Sygn. akt: KIO 1885/22

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez odwołującego KBU Sp. z o. o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wałbrzych - Miasto na prawach powiatu, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta

w Wałbrzychu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy City Parking Group S. A. w Grudziądzu,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Wałbrzych - Miasto na prawach powiatu, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta

w Wałbrzychu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego KBU Sp. z o. o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wałbrzych - Miasta na prawach powiatu, Zarządu Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu na rzecz odwołującego KBU Sp. z o. o. w Krakowie kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście

tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania

odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 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:

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

wyroku z dnia 4 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1885/22

Zamawiający Gmina Wałbrzych - Miasto na prawach powiatu, Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Matejki 1, 58-300 Wałbrzych, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa stref płatnego parkowania na drogach publicznych i płatnych placach parkingowych w gminie Wałbrzych", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 8 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 070-185574, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 18 lipca 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca KBU Sp. z o. o. Plac na Groblach 21/D 31-101 Kraków (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 Pzp w zw. z Rozdziałem III pkt 3.4 SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty CPG, pomimo że jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań,

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia

oferty CPG, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art.

224 ust. 5 Pzp,

3. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty CPG pomimo, iż oferta ta podlega

odrzuceniu,

4. art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty

niezgodnie z przepisami Pzp.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę City Parking Group S.A. w Grudziądzu (dalej także jako „CPG"). Odwołujący wniósł również o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika według norm przepisanych na podstawie faktury, która zostanie przedłożona do akt sprawy.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Przedmiotem zamówienia, zgodnie z rozdziałem III pkt 3.1. SWZ jest wyposażenie Stref Płatnego Parkowania na drogach publicznych zlokalizowanych w Wałbrzychu (obejmujących 930 miejsc parkingowych), zwanych dalej także „SPP" i Płatnych Placów Parkingowych w Wałbrzychu (obejmujących 435 miejsc parkingowych), zwanych dalej także „PPP" w urządzenia parkingowe (parkomaty) oraz w komputerowe Centrum Przetwarzania Danych wraz z ich obsługą i utrzymaniem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 3 do projektu umowy (załącznik nr 7 do SWZ).

Zgodnie z art. 121 p.z.p. zamawiający ma możliwość ograniczenia swobody wykonawcy w zlecaniu podwykonawcom wykonania niektórych zadań wchodzących w zakres zamówienia. W postępowaniu zamawiający skorzystał z tego uprawnienia jednoznacznie wskazując zakres prac, które dopuszcza do powierzenia podwykonawcom, tj. w rozdziale III pkt 3.4 SWZ zamawiający zastrzegł obowiązek wykonania przez

wykonawcę siłami własnymi wszystkich prac wchodzących w zakres zamówienia, poza pracami enumeratywnie wymienionymi w tym punkcie SWZ, co do których zamawiający dopuścił wykonanie przy udziale podwykonawców. Tym samym, zamawiający dopuścił podwykonawstwo jedynie w zakresie następujących prac: - utrzymanie Strefy Płatnego Parkowania i Płatnych Placów Parkingowych w zakresie letniego i zimowego utrzymania czystości i przejezdności, opróżniania koszy, wywozu odpadów, - transport wartości pieniężnych, - pobieranie opłat przy użyciu urządzeń mobilnych, - pobieranie opłat przy użyciu kart płatniczych, - wykonanie i montaż fundamentów pod parkomaty, - montaż podstaw pod parkomaty, - prace informatyczne związane z utworzeniem, utrzymaniem, serwisem i konfiguracją Centrum Przetwarzania Danych, - utrzymanie Centrum Przetwarzania Danych (treść SWZ po zmianie z dnia 11 maja 2022 r.). Co istotne, wśród prac, które mogą zostać powierzone podwykonawcom nie został wskazany m.in. serwis urządzeń, zatem serwis urządzeń, zgodnie z warunkami przedmiotowego zamówienia, musi zostać wykonany osobiście przez wykonawcę, gdyż nie zawiera się w zamkniętym katalogu prac możliwym do zlecenia podwykonawcy.

W pkt 4 formularza oferty wykonawca CPG wskazał zakresy prac, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom: „część: serwis urządzeń; wykona podwykonawca: nieznany na dzień składania ofert, (...)". Wykonawca zatem wyraźnie i jednoznacznie wskazał w ofercie,

iż zamierza powierzyć podwykonawcom serwis urządzeń. Zaś w sytuacji, gdy zamawiający zastrzeże konkretne zakresy przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, oświadczenie o zamiarze wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców stanowi merytoryczną treść oferty wykonawcy. Stanowi ono bowiem treść zobowiązania wykonawcy dotyczącego oferowanego sposobu realizacji zamówienia, składanego w odpowiedzi na opisane przez zamawiającego w dokumentach zamówienia warunki realizacji zamówienia (tj. w tym zakresie - osobiście). W przypadku, gdy z treści oferty wynika zamiar powierzenia podwykonawstwa w zakresie, który w sposób jednoznaczny został przez zamawiającego zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę, to taka oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Odwołujący dodał, że obowiązek badania treści oświadczenia wykonawcy dotyczącego zakresu podwykonawstwa, złożonego w ofercie pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia oraz związana z nim sankcja odrzucenia oferty znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (por. m.in. wyr. KIO z 29.10.2021 r., sygn. akt KIO 2659/21; wyr. KIO z 5.01.2022 r., sygn. akt KIO 3676/21). Co równie istotne, KIO wielokrotnie podkreślała także, że „w tej szczególnej sytuacji niedopuszczalna jest zmiana treści oświadczenia wykonawcy o zakresie podwykonawstwa złożonego w ofercie, w tym w drodze wyjaśnień treści oferty. Jeżeli zaś - tak jak w rozpoznawanej sprawie - wyjaśnienia wykonawcy co do samodzielnej realizacji prac wchodzących w zakres zamówienia pozostają w sprzeczności z treścią wskazaną w formularzu oferty, to nie mogą być one uwzględnione w toku badania i oceny ofert" (tak np. KIO w wyr. z 1.10.2019 r., sygn. akt KIO 1816/19).

Odwołujący wskazał dalej, że z uwagi na fakt, iż zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 8 003 902,44 zł, która powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 9 844 800 zł, w dniu 3 czerwca 2022 r. wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny trzech wykonawców, których ceny odbiegały od tak ustalonej wartości zamówienia o ponad 30%, w tym CPG oraz odwołującego. Wezwania zawierały taką samą treść, zamawiający zobowiązał wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz złożenia dowodów. Zamawiający dodatkowo pouczył o treści art. 224 ust. 5 i 6 p.z.p., zgodnie z którymi to na wykonawcy - pod rygorem odrzucenia oferty - spoczywa obowiązek wykazania, poprzez złożenie stosownych wyjaśnień wraz z dowodami, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący zauważył również, że ceny ofertowe wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu były niższe od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, natomiast jedynie cena zaoferowana przez CPG w sposób istotny odbiegała od cen pozostałych wykonawców: oferta INDIGO Polska

S.A. - 26,5%, oferta Projekt Parking Sp. z o. o. - 38,7%, oferta odwołującego - 39%, zaś oferta CPG aż o 48,58%.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący, w dniu 10 czerwca 2022 r., złożył bardzo obszerne i szczegółowe wyjaśnienia poparte szczegółową kalkulacją, ale przede wszystkim 37 stronami dowodów potwierdzających przyjęte do kalkulacji kwoty.

Dowody te dotyczyły kluczowych kosztotwórczych elementów realizacji zamówienia, takich jak przede wszystkim koszty nabycia i utrzymania parkomatów oraz związanego z nimi oprogramowania, koszty ich montażu oraz uruchomienia, koszty operatorów płatności

kartami, BLIK i mobilnymi itp. Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca CPG, w dniu 8 czerwca 2022 r., złożył jedynie 5-stronicowy dokument,

zawierający przede wszystkim cytaty z doktryny i orzecznictwa, SWZ (rozdział XII „Opis sposobu obliczenia ceny"), a nawet treść nieobowiązującego już art. 90 ust. 1 Pzp z 2004 r. Znaczna część pisma poświęcona została także obszernemu opisowi ponad 20-letniego doświadczenia wykonawcy. Wykonawca podsumowując tak skonstruowany wywód stwierdził, iż „wszystkie koszty, które zostały szczegółowo zidentyfikowane na podstawie rozdziału „Opis przedmiotu zamówienia" zostały uwzględnione w kalkulacji cenowej", którą załączył do wyjaśnień. Do wyjaśnień załączony został także jeden dokument w postaci oferty cenowej na wykonanie utrzymania czystości i utrzymania zimowego. Do wyjaśnień CPG co prawda załączyło tabelę zawierającą kalkulację ceny, jednak zawiera ona bardzo zbiorcze pozycje kosztowe (doszczegółowione nieznacznie poprzez dodatkowe krótkie opisy tych pozycji w samym piśmie). W żaden sposób nie mogą one zatem świadczyć o rzeczywistym wykazaniu ceny. Zostały one wskazane bardzo zbiorczo, a zatem abstrakcyjnie, bez odniesienia do konkretnej metodologii wykonania zamówienia, bez podania szczegółowych informacji o rzeczywistym pochodzeniu tak skalkulowanych kosztów, tj. chociażby bez podania przyjętych ilości materiałów, liczby zatrudnianych osób, uzyskiwanych stawek itp. Bez takich informacji nie jest możliwe zweryfikowanie prawidłowości i rzetelności zaoferowanej ceny.

Zastosowany przez wykonawcę CPG sposób prezentowania uzasadnienia wyceny i kosztów wykonania zamówienia stoi w sprzeczności z dyspozycją arf. 224 ust. 5 i 6 p.z.p., który nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Nie sposób uznać, że sytuacja, w której wykonawca podaje jedynie bardzo lakonicznie opisane pozycje kosztowe, a zatem na tyle abstrakcyjne, iż nie sposób ich zweryfikować, ponadto zupełnie nie poparte dowodami w postaci rzeczywiście uzyskiwanych stawek, spełnia ten wymóg. Założenia kalkulacyjne przedstawiane wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny powinny być szczegółowe i obejmować wszystkie koszty realizacji zamówienia, a także powinny precyzyjnie wskazywać sposób obliczeń przyjęty do kalkulacji ceny oferty, co zdaniem odwołującego, nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Ponadto informacje zawarte w wyjaśnieniach powinny być poparte stosownymi dowodami, czemu - w sytuacji złożenia jedynie oferty dotyczącej utrzymania zimowego i letniego, które to usługi stanowią jedynie niewielką część zamówienia - CPG nie podołał. W konsekwencji należało uznać, iż wykonawca CPG, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, nie wykazał, że zaoferowana cena jest ceną realną. Dodatkowo, już samo porównanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę CPG z wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego, jednoznacznie wskazuje, że wykonawca CPG nie uwzględnił w swojej kalkulacji wielu istotnych kosztów, zaś zaoferowana przez niego cena jest kwotą rażąco poniżej kosztów realizacji zamówienia i nie mogą one być ukryte w pozycji „inne" oszacowanej na 500 zł miesięcznie, a nawet pokryte przyjętą przez wykonawcę CPG marżą, gdyż zdecydowanie przekraczają ich wartość. Z tabeli natomiast wynika, iż koszty (i pozycje kosztowe) ujawnione przez CPG w kalkulacji załączonej do wyjaśnień, wyczerpują cenę ofertową, a zatem stanowią katalog zamknięty.

Co szczególnie istotne według odwołującego, jak wynika z treści jego wyjaśnień i wyjaśnień wykonawcy CPG, w obu ofertach oferowane są dokładnie te same parkomaty. Z tego względu pozycje kosztowe, które są tożsame rodzajowo, w obu przypadkach są ujęte w wyjaśnieniach w zbliżonej wysokości (przypuszczalnie niewielkie różnice wynikają z różnic kursowych), natomiast wielu pozycji wskazanych w kosztorysie (i szczegółowo opisanych wraz ze wskazaniem elementów składowych oraz sposobu obliczenia) przez odwołującego, a które powinny być także uwzględnione przez wykonawcę CPG, po prostu nie ma w jego cenie. Brak złożenia dowodów postaci ofert chociażby od dostawcy parkomatów może właśnie świadczyć o chęci ukrycia kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, a nie ujętych w kosztorysie. Pozycja kosztowa pn. „Koszt zakupu parkomatów, innych urządzeń, sprzętu IT, licencji oprogramowania oraz projektu" została oszacowana przez CPG na kwotę 11 500,00 zł netto miesięcznie, co po przeliczeniu przez 84 miesiące realizacji umowy przekłada się na kwotę 966 000,00 zł. Według wyjaśnień dodatkowo ujętych w treści pisma, pozycja ta zawiera koszt zakupu 49 sztuk nowych parkomatów Parkeon Strada wraz z dwuletnią gwarancją za cenę 19 505,00 zł za parkomat, licencję na oprogramowanie w cenie 4850,00 zł miesięcznie oraz koszt dokumentacji projektowej dotyczącej posadowienia parkomatów w kwocie 1500,00 zł. Po przeliczeniu tych kwot przez odpowiednie ilości i podzieleniu na opłaty miesięczne, suma ta już nie zgadza się z kwotą wskazaną przez CPG, ponieważ powinna wynosić 16 245,77 zł miesięcznie, a nie 11 500,00 zł, zaś przy pomnożeniu przez liczbę miesięcy obowiązywania umowy (84) w cenie oferty brakuje - wynikającej z opisu zawartego w wyjaśnieniach - kwoty 398 644,88 zł. Ponadto w pozycji tej (ani żadnej innej) nie ujęto takich kosztów związanych z dostawą, posadowieniem i uruchomieniem parkomatów jak m.in.: kosztu fundamentów i ich montażu oraz koszt montażu parkomatów na fundament i ich uruchomienia (OPZ pkt. 2.1.1 i 2.1.3 oraz 2.2.1 i 2.2.2), kosztu słupków o treści „zakup biletu w parkomacie" oraz ich montażu (OPZ pkt. 2.1.3.1 oraz 2.2.2.1), kosztu tabliczek informacyjnych i ich montaż (OPZ pkt.2.1.4), kosztu zmian lokalizacji parkomatów (OPZ pkt. 2.1.6 oraz 2.2.3), co wiąże się z kosztem demontażu parkomatu i odtworzeniu nawierzchni oraz z kosztem nowego fundamentu, jego montażu, montażu parkomatu na fundament i ponownego uruchomienia

parkomatu, kosztów szkolenia pracowników zamawiającego (OPZ pkt. 2.1.8 oraz 2.2.6), kosztów demontażu parkomatów oraz otworzenia nawierzchni (OPZ pkt 2.1.12 oraz 2.2.11), kosztów instrukcji i informacji na parkomatach, kosztów parkomatu zastępczego. CPG wskazuje na zakup 49 sztuk parkomatów, natomiast zgodnie z pkt 7.1 OPZ wykonawca musi posiadać parkomat zastępczy, dlatego też należało przyjąć do wyceny co najmniej jeden dodatkowy parkomat i kosztów uruchomienia Centrum przetwarzania danych i zarządzania parkomatami. Elementy te muszą wejść w zakres wykonania zamówienia i ich kosztów nie da się w żaden sposób pominąć. Zostały one wyraźnie wyodrębnione w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego przez odwołującego i stanowią bardzo istotną wartość mającą wpływ na cenę.

W pozycji kalkulacji finansowanie, wykonawca CPG wskazał kwotę 200,00 zł średniomiesięcznie, która to kwota łącznie wynosi 16 800,00 zł w okresie trwania umowy i - według opisu wykonawcy - obejmuje całkowity zewnętrzny koszt pozyskania środków finansowych na uruchomienie projektu. Tymczasem tak określona kwota jest zdecydowanie niewystarczająca na potrzeby realizacji zamówienia. Koszty finansowe w tym projekcie związane są z kosztami wadium, gwarancji należytego wykonania oraz zakupu parkomatów. Biorąc pod uwagę sytuację na rynku finansowym, gdzie WIBOR jest w granicach 7% (dane z 11.07.2022 PEKAO S.A. WIBOR 3M 7 % i WIBOR 6M 7,34%) tak niskie koszty finansowe nie są realne. Kosztem finansowym są także ryzyka kursowe, tym bardziej istotne w aktualnej sytuacji rynkowej. Ceny parkomatów, części do nich oraz utrzymania oprogramowania podawane są i płacone w euro. W konsekwencji już pomiędzy datą zawarcia umowy a datą rzeczywistego zakupu od dostawcy zmieni się kurs euro, a dodatkowo będzie on w dalszym ciągu rósł w okresie realizacji zamówienia, dlatego też w kosztach finansowych należało uwzględnić także rezerwę na ryzyka kursowe.

Odwołujący wskazał również, że wykonawca CPG wycenił koszt usług obcych na kwotę 10 100,00 zł miesięcznie. Ma ona obejmować usługi sprzątania i utrzymania zimowego za cenę 9 900,00 zł miesięcznie oraz „pozostałe". Zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w piśmie, „pozostałe usługi" to rezerwa na ewentualny koszt wywozu śniegu, przy czym w treści wyjaśnień wskazano, iż rezerwa ta ma wynosić 500,00 zł miesięcznie, zaś w kalkulacji ceny wskazano jedynie 200,00 zł. Zatem wyjaśnienia oraz załączona do nich kalkulacja są niespójne w tym zakresie i jednoznacznie wskazują, iż cena oferty nie uwzględnia pełnych kosztów rezerwy. Wykonawca CPG kalkulując jedynie 200,00 zł miesięcznie zamiast wskazywanych 500,00 zł zaniżył obliczenie kwoty swojej oferty o 300,00 zł w skali miesiąca i 25 200,00 netto (30 996,00 brutto) w skali całego kontraktu. Ponadto, na poparcie przyjętego kosztu usługi sprzątania i utrzymania zimowego, wykonawca CPG załączył ofertę podwykonawcy. Należy zwrócić uwagę, iż oferta ta datowana jest na 13 kwietnia 2022 r., a zatem jeszcze przed datą składania ofert w postępowaniu. Natomiast w ofercie (pkt 4formularza oferty) wykonawca wskazał, iż na dzień składania ofert podwykonawca w zakresie usługi sprzątania i utrzymania zimowego był nieznany. Oznacza to zatem, iż nie doszło do przyjęcia oferty podwykonawcy, którą dołączono do wyjaśnień kalkulacji ceny, więc oferta ta nie może być dowodem na wysokość kosztów jakie będą ponoszone przez wykonawcę CPG.

Dalej odwołujący podniósł, że w formularzu oferty CPG oświadczył, iż będzie wykonywał zamówienie przy pomocy podwykonawców (nieznanych na etapie składania oferty) także przy innych elementach zamówienia, tj. przy serwisie urządzeń, transporcie środków z parkomatów, płatnościach mobilnych, poborze opłat przy użyciu kart płatniczych. Prowizje dla operatora płatności kartowych i mobilnych uwzględniono w kalkulacji, natomiast próżno jest szukać kosztów usług zewnętrznych dotyczących serwisu urządzeń oraz transportu środków z parkomatów. Koszty serwisu, CPG wykazał w innych pozycjach, jako własne (co wobec oświadczenia o zamiarze zlecenia podwykonawstwa w tym zakresie, w kontekście zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę stanowi niedozwoloną próbę zmiany oferty), natomiast z całą pewnością brak jest kosztów wybiórki i transportu gotówki i przekazanie jej na rachunek bankowy zamawiającego (OPZ pkt 2.1.10, 2.2.8 oraz 8). Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z warunkami SWZ, transport środków pieniężnych musi być wykonywany przez jednostki posiadające do tego celu stosowne uprawnienia i licencje.

Odwołujący argumentował także, iż zgodnie z opisem tej pozycji, wykonawca CPG w cenie oferty ujął koszt 8000,00 zł miesięczne na wynagrodzenia pracowników serwisujących parkomaty (uzupełniających papier, wymieniających akumulatory oraz wykonujących czynności konserwacyjne itp.), a ponadto dodatkowy koszt pracowników zarządzających projektem w wysokości 1200,00 zł miesięcznie. Do tych kwot doliczono odrębnie 1750,00 zł miesięcznie jakie będzie opłacane za składki ZUS pracowników. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, iż zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny podkreślił, że w sposób szczególny należy w wyjaśnieniach wykazać „zgodność 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.lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie" oraz „zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie". Wykonawca CPG wskazał natomiast jedynie zbiorczo kwoty wynagrodzenia oraz składek ZUS, nie wskazując ilu pracowników zamierza zatrudnić. Informacje te uniemożliwiają zarówno weryfikację prawidłowości założeń dotyczących sposobu realizacji zamówienia (czy wystarczający zespół osób został dedykowany do wykonania zamówienia), ale i zgodności z ww. przepisami. Chociażby wartość wynagrodzenia przeznaczona na zarządzanie projektem w wysokości 1200,00 zł miesięcznie może sugerować bądź zaniżenie wysokości wynagrodzenia bądź zapewnienie zarządzania projektem w niewystarczającym zakresie. Tym bardziej, iż wykonawca oświadczył w wyjaśnieniach, że „pracownicy, których zadaniem będzie wykonanie zamówienia nie będą potrzebować oddelegowania, a Wykonawca nie będzie zobowiązany do ponoszenia w związku z tym kosztów dojazdu i pobytu w miejscu realizacji zamówienia", co sugeruje, iż osoby te zostaną zatrudnione wyłącznie na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

W opinii odwołującego występuje także niespójność treści oferty z wyjaśnieniami

wykonawcy CPG z uwagi na zadeklarowanie w ofercie wykonania usług serwisu parkomatów przy pomocy podwykonawców, natomiast w piśmie z 8 czerwca 2022 r. wykonawca sugeruje

wykonanie tego elementu zamówienia przy pomocy własnych pracowników. Brak złożenia stosownych dowodów oraz szczegółowych wyliczeń i wskazanie ww. kosztów jako własne, może wynikać z próby zaniżenia tych kosztów. Natomiast zmiana treści oferty w zakresie oświadczenia dotyczącego zakresu prac, jaki wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom, w sytuacji gdy elementem warunków zamówienia jest obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań, jest niedopuszczalna.

Ponadto, wykonawca CPG nie ujął w swojej kalkulacji żadnych dodatkowych kosztów związanych z zatrudnianiem personelu oraz wykonywaniem czynności przez pracowników, takich jak koszty szkoleń BHP dla pracowników, wody, ubioru i narzędzi do pracy. Pomimo deklaracji o zatrudnieniu pracowników miejscowych (brak konieczności oddelegowania i ponoszenia kosztów dojazdu i pobytu), w wycenie nie przewidziano także, niezbędnych w tym przypadku, kosztów wynajmu biura i opłat za media. W przypadku zatrudniania osób do wykonywania czynności serwisu parkomatów, jak i zarządzania projektem w miejscu realizacji zamówienia, pracodawca musi zapewnić pracownikom pomieszczenie socjalne. Ponadto niezbędne jest także miejsce do składowania materiałów eksploatacyjnych dla parkomatów, jak i narzędzi pracy. W pozycji „koszt centrali", zgodnie z wyjaśnieniami CPG, uwzględniono jedynie koszty ogólne wykonawcy, takie jak koszty zarządu oraz funkcjonowania siedziby (koszty księgowe, administracyjne, kadrowe itp.). CPG posiada siedzibę w Grudziądzu, a zatem niemożliwe byłoby zapewnienie ww. pomieszczeń niezbędnych pracownikom w siedzibie wykonawcy.

W wyjaśnieniach sposobu obliczenia ceny wykonawca CPG przyjął koszt paliwa, materiałów eksploatacyjnych związanych z pojazdem i części zamiennych oraz materiałów eksploatacyjnych do parkomatów w kwocie 1900,00 zł miesięcznie. Według odwołującego jest to pozycja określona zbiorczo, brak jest możliwości ustalenia, jakie założenia związane z realizacją zamówienia legły u podstaw tak przyjętej kalkulacji, a zatem już z tego względu nie spełnia wymogów ustawowych dla wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Rozbicie na szczegółowe elementy oraz poparcie cen składowych dowodami byłoby w tym przypadku szczególnie istotne, gdyż pozycja ta wydaje się bardzo mocno zaniżona. Odwołujący w swojej kalkulacji przyjął znacznie wyższe koszty na same części zamienne parkomatów (pomimo ubezpieczenia tych parkomatów oraz gwarancji), nie mówiąc już od kosztach papieru do parkomatów, a tym bardziej o innych kosztach, na które w tej pozycji powołuje się wykonawca CPG. Ponadto, skoro wykonawca planuje korzystać z pojazdu do wykonywania zamówienia, to powinien ująć w kalkulacji ceny także inne koszty związane z zużytkowaniem tego pojazdu, takie jak koszty jego ubezpieczenia, ale także koszty jego zakupu lub inne koszty związane z nabyciem praw do pojazdu. Jak zauważył sam wykonawca w swoich wyjaśnieniach, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, należało ująć w cenie funkcjonowania jednego parkomatu wszystkie koszty, których pokrycie jest konieczne do wykonywania przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie koszty związane z zorganizowaniem i utrzymaniem SPP oraz PPP. Konsekwentnie, w cenie oferty należało ująć także wszystkie koszty związane z pojazdem dedykowanym do przedmiotowego zamówienia. Brak skalkulowania kosztów ubezpieczenia pojazdu znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniu do pozycji „ubezpieczenie", gdyż CPG wprost wskazał, iż zawiera ona jedynie koszt ubezpieczenia parkomatów od skutków wandalizmu.

W ocenie odwołującego wskazana przez wykonawcę CPG kwota 3500,00 zł netto miesięcznie na prowizje bankowe za każdorazową obsługę gotówki wypłacanej do banku oraz prowizje dla operatora płatności kartowych, a także kwota 250,00 zł miesięcznie za

prowizję za płatności mobilne są wartościami bardzo niskimi, a wobec braku informacji o sposobie ich wyliczenia oraz wobec braku złożenia dowodów na poparcie wskazanych przez CPG w wyjaśnieniach informacji, należy je uznać za nierealne i niewiarygodne. Pozycje te nie zostały poparte żadnymi dowodami w postaci ofert od operatorów. Dodatkowo brak jest kosztów prowizji od opłat BLIK. Także w pozycji „utrzymanie oprogramowania" CPG przyjął koszt miesięczny serwisu oprogramowania zarządzającego parkomatami na poziomie 4850,00 zł. Natomiast w ofercie nie uwzględniono innych kosztów związanych z IT niezbędnym do zapewnienia wykonania zamówienia, w tym kosztów samego uruchomienia oprogramowania zarządzającego parkomatami. Jak również, wykonawca CPG zaplanował miesięczną rezerwę w wysokości 500,00 zł na nieprzewidziane koszty, co łącznie w okresie realizacji umowy wynosi 42 000,00 zł oraz marżę w łącznej wysokości 315 420,00 zł. Rezerwa wraz z marżą to kwota 357 420,00 zł - nie jest ona w stanie pokryć kosztów nieujętych przez CPG w kalkulacji, a niezbędnych do poniesienia w celu należytego wykonania umowy.

Odwołujący argumentował dalej, że wykonawca CPG powołuje się na swoje wieloletnie doświadczenie oraz własną opinię o pozostawaniu liderem na rynku. Wskazuje też na zrealizowanie w przeszłości zamówień w wielu lokalizacjach. Okoliczności te mają mu zapewnić możliwość dysponowania wyjątkowo korzystnymi i optymalnymi rozwiązaniami technicznymi i organizacyjnymi, w tym rozwiniętą siecią logistyki i przemieszczania pracowników, licznym wykwalifikowanym personelem oraz efektywnym wykorzystaniem umiejętności, a także rozeznaniem lokalnych cen. Należy jednak zauważyć, że CPG jednoznacznie wskazał, iż na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia zatrudni osoby nie wymagające delegowania, dojazdów oraz kosztów pobytu, a zatem zamieszkałe w Wałbrzychu lub jego pobliżu. Powołane przez CPG na wstępie okoliczności (takie jak np. rozwinięta sieć logistyki i przemieszczania pracowników) pozostają irrelewantne zatem dla wyceny oferty. Z kolei przywołane w sposób ogólnikowy szczególnie korzystne i optymalne rozwiązania techniczne i organizacyjne (itp.) nie zostały w żaden sposób powiązane z metodologią realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym mają charakter ogólników, a nie zaś szczególnie korzystnych warunków związanych z realizacją danego zamówienia. Wykonawca CPG powołuje się także na wypracowane korzystne relacje biznesowe oraz pozycję lidera (itp.), które pozwalają na uzyskiwanie sprzyjających i wyjątkowo korzystnych warunków cenotwórczych. Jednakże twierdzenia te nie zostały poparte dowodami w postaci uzyskanych od dostawców i usługodawców ofert, z których można byłoby wyczytać rzeczywistą wartość uzyskanych przez CPG cen. Pozostają one zatem całkowicie gołosłowne i nie mogą podnosić wiarygodności wyjaśnień udzielonych przez CPG. W wyjaśnieniach znajdujemy też stwierdzenie, iż wykonawca korzysta z bogatego wachlarza oszczędności metody wykonania zamówienia. Tymczasem w żaden sposób z treści wyjaśnień nie można wyczytać, w jaki sposób ta rzekoma „oszczędna metoda" przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. W orzecznictwie niejednokrotnie podkreślano, iż wypracowane know-how, doświadczenie itp. mogą stanowić o szczególnie korzystnych warunkach wykonania zamówienia wpływających na możliwość obniżenia kosztów, jednakże ten wpływ musi zostać wykazany. Powołane przez CPG okoliczności związane z wieloletnim funkcjonowaniem na rynku i doświadczeniem wykonawcy nie są także w żaden sposób wyjątkowe. Każdy doświadczony wykonawca, w tym wykonawcy, którzy brali udział w niniejszym postępowaniu, mający na swoim koncie szereg zrealizowanych podobnych projektów, posiada stałych dostawców materiałów i urządzeń, własny sprzęt i zespół wykwalifikowanej kadry, a także potrafi prowadzić racjonalną politykę kosztową nawiązywać korzystne relacje biznesowe. Istotne jest to, aby - tak jak Odwołujący we własnych wyjaśnieniach - wykazać realne przełożenie tych okoliczności na uzyskiwane oferty czy też sposób zarządzania i metodologii realizacji zamówienia. Kluczowy w tej sytuacji jest brak szczegółowych kalkulacji i informacji w jaki sposób, w oparciu o jakie założenia wykonawca przyjął kwoty wskazane w kalkulacji, a także brak poparcia twierdzeń o szczególnie korzystnych cenach stosownymi dowodami, przynajmniej dotyczącymi kluczowych elementów wykonania zamówienia (jak chociażby oferta na dostawę parkomatów wraz z oprogramowaniem i ich montażem oraz utrzymaniem, oferty od operatorów płatności kartami, mobilnych i BLIK itp.).

Co także zdaniem odwołującego relewantne, zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wyraźnie zobowiązał wykonawcę do złożenia dowodów wraz z udzieleniem wyjaśnień. Tymczasem CPG do wyjaśnień załączył krótką, lakoniczną kalkulację ceny (którą z uwagi na brak jakiejkolwiek szczegółowości trudno uznać za dowód), oraz ofertę podwykonawcy na usługi sprzątania w okresie letnim i zimowym. Usługi te nie są kluczowym elementem cenotwórczym, natomiast przede wszystkim z całą pewnością nie może stanowić dowodu potwierdzającego realność zaoferowanej ceny ofertowej. Za pomocą przedstawionego dowodu wykonawca CPG nie wykazał zatem, że cena oferty rzeczywiście mogła przyjąć taką wartość zgodnie z realiami rynkowymi i podnoszonymi szczególnie korzystnymi dla wykonawcy warunkami.

Konkludując, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę CPG z pewnością nie są wystarczająco precyzyjne, szczegółowe oraz wyczerpujące, a na pewno nie wskazują na

żadne konkretne i szczególne okoliczności mogące wpłynąć na możliwość obniżenia ceny. Wykonawca ten nie zdołał przestawić wiarygodnych kalkulacji, wskazujących na uwzględnienie wszystkich niezbędnych kosztów w cenie oferty, a przede wszystkim nie udowodnił swoich twierdzeń. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 1 p.z.p. oraz treści wezwania zamawiającego, złożył on wyjaśnienia w oderwaniu od warunków wykonywania przedmiotu zamówienia, zgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Analiza przedstawionych wyjaśnień nie pozostawia żadnych wątpliwości, że wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Wobec tak złożonych wyjaśnień, należy stwierdzić, że zamawiający nie dokonał ich rzetelnej oceny, tym bardziej, iż już samo zestawienie wyjaśnień wykonawcy CPG z wyjaśnieniami udzielonymi przez odwołującego jednoznacznie obrazuje brak uwzględnienia szeregu istotnych elementów kosztotwórczych w kalkulacji CPG. Jednocześnie, wobec jednoznacznie lakonicznych wyjaśnień nie popartych żadnymi dowodami, brak jest podstaw do wzywania wykonawcy CPG do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wezwanie takie prowadziłoby do obejścia przepisów p.z.p., w tym art. 224 ust. 5 p.z.p., przywrócenia terminu na złożenia prawidłowych wyjaśnień i umożliwiłoby sanowanie sytuacji de facto braku wyjaśnień. W orzecznictwie KIO wypracowano stanowisko, zgodnie z którym ewentualne ponowne wezwanie nie może w szczególności stanowić "ratowania" oferty, gdy złożone wyjaśnienia były zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe czy niepoparte faktami lub dowodami. Przyjęto, iż zamawiający nie może wyręczać wykonawcy, jeżeli ten niestarannie wyjaśnił cenę swojej oferty lub nie załączył dowodów na potwierdzenie swoich oświadczeń. Niestaranne działanie wykonawcy poprzez złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami skutkować musi odrzuceniem jego

oferty. (tak m.in. wyr. KIO z 21.08.2019 r., sygn. akt KIO 1524/19; wyr. KIO z 810.2019 r., sygn. akt KIO 1884/19; wyr. z 16.01.2020 r., sygn. akt KIO 2664/19). Natomiast prawidłowa

ocena wyjaśnień powinna prowadzić do odrzucenia oferty z uwagi na brak złożenia, wbrew takiemu obowiązkowi, wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, które wraz z dowodami uzasadniałyby podaną w cenie ofertę, a zatem brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji, oferta CPG bezsprzecznie musi zostać uznana za zawierającą

rażąco niską cenę, a w konsekwencji odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

Całokształt wskazanych wyżej w uzasadnieniu okoliczności wskazuje jednoznacznie, że zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W stosunku do wykonawcy CPG zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny oferty. Pominięcie przez zamawiającego tych istotnych okoliczności, na które wskazuje w odwołaniu odwołujący, prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w postępowaniu. W efekcie zamówienie otrzyma wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona. Takie działanie wprost narusza również dyspozycję art. 17 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Izba wskazuje dalej, że nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy City Parking Group S. A. ul. Budowlanych 3, 86-300 Grudziądz (dalej zwanego jako „wykonawca CPG"), który zgłosił przystąpienie w dniu 25 lipca 2022 r., z powodu niedochowania trzydniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia, liczonego od momentu otrzymania kopii odwołania od zamawiającego (art. 525 ust. 1 p.z.p.). Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego (informacja z dnia 20.07.2022 r.) wykonawca CPG został powiadomiony o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego, do którego dołączono kopię odwołania, w dniu 19 lipca 2022 r. Powyższe znajduje potwierdzenie w przedstawionym przez zamawiającego dowodzie przesłania takiej informacji wykonawcy CPG w dniu 19 lipca 2022 r. poprzez platformę elektroniczną - będącą, zgodnie z rozdziałem X SWZ, wiążącym sposobem komunikacji w postępowaniu - co jest spójne z dowodem zamieszczenia rzeczonej informacji na platformie wobec wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu, także w dniu 19 lipca 2022 r. Zatem zgodnie z materiałem procesowym termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego skutecznie upłynął w dniu 22 lipca 2022 r.

Wykonawca CPG podnosił, iż nie mógł zapoznać się z załączonym do informacji zamawiającego z 19 lipca 2022 r. odwołaniem, co nastąpiło dopiero 20 lipca 2022 r., więc to od dnia 21 lipca 2022 r. należy liczyć początek biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia. Jednakże nie przedstawiono składowi orzekającemu żadnego dowodu, z którego wynikałoby, aby wykonawca uzyskał dostęp do treści odwołania w dniu 20 lipca 2022 r. Przedłożony przez wykonawcę wyciąg z korespondencji elektronicznej z konsultantem

technicznym platformy jest nieprzydatny dla ustalenia tej okoliczności. Jedynie dodatkowo można zauważyć, że ze złożonej korespondencji wynika jedynie, że konto wykonawcy zostało zarejestrowane 20 lipca 2022 r. i po dokonaniu rejestracji i zalogowaniu na platformie użytkownik ma dostęp do wiadomości wysyłanych za jej pośrednictwem przez zamawiającego. Natomiast nie wykazano, aby przyczyny zarejestrowania konta na platformie elektronicznej w dniu 20 lipca 2022 r. były przyczynami obiektywnie niezależnymi od wykonawcy (np. problemy z dostępem do korespondencji na wcześniej zarejestrowanym koncie z powodu nieprawidłowego działania platformy czy aktualizacji oprogramowania), nie wykazano też, aby w dniu 19 lipca 2022 r. wykonawca faktycznie nie miał dostępu do kopii odwołania (niezależnie czy kolejnego dnia ponownie zarejestrował swoje konto na platformie). Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający nie miał żadnych problemów z dostarczeniem w dniu 19 lipca 2022 r. informacji wraz z odwołaniem na konta wykonawców na platformie elektronicznej. Wykonawca CPG, ani żaden inny wykonawca, po otrzymaniu informacji o odwołaniu 19 lipca 2022 r. także nie sygnalizował zamawiającemu trudności z dostępem do kopii odwołania, nic takiego nie wynika z dokumentacji postępowania. W konsekwencji powyższego skład orzekający nie miał podstaw, by przyjąć, że dopiero 20 lipca 2022 r. wykonawca CPG uzyskał dostęp do kopii odwołania, a tym samym w ocenie Izby nie wykazano, że nie uchybiono terminowi na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem. Zatem czynności stron i uczestników postępowania, powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Skuteczny upływ terminu zawitego, określonego w art. 525 ust. 1 p.z.p., powoduje wygaśnięcie prawa wykonawcy do uzyskania statusu przystępującego, więc wykonawca CPG nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do

protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Skład orzekający stwierdził również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie Izby odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. W konsekwencji nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy CPG z postępowania.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z petitum odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 p.z.p. w zw. z rozdziałem III pkt 3.4 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CPG, która jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań postępowania, Izba wskazuje jak niżej.

W dokumentacji postępowania - rozdział III pkt 3.4 SWZ, którego wiążące brzmienie wynika ze zmiany SWZ w dniu 11 maja 2022 r., zamawiający skorzystał z uprawnienia, jakie mu daje art. 121 p.z.p. i skutecznie zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowe części zamówienia, tj. „Wykonawca wykona przedmiot umowy siłami własnymi - całość zamówienia oprócz zakresu, który Zamawiający dopuszcza do wykonania przy udziale podwykonawców:

- utrzymania Strefy Płatnego Parkowania i Płatnych Placów Parkingowych w zakresie letniego i zimowego utrzymania czystości i przejezdności, opróżniania koszy, wywozu odpadów,

- transportu wartości pieniężnych,

- pobierania opłat przy użyciu urządzeń mobilnych,

- pobierania opłat przy użyciu kat płatniczych,

- wykonania i montaż fundamentów pod parkomaty,

- montażu podstaw pod parkomaty,

- prace informatyczne związane z utworzeniem, utrzymaniem, serwisem i konfiguracją Centrum Przetwarzania Danych,

- utrzymanie Centrum Przetwarzania Danych.”.

Zgodnie więc z brzmieniem SWZ zamawiający dopuści podwykonawstwo w zakresie enumeratywnie wyliczonych w dokumentacji czynności, które stanowią zamknięty katalog prac możliwych do wykonania przez podwykonawcę. Pozostały zakres umowy winien być wykonywany przez wykonawcę osobiście, jako kluczowa część zamówienia. Pośród prac możliwych do podzlecenia nie znalazł się m.in. serwis urządzeń, które - zgodnie z pkt 4 formularza oferty wykonawcy CPG, wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. W ofercie wykonawcy CPG wskazano: „4. Następujące części zamówienia powierzymy następującym podwykonawcom (dot. podwykonawców znanych nadzień składania ofert): część: serwis urządzeń; wykona podwykonawca: nieznany na dzień składania ofert,

W ocenie Izby treść oferty jest zatem wprost sprzeczna z brzmieniem dokumentacji postępowania, skoro wykonawca zaoferował sprzeczny z SWZ sposób realizacji kluczowej części zamówienia przeznaczonej do osobistego wykonania, co stanowi istotną merytoryczną wadę oferty i powinno spowodować odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 p.z.p.

Nie znajduje natomiast uzasadnionych podstaw argumentacja zamawiającego o rzekomej wadzie dokumentacji postępowania czy jakichkolwiek wątpliwościach w tym zakresie. Zdaniem Izby SWZ jest klarowana i jednoznaczna, serwis urządzeń jest zakazany do powierzenia podwykonawcy, ponieważ nie zawiera się w czynnościach możliwych do podzlecenia. Zamawiający nie był nawet w stanie wskazać jakie to obiektywne niejasności lub wątpliwości miała nasuwać SWZ. Zatem, o ile Izba podziela ukształtowaną w orzecznictwie zasadę, iż niejasności w zakresie dokumentacji postępowania są tłumaczone na korzyść wykonawców (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem - por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 16.05.2016 r., sygn. akt III: Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo), to stwierdzić należy, że w postępowaniu objętym sporem nie ma ona zastosowania.

Dokumentacja jest obiektywnie jednoznaczna i żaden z wykonawców nie wskazywał na rzekome jej wady przed złożeniem oferty. W odniesieniu do ewentualnych - pozornych bądź rzeczywistych - wątpliwości co do brzmienia SWZ wykonawcy mieli prawo zwrócić się do zamawiającego o ich wyjaśnienie. Doktryna i orzecznictwo stanęło przy tym na stanowisku, że w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku zamówień publicznych, uprawnienie, o którym mowa w art. 135 ust. 1 p.z.p.

przeradza się - przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie - w obowiązek wykonawcy. Wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji

miałaby być niejasna lub niejednoznaczna, uwzględniając zawodową staranność wymaganą

od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy, powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 p.z.p., zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów SWZ. Żaden z wykonawców takich wątpliwości co do treści dokumentacji nie zgłaszał, nie proszono o doprecyzowanie SWZ, więc stanowisko zamawiającego jest bezpodstawne, a rzeczone wątpliwości raczej wykreowane na potrzeby postępowania odwoławczego przez Izbą.

W szczególności, że zamawiający nie wskazał obiektywnie niejasnej treści SWZ, a doszukiwał się w czynnościach dopuszczonych do powierzenia podwykonawcy

jakiejkolwiek czynności związanej z serwisem urządzeń, nie tyle, aby wskazać na niejednoznaczność dokumentacji, ale aby dostosować treść formularza oferty wykonawcy CPG do zakresu części możliwej do podzlecenia. Co znamienne rzekomy możliwy serwis urządzeń (co zdaniem zamawiającego dotyczy pobierania opłat przy użyciu urządzeń mobilnych i pobierania opłat przy użyciu krat płatniczych, bowiem zintegrowany czytnik kart serwisuje podmiot obsługujący płatności, a nie wykonawca. Zdaniem zamawiającego serwis został też dopuszczony w ramach Centrum Przetwarzania Danych) nie jest nawet zbliżony do treści oferty wykonawcy CPG, gdzie wskazano wprost zlecenie podwykonawcy „serwisu urządzeń", a nie tylko serwisu urządzeń mobilnych i do pobierania opłat lub serwisu urządzeń centrum przetwarzania danych. Innymi słowy, znalezienie w czynnościach możliwych do powierzenia podwykonawcy jakichkolwiek czynności luźno związanych z serwisem urządzeń w żaden sposób nie konwalidowałoby treści oferty wykonawcy CPG.

Spekulacje zamawiającego są także oderwane od brzmienia opisu przedmiotu zamówienia, gdzie jako urządzenia wskazuje się parkomaty, zatem nie ma podstaw, by poszukiwać wykładni SWZ poza jej treścią, tak żeby „dostosować" brzmienie wyrażeń użytych w formularzu ofertowym wykonawcy CPG i próbować naprawić popełniony w ofercie błąd. Ponadto, profesjonalista działający na rynku świadczenia usług obsługi stref płatnego parkowania, gdyby faktycznie zamierzał powierzyć podwykonawcy przykładowo wyłącznie serwis określonych urządzeń będących elementem przedmiotu zamówienia, to wskazałby to w ofercie. Dokonując wykładni oświadczenia przedsiębiorcy (art. 65 § 1 k.c.), który jest profesjonalistą, absurdalnym byłoby założenie, że dokonując tak kluczowej czynności, jaką jest wypełnienie formularza ofertowego w przetargu - gdzie dokumentacja postępowania dość rygorystycznie określa część możliwą do podzlecenia - przedsiębiorca chciał napisać, że chodzi o serwis urządzeń np. tworzących centrum przetwarzania danych, tylko to pominął i poprzestał na wskazaniu „serwis urządzeń".

Skład orzekający podziela także zasadną argumentację odwołującego, że w tym wypadku wskazanie zakresu podwykonawstwa nie jest tylko obowiązkiem informacyjnym, a stanowi wiążącą treść oferty dotyczącą sposobu realizacji umowy, więc jako wskazany sposób spełnienia świadczenia przez wykonawcę nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. W tym nie można tego konwalidować w drodze wyjaśnień treści oferty, które de facto musiałby zmienić jej brzmienie, aby nie tyle dokonać rekonstrukcji oświadczenia wykonawcy CPG, a dostosować formularz oferty do treści dokumentacji postępowania, co jest nieuprawnione. Mając zatem na uwadze, że z jednej strony w SWZ mamy niebudzące wątpliwości zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę m.in. serwisu urządzeń, a z drugiej jednoznaczne oświadczenie wykonawcy CPG o zamiarze powierzenia tego zakresu podwykonawcy, oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, więc omawiany zarzut został przez skład rozpoznający spór uwzględniony.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CPG z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej - zarzut nr 2 z petitum odwołania, Izba wskazuje co następuje. Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wykonawcy CPG, w wyniku której, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 czerwca 2022 r., złożono wyjaśnienia z dnia 8 czerwca 2022 r. dołączając do nich tabelaryczną kalkulację cenową i ofertę z dnia 13 kwietnia 2022 r. w zakresie usługi sprzątania w okresie letnim i zimowym.

Skład orzekający dokonał weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez wykonawcę CPG wyjaśnień i dowodów, w korelacji z treścią wystosowanego do wykonawcy wezwania, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności, które w jego ocenie powodują, że oferta wykonawcy CPG powinna zostać odrzucona jako oferta zawierająca cenę rażąco niską, ponieważ wykonawca nie obalił domniemania ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.), co powinno powodować odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 p.z.p.

W ramach uwag ogólnych Izba wskazuje, że ustawodawca uregulował obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w dwóch normach - w art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w art. 224 ust. 6 p.z.p., który stanowi, że 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. Omawiane przepisy dopełniają się, ponieważ negatywna ocena wyjaśnień wykonawcy (art. 224 ust. 6 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Zatem sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego uregulowaną w art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 224 ust.

5 p.z.p. - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Warto również zaznaczyć, że celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny 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 wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. art. 224 ust.

6 p.z.p.

Ponadto, jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 94/21 „Wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych".

Zamawiający, formułując wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zwrócił się do wykonawcy CPG o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera rażącą niską cenę. Wezwanie nie zostało zakwestionowane w ramach środków ochrony prawnej, wykonawca CPG nie formułował względem niego jakichkolwiek wątpliwości i nie wnioskował o jego doprecyzowanie.

W szczególności nie znajduje potwierdzenia w materiale procesowym stanowisko zamawiającego jakby wykonawca CPG miał wykazać jedynie koszty pracy (czego i tak w sposób prawidłowy nie wykazano, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia). Argumentacja zamawiającego jest nie tylko sprzeczna z treścią wezwania z dnia 3 czerwca 2022 r., ale jest nie do obrony na kanwie tego, w jaki sposób wykonawca CPG zrozumiał brzmienie wezwania, gdzie zgodnie z jego treścią w złożonych wyjaśnieniach zawarto także inne elementy cenotwórcze. Wykonawca CPG był zatem związany wezwaniem i jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych powinien mieć wiedzę co do tego, jaki skutek odnosi brak prawidłowego i wyczerpującego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny. To bowiem w interesie wykonawcy jest, żeby złożone wyjaśnienia były kompletne i niebudzące dalszych wątpliwości, a także przedstawione zostały odpowiedne dowody na potwierdzenie ekwiwalentności zaoferowanej ceny, czemu wykonawca CPG nie sprostał.

Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający wadliwie ocenił wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny złożone przez wykonawcę CPG, zarzuty postawione zamawiającemu są zasadne i jako takie zasługują na uwzględnienie. Wbrew treści wezwania zamawiającego złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

Odwołujący zasadnie podnosił, że dołączony do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny dowód w postaci oferty na sprzątanie letnie i zimowe (oferta Grupa II Magdalena Zaręba w Wałbrzychu z dnia 13.04.2022 r.), który zgodnie z treścią wyjaśnień ceny jest ofertą podwykonawcy, który miałby realizować część zamówienia w zakresie utrzymania czystości

i utrzymania zimowego, jest sprzeczna z brzmieniem oferty wykonawcy CPG (oferta z dnia 19.05.2022 r.), gdzie wskazano, że „część: sprzątanie i utrzymanie zimowe; wykona podwykonawca: nieznany na dzień składania ofert" (pkt 4 str. 2 oferty). Skoro zatem w ofercie nie wskazano podwykonawcy ze złożonej z wyjaśnieniami ceny oferty, uzyskanej

miesiąc przed złożeniem oferty, to nie może ona stanowić adekwatnego i wiarygodnego dowodu na realność zaoferowanej ceny ofertowej. Zamawiający także nie zdecydował się na przedstawienie Izbie jakiejkolwiek argumentacji dlaczego uznał dołączoną do wyjaśnień ofertę za prawidłową, pomimo że wykonawca CPG jednoznacznie w ofercie oświadczył, że taki podwykonawca jest nieznany.

Dalej skład orzekający stwierdził, że oceniane wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie dają podstaw do przyjęcia, że cena oferty uwzględnia wszystkie elementy kosztotwórcze niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, które zostały określone w dokumentacji postępowania. Wykonawca CPG złożył wyjaśnienia o charakterze ogólnym i niepełnym, które nie uzasadniają realności podanej w ofercie ceny. Zgodnie z poz. 4 i 5 szczegółowej kalkulacji, a także lit. d i e str. 3 wyjaśnień ceny, wykonawca wskazał jeden, zbiorczy koszt osobowy w wysokości 9 200,00 zł/mc (serwis parkomatów 8 000,00 zł i zarządzenie projektem 1 200,00 zł) oraz koszt narzutów na wynagrodzenia w wysokości 1 750,00 zł/mc. W wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny, w zakresie personelu, wykonawca nie podał ile osób będzie wykonywało umowę dla zamawiającego. Odniesiono się jedynie globalnie do kadry przedsiębiorcy wskazując, że ogólnie zatrudnionych jest dwieście osób stałego personelu, w tym czterdziestu instalatorów/serwisantów odpowiedzialnych za realizację kontraktów na terenie całego kraju.

Z powyższego wynika, że po pierwsze - zamawiający nie wie ile osób będzie wykonywało umowę na jego rzecz, nie ma więc żadnej wiedzy jakie warunki pracy i płacy posiadają osoby, które będą realizować zamówienie. Po wtóre - wskazanie na ryczałtowy, skumulowany koszt osobowy, bez podania w wyjaśnieniach szczegółowych założeń dotyczących tego składnika cenowego, nie pozwala na zweryfikowanie co się w nim mieści, tj. skoro zamawiający nie wie nawet jaki zasób kadrowy miałaby realizować umowę, to nie wie też czy wyceniono koszty osobowe na właściwym poziomie. Zbicie kosztów osobowych w jedną pozycję nic w zasadzie nie wyjaśnia, a tym samym nie udowadnia, że cena została skalkulowana prawidłowo. Odwołujący decydując się na takie przedstawienie kosztów sam pozbawił się możliwości wykazania jej realności. W szczególności na podstawie wyjaśnień nie można ustalić czy koszty poszczególnych osób przyjęto w realnej kwocie oraz czy wynagrodzenie uwzględnia stawki minimalne określone w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu z pracę (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207), a także co do ich zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 p.z.p.

Zamawiający na podstawie otrzymanej kalkulacji w żaden sposób nie był w stanie powyższego zweryfikować, ponieważ zabrakło w wyjaśnieniach faktycznego wskazania podstawy wyliczenia kosztu osobowego. Wyjaśnienia wykonawcy CPG odbiegają od standardu staranności, ciężko je nawet nazwać wyjaśnieniami, bowiem w istocie zgrupowanie kosztu osobowego w jedną pozycję niczego nie wyjaśniało. W miejsce obowiązku precyzyjnego wykazania realnych kosztów pracy przedstawiono ich zbiorcze oszacowanie, co pozwoliło na niewątpliwe ustalenie w zakresie tego, czy wyjaśnienia powinny skutkować uznaniem ceny za rażąco niską - nie ze względu na to, co się w nich znalazło, a ze względu na to, czego w nich, wbrew wezwaniu zamawiającego, nie wykazano.

Izba stwierdziła również, że nie wykazano w sposób prawidłowy ujęcia w cenie innych obligatoryjnych elementów umowy wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SWZ, załącznik nr 3 do umowy). W wyjaśnieniach brak jest kosztu parkomatu zastępczego, który zgodnie z pkt 7.1 OPZ należy zamontować w przypadku niemożliwości usunięcia awarii do dwóch dni roboczych. Wykonawca CPG ujął w cenie 49 parkomatów (lit. a str. 2 wyjaśnień ceny), co jak oświadczono składa się na całość kosztów po stronie wykonawcy. Zakup parkomatu, zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy CPG, to wydatek co najmniej 19 505,00 zł i o taką wartość oferta jest zaniżona. Wykonawca w wyjaśnieniach nie wskazywał także, aby przykładowo korzystał z używanego urządzenia (co SWZ umożliwia), nie ma też nigdzie takiej pozycji w kalkulacji ceny.

Kolejnym elementem dyskwalifikującym wyjaśnienia ceny wykonawcy CPG jest pominięcie kosztów dostawy, posadowienia i uruchomienia parkomatów. W wyjaśnieniach ceny jest bowiem oszacowana jedynie cena zakupu urządzeń, kiedy zamawiający wymagał pełnej usługi obejmującej także prawidłowy montaż, tak pkt 2.1.1, 2.1.3, 2.2.1 i 2.2.2 OPZ. Pominięto też koszt zakupu i montażu słupków (pkt 2.1.3.1 i 2.2.2.1 OPZ), koszt zakupu i montażu tabliczek informacyjnych (pkt 2.1.4 OPZ), koszt szkolenia pracowników zamawiającego (pkt 2.1.8 OPZ), koszt demontażu parkomatów i odtworzenia nawierzchni (pkt 2.1.12 i 2.2.11 OPZ) oraz koszt wykonania do piętnastu zmian lokalizacji parkomatów (pkt 2.1.6 OPZ), co powoduje, że cena nie obejmuje wszystkich niezbędnych elementów do prawidłowej realizacji zamówienia, została błędnie obliczona i jest rażąco niska.

Izba zgadza się również z odwołującym co do sprzeczności w lit. c str. 2 wyjaśnień ceny - usługi obce, i poz. 3 szczegółowej kalkulacji, także pod nazwą „usługi obce", gdzie w wyjaśnieniach mamy 500,00 zł/mc (rezerwa na koszt wywozu śniegu), zaś w tabeli

200,00 zł/mc (pozostałe usługi) oraz braku wykazania prowizji od płatności BLIK (pkt 3.14 OPZ), w przeciwieństwie do stanowiska w zakresie wadliwego finansowania, kosztów paliwa i materiałów eksploatacyjnych, co jednak nie ma wpływu na ocenę wyjaśnień kalkulacji ceny wykonawcy CPG, ponieważ brak kompleksowego ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów realizacji umowy w wyjaśnieniach - o czym mowa we wcześniejszej części uzasadnienia - jest całkowicie wystarczający do przyjęcia, że oferta ta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że wykonawca CPG nie podołał nałożonemu na niego w wyniku wezwania zamawiającego obowiązkowi przedstawienia rzetelnych i adekwatnych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wysokość zaoferowanych elementów cenowych, zaś zamawiający zaniechał prawidłowego zbadania wyjaśnień wykonawcy i w sposób nieuprawniony wybrał jego ofertę w przetargu. W szczególności brak wykazania zawarcia wszystkich elementów OPZ w cenie oferty i złożenie wyjaśnień nieprzydatnych dla określenia kosztów pracy powinno powodować wyeliminowanie oferty wykonawcy CPG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

Skład orzekający wskazuje także, że w ustalonym stanie rzeczy nie byłoby możliwe ponowne wezwanie wykonawcy CPG do złożenia kolejnych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Izba podziela utrwalone w orzecznictwie stanowisko, że ponowne wezwanie nie jest co do zasady wykluczone, niemniej możliwość żądania od wykonawcy doprecyzowania elementów kalkulacji lub udzielenia szerszych informacji w zakresie pierwotnie przekazanych wyjaśnień, jest uzasadniona jedynie w przypadku szczegółowego i rzetelnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień na pierwsze żądanie. Powtórzenie wezwania musi wynikać więc z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie pierwszych wyjaśnień, a ponawianie wezwania nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, czy wprost wskazują, że nie zawarto wszystkich elementów przedmiotu zamówienia w cenie oferty. Kolejne wezwania nie mogą stanowić de facto przywrócenia terminu na złożenie wyjaśnień, które należało złożyć już na pierwsze wezwanie. Takie działanie naruszałoby zasadę generalną uregulowaną w art. 16 pkt 1 p.z.p. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt: II Ca 915/20 ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zgodzić się trzeba również z tym, że kolejne wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, a także prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.05.2018 r. sygn. akt XXIII Ga 255/18).

W ustalonym stanie rzeczy nie byłoby zatem podstaw do kontynuacji postępowania wyjaśniającego cenę, bowiem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna (a wręcz w zamkniętym katalogu kosztów z wyjaśnień brak jest obligatoryjnych składników ceny wskazanych w OPZ), nie są wyczerpujące i poparte wiarygodnymi dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty, nie zaś ponawianie procedury wyjaśniającej zaoferowaną cenę.

W konsekwencji powyższego na uwzględnienie zasługiwały także, powiązane

z zarzutami zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CPG, zarzuty nr 3 i 4 z petitum odwołania dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która powinna zostać wyeliminowana z postępowania, a także naruszenia art. 17 ust. 2 p.z.p., na podstawie którego zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca

nakłada na jednostki zamawiające w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Zamawiający w rozpoznawanym sporze nie podołał ciążącym na nim obowiązkom czym naruszył również zasadę naczelną wskazaną w art. 16 pkt 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia 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). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zmniejszonego do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: