

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę: J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Knurów

przy udziale wykonawcy: S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAKEM S. K. z siedzibą w Łaziskach Górnych, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAKEM S. K. z siedzibą w Łaziskach Górnych, którego oferta zawiera rażąco niską cenę;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Przewodniczący : .....

Sygn. akt: KIO 966/22

## UZASADNIENIE

Gmina Knurów (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Oczyszczanie mechaniczne i ręczne dróg, chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz parkingów na terenie miasta Knurów”; znak sprawy: ZP.271.2.7.2022. (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 lutego 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00052701/01.

W dniu 6 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę: J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu, polegających na wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAKEM S. K. z siedzibą w Łaziskach Górnych (dalej „SAKEM”), którego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SAKEM pomimo, iż cena jego oferty jest ceną rażąco niską, a złożone wyjaśnienia nie odnoszą się do zaoferowanej ceny za całość oferty, a jedynie do jej dwóch elementów oraz nie uwzględniają zagadnień, o które wnosił zamawiający w swoim wezwaniu, tj. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, są niepełnie i niewystarczające.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, (2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy SAKEM, (3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SAKEM S. K. z siedzibą

w Łaziskach Górnych (dalej „przystępujący”)

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, względnie w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania - o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy

Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka opisana w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia wniesionego odwołania. Przedmiotem odwołania jest bowiem dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy SEKEM pomimo, że powinna ona zostać odrzucona. Decyzję zamawiającego o tym, w jaki sposób zamawiający ocenił złożone przez SAKEM wyjaśnienia, odwołujący poznał w dniu 1 kwietnia 2022 r. i od tej daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Wskutek zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany tj. odrzucenia oferty SAKEM, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Spowoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem II specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest wykonanie usług w zakresie utrzymania czystości, zgodnie z zakresem rzeczowym: (1) oczyszczanie mechaniczne i ręczne wyznaczonych w załącznikach nr 2 i 3 do wzoru umowy dróg, wraz z powierzchniowym oczyszczaniem odwodnień liniowych i przykrawężnikowych (oczyszczanie krat wpustów kanalizacji deszczowej) - według harmonogramu; (2) oczyszczanie mechaniczne i ręczne chodników, parkingów, ciągów pieszych i rowerowych - na wskazanie zamawiającego według wzoru, który jest załącznikiem nr 5 do wzoru umowy, w terminie wskazanym przez zamawiającego; (3) interwencyjne oczyszczenie dróg, chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz parkingów w przypadku zanieczyszczenia zagrażającego bezpieczeństwu ruchu - na wskazanie telefoniczne zamawiającego lub według wzoru, który jest załącznikiem nr 5 do wzoru umowy, w terminie wskazanym przez zamawiającego; (4) pozimowe oczyszczenie mechaniczne i ręczne wyznaczonych w załącznikach nr 1 i 4 do wzoru umowy dróg, chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz parkingów - na wskazanie zamawiającego według wzoru, który jest załącznikiem nr 5 do wzoru umowy, w terminie wskazanym przez zamawiającego; (5) oczyszczanie mechaniczne i ręczne dróg, chodników, parkingów, ciągów pieszych i rowerowych - na wskazanie zamawiającego (przy temperaturach dodatnich w sezonie zimowym, tj. po 05.11.) - jeżeli zaistnieje taka konieczność.

Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 200.000,00 zł brutto.

Do dnia składania ofert, tj. do 23 lutego 2022 r. oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców: (1) SAKEM S. K. za cenę ofertową: 123 020,94 zł. (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych - 123 021,00 zł.); (2) ZUKTZ J. W. - cena ofertowa: 156.469,85 zł.; (3) ZUDIK DROMAR Sp. z o.o. - cena ofertowa: 197 118,25 zł. (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych - 197 118,26 zł.).

Wykonawca SAKEM został wezwany przez zamawiającego pismem z 1 marca 2022 r. znak ZP.KW.119.2022 do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w jego ofercie, celem ustalenia czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie: (1) zarządzania procesem produkcji świadczonych usług; (2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług; (3) oryginalności dostaw, usług 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 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.

Zamawiający wyjaśnił w piśmie, że powodem skierowania wezwania jest zaistnienie przesłanki określonej w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, co obrazuje poniższe wyliczenie: wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi: 199 997,78 zł, a pomniejszenie jej o 30 % wynosi 139 998,45 zł. Z kolei oferta wykonawcy, po dokonaniu poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, opiewa na wartość: 123 021,00 zł.

Ponadto wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy. Wymienione w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp i przywołane na wstępie pisma czynniki nie wyczerpują zakresu okoliczności sprzyjających wykonawcy, mających wpływ na cenę oferty, stanowiąc wyliczenie przykładowe i do oceny wzięty zostanie pod uwagę każdy argument w sposób obiektywny uwiarygadniający zaoferowaną cenę.

W ramach udzielenia wyjaśnień zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia rzetelnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen, w tym w szczególności za: oczyszczanie mechaniczne ręczne dróg 2 razy w miesiącu, co drugi piątek wg załącznika nr 2 do umowy; oczyszczane mechaniczne

i ręczne dróg 1 raz w miesiącu, środa wg załącznika nr 3 do umowy. Zamawiający wezwał do wyjaśnień czy w cenie jednostkowej, wskazanej w poz. nr 3 i 4 Formularza cenowego, w wysokości 3,20 zł. netto uwzględniony został cały zakres czynności określony we wzorze umowy wraz z załącznikami w zakresie mechanicznego oczyszczania ulic, które obejmuje usuwanie wszelkich zanieczyszczeń z całej szerokości pasa jezdni łącznie z krawężnikami

wraz z ich opaskami oraz zatokami postojowymi, polami martwymi, powierzchniami

skrzyżowań (pasy włączenia wyłączenia), wysepkami i rondami. W zakres prac wchodzi również usuwanie kamieni, śmieci, liści, gałęzi zalegających na jezdni. W miejscach niedostępnych dla zamiatarki wykonawca zobowiązany jest do wykonania prac ręcznie, które obejmują usuwanie zanieczyszczeń z odwodnień liniowych i zgromadzonych na kratkach wpuśców kanalizacji deszczowej zlokalizowanych wzdłuż ulic, a także darni, chwastów i trawy wyrastającej przy krawężnikach.

Zamawiający zaznaczył ponadto, że dla uznania wyjaśnień wykonawcy za wiarygodne niezbędne jest, by ten w sposób merytoryczny i obiektywny wykazał, iż zastosowana przez niego cena za oferowany przedmiot zamówienia jest realna, ekwiwalentna do tego przedmiotu zamówienia i jest ceną rynkową i wykonawca nie oferuje wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien podać konkretne przykłady istnienia po jego stronie obiektywnych, właściwych i wyjątkowych tylko dla niego czynników wpływających na obniżenie ceny. Wyjaśnienia mają służyć do uzyskania przez zamawiającego dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność oferty oraz jej zgodność z SWZ, a nie tylko zapewnienia, że będzie zadowolony. Z tego też względu nie powinny się one sprowadzać wyłącznie do wyliczenia czynników mających wpływ na dokonaną wycenę. Z kolei brak wyjaśnień w określonym na wstępie niniejszego pisma terminie, w tym również udzielenie wyjaśnień, które w swej treści nie udowodnią realności zastosowanej ceny, są zbyt ogólnikowe i nie dające się zweryfikować, skutkować będzie odrzuceniem oferty, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca SAKEM przedłożył wyjaśnienia w piśmie z 7 marca 2022 r., odnosząc się do skalkulowanych przez niego cen jednostkowych za oczyszczanie mechaniczne i ręczne dróg 2 razy w miesiącu, co drugi piątek wg załącznika nr 2 do umowy oraz oczyszczane mechaniczne i ręczne dróg 1 raz w miesiącu, środa wg załącznika nr 3 do umowy.

W pierwszej kolejności wyjaśnił, że w związku z tym, iż zamiatanie uwzględnione w zał. nr 2 (2 razy w m-cu) oraz zał. nr 3 (1 raz w m-cu) jest wykonywane cyklicznie, po ówczesnym zamiataniu poziomym, wykonywanym m.in. wysoko wydajnymi zamiatarkami elewatorowymi typu Broddway, które całkowicie oczyszczają drogi z zanieczyszczeń takich jak piasek, żwir, kamienie, liście itp. wspomaganych zamiatarkami zasysającymi, pozwala to na przyjęcie niższej stawki niż zamiatanie poziome, gdyż odpowiedni stopień oczyszczenia dróg oraz powtarzalność usługi daje możliwość zastosowania niższej stawki za wykonaną usługę ze względu na dużo mniejszą ilość zanieczyszczeń na jezdniach.

Dalej wskazał jakie elementy wziął pod uwagę, kalkulując cenę jednostkową oczyszczania mechanicznego oraz ręcznego dróg 2 razy w miesiącu - co drugi piątek wg załącznika nr 2 do umowy. Wskazał, że zgodnie z ww. załącznikiem wykonawca ma do

wykonania oczyszczanie dróg o łącznej długości 15.973 mb (tj. powierzchnia 105 059 m<sup>2</sup>). Dalej wymienił koszty cenotwórcze, które w jego ocenie miały składać się na przedmiotową pozycję.

Następnie odniósł się do sposobu, w jaki sporządził kalkulację ceny jednostkowej dla pozycji oczyszczania mechanicznego, ręcznego dróg raz w miesiącu wg załącznika nr 3 do umowy zgodnie z w/w załącznikiem Wskazał, że wykonawca ma do wykonania oczyszczanie dróg o łącznej długości 15 319 mb (tj. powierzchnia 81.518,00 m<sup>2</sup>) i przedstawił koszty cenotwórcze, które w jego ocenie składają się na powyższe czynności.

Zadeklarował ponadto, że cena przedstawionych kalkulacji zawiera zakres czynności określony we wzorze umowy wraz z załącznikami w zakresie mechanicznego oczyszczania ulic, które obejmuje usuwanie wszelkich zanieczyszczeń z całej szerokości pasa jezdni łącznie z krawężnikami, wraz z ich opaskami oraz zatokami postojowymi, polami martwymi, powierzchniami skrzyżowań (pasy włączenia i wyłączenia), wysepkami i rondami. W zakres prac wchodzi również usuwanie kamieni, śmieci, liści, gałęzi zalegających na jezdni a w miejscach niedostępnych dla zamiatarki również wykonanie prac ręcznych, które obejmują usuwanie zanieczyszczeń z odwodnień liniowych i zgromadzonych na kratkach wpustów kanalizacji deszczowej zlokalizowanych wzdłuż ulic, a także darni, chwastów i trawy wyrastającej przy krawężnikach.

Podsumowując stwierdził, że zyskowność jego przedsięwzięcia kształtuje się na poziomie około 30%, zastosowane stawki są cenami rynkowymi.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i pismem z 1 kwietnia 2022 r. poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy SAKEM.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Z kolei o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Przypomnieć należy ponadto, że zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei w ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Rolą zamawiającego jest zatem skierowanie do wykonawcy wezwania, jeśli zajdą wymienione powyżej okoliczności, a następnie ocena złożonych wyjaśnień. Jeśli zamawiający stwierdzi, że wyjaśnienia nie zostały złożone, są niepełne czy też, że ocena tych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę - zamawiający odrzuca ofertę. Tym samym zamawiający wyjaśnienia te musi przeanalizować w sposób pełny, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, biorąc pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwania w tym piśmie sformułowane, a następnie ocenić czy te zawierają wszystkie niezbędne elementy.

Odnosząc powyżej wskazane przepisy i zasady do okoliczności ustalonych w rozpoznawanej sprawie Izba w pierwszej kolejności dostrzegła, że w sprawie zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy SAKEM o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przewidziane przepisem art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jak stwierdził zamawiający w treści wezwania cena całkowita oferty SAKEM była niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wyliczył, że wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi: 199 997,78 zł, a pomniejszenie jej o 30 % daje kwotę 139 998,45 zł. Z kolei oferta wykonawcy, po dokonaniu poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, opiewa na wartość: 123 021,00 zł.

W treści wezwania, wbrew twierdzeniom formułowanym na rozprawie, zamawiający wprost wskazał, że zakresem wyjaśnień ma być objęta cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, gdyż to ona jako całość budziła wątpliwości zamawiającego. Poprosił również o przedstawienie kalkulacji w zakresie poz. 3 i 4, które najbardziej odbiegają od przygotowanych szacunków, jednakże z treści pisma nie wynika, że wykonawca miał ograniczyć się wyłącznie do wykazania, że badana cena tylko w tym zakresie nie jest ceną rażąco niską.

Zwrócić należy uwagę, że w omawianej sprawie wycena oferty opierała się na Formularzu ofertowym, który składał się z siedmiu pozycji, z kolei zamawiający w treści wezwania wskazał wprost, że zobowiązuje wykonawcę do złożenia rzetelnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość wszystkich zaoferowanych cen, w szczególności poz. 3 i 4 formularza cenowego. SAKEM w swoich wyjaśnieniach, wbrew jasnej dyspozycji zamawiającego, skupił się wyłącznie na poz. 3 i 4 formularza oferty, nie przedstawiając wyliczeń odnośnie wszystkich elementów, mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Tym samym należy przyznać rację odwołującemu, który twierdzi, że już sama ta okoliczność winna skutkować uznaniem, że SAKEM nie wykazał, mimo konkretnego wezwania zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty, rzetelności skalkulowania wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca wyjaśnił jedynie dwa elementy zaoferowanej ceny, co nie odpowiadało wezwaniu zamawiającego. Powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy SAKEM na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Dodatkowo, jeśli weźmie się pod uwagę te wyjaśnienia, chociaż jak wcześniej stwierdzono, te jako fragmentaryczne nie powinny być w ogóle poddane ocenie, również uznać należy je za ogólne i nie obejmujące wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność oferty w tych pozycjach i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na ten zakres zamówienia.

Odwołujący trafnie wskazał na niektóre elementy złożonych wyjaśnień, które wskazują na brak rzetelności i brak kompletności sporządzonej kalkulacji. W ocenie składu orzekającego w szczególności należy zwrócić uwagę na niżej wymienione czynniki i okoliczności.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że w odpowiedzi na wezwanie SAKEM przyjął stawkę 1 r-g w wysokości 20,00 zł. Odwołujący w tym zakresie zwracał uwagę, że zgodnie z treścią SWZ i wzoru umowy zamawiający zobowiązał wykonawców do tego, aby osoby uczestniczące w realizacji przedmiotu umowy w okresie jej realizacji były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy - kodeks pracy i ustaw zabezpieczenia społecznego. Tym samym nawet minimalne wynagrodzenie pracownika musi być obciążane szeregiem narzutów wynikających z przepisów o zabezpieczeniu społecznym i narzutami, wynikającymi ze stosowania przepisów prawa pracy. Wyliczał, że uwzględniając wszystkie wynikające z przepisów obciążenia, stawka roboczogodziny wyliczona za poprzedni rok, tj. okres od 1 stycznia 31 grudnia 2021 r. wynosiła 22,09 zł., zaś obecna stawka, którą można już wyliczyć za okres od 1 stycznia do 31 marca 2022 r. wynosi 24,13 zł., a zatem jest wyższa od tej podanej przez SAKEM.

Izba w tym zakresie zwróciła uwagę nie tyle na wysokość samej stawki, co na okoliczność, że przystępujący w treści złożonych wyjaśnień, oprócz wskazania samej jej wysokości, nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń w tym zakresie. Nie wskazał jakich pracowników będzie zatrudniał do realizacji zadania, jakie wynagrodzenie oni otrzymują i nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, a przecież jednym z elementów wyjaśnień, o które zwracał się zamawiający do wykonawcy była właśnie kwestia kalkulacji kosztów pracy tj. 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. SAKEM na rozprawie wskazywał na okoliczności, które pozwalają mu na obniżenie tych kosztów, takie jak zatrudnianie bezrobotnych i związane z tym dofinansowanie, jednakże ten element w ogóle nie był podnoszony w treści składanych wyjaśnień. Należy zatem stwierdzić, że w tym zakresie złożone wyjaśnienia są niewiarygodne, albowiem nie przedłożono żadnych wyliczeń, które pozwalałyby na ocenę przedstawionych kosztów.

Budzi także wątpliwości sposób, w jaki przystępujący skalkulował w swojej ofercie koszty wody używanej do realizacji zamówienia. Wykonawca w swoim piśmie wyjaśnił, że wykorzystywana przez niego do wykonania usługi woda (która jest niezbędna przy procesie oczyszczania) jest pozyskiwana z opadów atmosferycznych, tzw. deszczówki. Stwierdził, że posiada na swojej bazie sprzętowej zbiorniki na wodę deszczową o poj. 24 000 litrów, którą wykorzystuje w zamiatarkach do zraszania dróg a przyjęta metoda powoduje, że koszt wody wynosi 0 zł. Z takim podejściem nie sposób się zgodzić. Wykonawca

11

w przedstawionej kalkulacji ogranicza się wyłącznie do ceny samego surowca, nie bierze pod uwagę pełnego procesu wykonania usługi, przy wykorzystaniu wody pobieranej ze zbiorników, znajdujących się na bazie tego wykonawcy. Jak trafnie dostrzegł odwołujący, oprócz ceny samej wody, należy również brać pod uwagę koszty transportu wody z bazy SAKEM, znajdującej się w Łaziskach Górnych do miejsca wykonywania usługi. Droga, jaką musi przebyć samochód w obie strony to 40 do 50 km, co powoduje, że czas przejazdu zamiatarki do tankowania wraz z czasem poboru wody wynosi około 2 godzin. Na wskazaną usługę składają się zatem, oprócz kosztu samej wody, koszty pracy sprzętu i praca kierowcy. Z pewnością koszty z tym związane wykonawca winien w tej pozycji uwzględnić, co nie wynika jednak z przedstawionej kalkulacji.

Z treści pisma procesowego zamawiającego, jak też prezentowanego przez niego stanowiska na rozprawie wynika, że nie tyle ocenił złożone przez SAKEM wyjaśnienia, i przeanalizował samą kalkulację, ale odnosił się do cen jednostkowych oferowanych przez odwołującego i przez pryzmat tych cen oceniał realność oferowanej ceny. Co istotne zamawiający niejako za przystępującego stara się wyjaśnić i dopowiedzieć brakujące elementy, uzasadniając rzetelność złożonych wyjaśnień. W zakresie kalkulacji kosztów wody stara się uzasadnić, że skoro przystępujący wykonuje czynności przy wykorzystaniu zamiatarki elewatorowej typu Broddway to możliwe jest zabranie wody z bazy w zbiorniku zamiatarki, lub też dodatkowego zbiornika na samochodzie ciężarowym, a w związku z tym nie ma konieczności kalkulowania kosztów dodatkowego przejazdu celem odbioru wody. Zauważyć należy, że te okoliczności nie wynikają z treści złożonych wyjaśnień, zamawiający nie może zastępować wykonawcy we wskazywaniu elementów składających się na cenę uzasadniając prawidłowość i rzetelność kalkulacji. Jeśli zatem SAKEM wyliczył daną pozycję na kwotę 0 zł. to jego zadaniem było, już w treści samych wyjaśnień, wskazać z jakich powodów przyjął, że w ramach tej pozycji wylicza wartość samego surowca, a nie dolicza kosztów jego zbierania, magazynowania i dostawy do miejsca świadczenia usług.

Ponadto, odwołujący trafnie dostrzegł, że w całej wycenie nie uwzględniono również kosztów odwozu - transportu zebranych z ulic odpadów na składowisko odpadów tj. do firmy PreZero Knurów. Odwołujący, jak to ma miejsce w przypadku kalkulacji kosztów wody, nie ujął a przynajmniej nie wynika to z treści złożonych wyjaśnień, kosztów przejazdów technologicznych - dojazdu do wysypiska, na którym będą składowane odpady. Powyższe dowodzi nierzetelności wyjaśnień w tym znaczeniu, że nie przedstawiona została pełna kalkulacja ponoszonych kosztów wykonania usługi. Jeśli z kolei czynniki te zostały ujęte w innej pozycji, czy też istnieją jakieś okoliczności uzasadniające brak konieczności ich ponoszenia, to obowiązkiem przystępującego było ich wskazanie w treści wyjaśnień, czego zabrakło.

Odwołujący trafnie wskazywał także na brak ujęcia w treści wyjaśnień kwestii ponoszonych przez wykonawcę kosztów stałych, mimo że takie koszty obciążają działalność zakładu i winny być składnikiem wyceny. Wśród nich wymieniał takie elementy jak: koszt

administracji zakładu, wynagrodzenie wymaganego umową kierownika robót, tj. pana Aleksandra Widera, który jest zobowiązany, zgodnie ze złożoną ofertą, do telefonicznego dyżuru od godziny 06:00 do godz. 22:00 (16 godzin pracy), koszty ponoszone na zaplecze techniczne wykonawcy, w tym magazynowania wody, pomieszczeń socjalnych dla załogi, ubrań roboczych, magazynu sprzętu takiego jak miotły, szczotki, łopaty, miejsc postojowych sprzętu, parkingu, kosztów energii itd., koszty szkoleń, obsługi finansowej - w tym ubezpieczeń OC zakładu czy ubezpieczenia pojazdów. Izba zgodziła się z argumentacją, że takie czynniki powinny być wyszczególnione w wycenie, wymienione i rzetelnie skalkulowane, a tego w wyjaśnieniach SAKEM zabrakło. Nie sposób w tym miejscu nie odnieść się do wyjaśnień składanych przez przystępującego na rozprawie, który w zakresie kosztów ponoszonych z tytułu zatrudnienia kierownika robót, pana Aleksandra Widera, który jak sam zadeklarował jest zatrudniony na umowę o pracę i będzie zobowiązany, zgodnie ze złożoną ofertą, do telefonicznego dyżuru od godziny 06:00 do godz. 22:00 wskazał, że pełniony dyżur telefoniczny w zakresie tego zamówienia świadczony będzie niejako „przy okazji” innych czynności wykonywanych przez tą osobę. Taka argumentacja nie zasługuje na aprobatę, gdyż nawet jeśli dana osoba wykonuje także inne zadania, to jakaś część wynagrodzenia przez nią otrzymywanego przypada na czynności świadczone w tym postępowaniu i dla tego zamawiającego. Gdyby zaaprobować takie podejście, to ubiegając się o kilka różnych zamówień i dedykując tą samą osobę do świadczenia usług, SAKEM każdorazowo mógłby tłumaczyć, że wykonywana praca w tym zamówieniu świadczona jest nieodpłatnie, bo przecież kluczowe czynności wykonywane są na innym projekcie. Nie ulega zatem wątpliwości, że część kosztów związanych ze świadczeniem pracy przez pana Aleksandra Widera przypada na realizację tego zamówienia i powinno to być ujęte w złożonych wyjaśnieniach.

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił kwestie takie jak: wadliwe ustalenie nakładów pracy osób sprzątających; okoliczność obniżenia ceny z uwagi na wykonywane czynności cyklicznie, po zamiataniu zimowym; wadliwe wyliczenie kosztów pracy sprzętu czy też przyjęty zysk Izba stwierdziła, że wobec tak lakonicznych wyjaśnień złożonych przez SAKEM w postępowaniu nie sposób w sposób pełny i szczegółowy odnieść się do tych zagadnień. Przedstawione okoliczności, jak też sporządzona kalkulacja są na tyle ogólnie sformułowane, że polemizowanie z nimi jest niemożliwe. Izba wzięła wprawdzie pod uwagę, że każdy z wykonawców, kalkulując swoją ofertę, bierze pod uwagę jemu tylko znane czynniki, które wpływają na sposób świadczenia usługi, często wynikające z doświadczenia w realizacji takich zamówień, to jednak podkreślenia wymaga, że jeżeli takie elementy wykonawca bierze pod uwagę to winien przedstawić co najmniej z jakich powodów takie założenia przyjął i jak przekłada się to na możliwość obniżenia ceny. Odnosząc to do wyjaśnień składanych przez SAKEM, powołując się np. na okoliczność, że wycena w poz. 3 i 4 dotyczy czynności wykonywanych cyklicznie, po ówczesnym zamiataniu pozimowym, do którego wykorzystywany jest wysoko wydajny sprzęt - jego obowiązkiem było wyjaśnić jak powyższe przekłada się na możliwość obniżenia kosztów takich usług. Przystępujący, oprócz gołosłownych twierdzeń w tym zakresie, nie przedstawił żadnych wyliczeń czy nawet dodatkowej argumentacji.

Mając na uwadze, że składając swoje wyjaśnienia SAKEM ograniczył się do złożenia wyjaśnień, które odnosiły się nie tyle do całkowitej ceny za realizację zamówienia, ale ograniczały się do pewnych elementów oferty (dwóch z siedmiu pozycji), a ponadto nawet w zakresie części zadania wyjaśnienia te były lakoniczne i nie poparte przy tym żadnymi dowodami odnoszącymi się do sposobu i podstaw kalkulacji ceny jego oferty - uznać należało, że odwołujący trafnie postawił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisanie sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli

stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia wykonawcy SAKEM, w rezultacie czego zaniechał odrzucenia jego oferty pomimo, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący : .....