołującego nie została zakomunikowana wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty z 24 maja 2021 r. W związku z powyższym nie zostało wobec takiej podstawy faktycznej wniesione odwołanie i postawione zarzuty. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które niebyły zawarte w odwołaniu.* Ponieważ żaden z zarzutów odwołania nie dotyczył niedoszacowania kosztów paliwa, Izba pominęła przy wyrokowaniu argumentację zamawiającego, jako nieodnoszącą się do przedmiotu sporu.

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

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

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, *Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.* Udzielenie zamówienia następuje z momentem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie zawarł jeszcze umowy w sprawie zamówienia publicznego, więc nie mógł naruszyć ww. przepisu wskazanego przez odwołującego.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postepowania. Zamawiający odrzucił niezasadnie ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza w części I zamówienia. Wynik postępowania może zatem ulec zmianie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

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

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

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, koszty stawiennictwa na posiedzenie Izby w wysokości 206,10 zł, koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt a, b, d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……