Sygn. akt: KIO 2956/23

WYROK z dnia 20 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2023 r. przez wykonawcę NATEZJA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Trachach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Firma Usługowa SEBCIO A. A. z siedzibą w Gliwicach dla Zadania nr 11 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NATEZJA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Trachach, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach na rzecz wykonawcy NATEZJA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Trachach kwotę 18 600,00 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2023 r., poz. 1605 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 2956/23

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na 12 zadań pn. „Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2024"; znak sprawy ZDM-ZPU.26.27.2023 MZ - dalej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 147-470802.

W dniu 6 października 2023 r. przez wykonawcę NATEZJA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Trachach (dalej „odwołujący") do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie Zadania 11 tj. Rejon 11 - Przystanki komunikacji miejskiej, polegających na:

1. wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: Firma Usługowa SEBCIO A. A. z siedzibą w Gliwicach (dalej „SEBCIO") podczas, gdy cena (w tym jej istotne części składowe) oferty tego wykonawcy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SEBCIO podczas, gdy cena (w tym jej istotne części składowe) oferty tego wykonawcy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. dokonaniu badania i oceny ofert niezgodnego z ustalonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert, zawartymi w Rozdziale 20 lit. b Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ");

4. zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego pomimo, iż to jego oferta, oceniona zgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami oceny ofert, jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy SEBCIO podczas, gdy cena (w tym jej istotne części składowe) oferty tego wykonawcy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w Zadaniu 11 w sposób sprzeczny z ustalonymi w SWZ kryteriami oceny ofert, a także poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SEBCIO jako najkorzystniejszej podczas, gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym zadaniu, a przy dokonaniu prawidłowego badania i oceny ofert to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza ekonomicznie tj. zawiera najlepszy bilans kryteriów ceny oraz kryteriów jakościowych;

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania tj. w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co wpłynęło na wynik postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SEBCIO dla Zadania 11 postępowania; dokonania ponownego badania i oceny ofert zgodnie z opisanymi w Rozdziale 20 lit b. SWZ kryteriami oceny ofert dla Zadania 11.

Odwołujący, na potwierdzenie swoich zarzutów, przywołał następującą argumentację.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przypomniał, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej.

Przypomniał także, że badanie pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu dotyczy nie tylko sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, lecz także przypadku, gdy rażąco niskie wydają się ich istotne

części składowe. Istotność części składowych należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem (tak np. wyrok KIO z 3 kwietnia 2017 r., KIO 519/17). O rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie od tego, czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne, aby badanie cen jednostkowych dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Zgodnie z doktryną pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Przykładowo, jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania, czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia (tak: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 224). W orzecznictwie KIO podkreśla się, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (zob. wyrok KIO z 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21).

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, co do której nabrał podejrzeń, że jej cena jest rażąco niska, w dwóch sytuacjach: (1) jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie, za udzielenie wyjaśnień należy przy tym uznać dostarczenie ich do zamawiającego; (2) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niezłożenie wyjaśnień lub złożenie niewystarczających wyjaśnień oznacza zatem, że potwierdziły się podejrzenia zamawiającego co do rażąco niskiego charakteru ceny w ofercie. W takiej sytuacji konieczne jest uznanie, iż cena taka powoduje obowiązek działania, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Z kolei ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień, stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Jak wskazuje KIO, wezwanie do wyjaśnień ceny rażąco niskiej ustanawia domniemanie takiej ceny, a wykonawca wezwany musi obalić to domniemanie (np. wyrok z 2 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 115/18). Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami.

W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie wykonawca SEBCIO nie obalił domniemania, które zmaterializowało się w wyniku wystosowanego przez zamawiającego wezwania. Stwierdził, że analizując zarówno treść wezwania, jak i

treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi, należy wskazać choćby na poniższe aspekty, świadczące o tym, że wykonawca ten nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Co więcej, przedstawione wyjaśnienia wprost potwierdzają brak rzetelności w kalkulowaniu ceny oferty. W wezwaniu zamawiający zobowiązał wykonawcę SEBCIO do uwzględnienia w swych wyjaśnieniach takich aspektów jak: (i) 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. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; (ii) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (iii) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Analizując treść odpowiedzi na wezwanie, w żaden sposób nie można znaleźć jakiegokolwiek odniesienia się przez wykonawcę do powyżej wskazanych aspektów. Wykonawca SEBCIO wskazał jedynie, że w porozumieniu z pracownikami zrezygnował ze stawki godzinowej na rzecz ryczałtu za odśnieżenie jednego przystanku. Brak jest jednak jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy w zakresie tego, jak ustalenia te odnoszą się do wymogów wskazanych w tirecie (i) i (ii) powyżej, tj. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a także zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Brak jest także jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, że w ogóle doszło do porozumienia pomiędzy wykonawcą a jego pracownikami. W przedłożonych wyjaśnieniach brak jest także wskazania,

jakie założenia do wyliczenia ceny przyjął wykonawca w zakresie liczby pracowników delegowanych do realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę podaną przez wykonawcę stawkę wynagrodzenia za odśnieżenie jednego przystanku, odwołujący wskazał, że jej założenia są nierealistyczne. Łączna Ilość przystanków wynosi 394 sztuk, co stanowi 47 280 m^2. Zgodnie z założeniami na terenie wszystkich dzielnic w Gliwicach liczba przystanków, jak ma zostać odśnieżona do 3 h od ustania opadów wynosi 158 sztuk. Liczba przystanków do odśnieżenia do 6 h od ustania opadów to 236 sztuk. W przypadku przyjętego wynagrodzenia 5,00 zł. za 1 przystanek (korzystając z samochodu Multicar - 2 osobowy) wynagrodzenie należy podzielić na 2 osoby. Wynagrodzenie za odśnieżenie 120 m^2 powierzchni przystanku wynosi więc 2,50 zł. netto. Z kolei kwota 1 970 zł. : 2 daje 985,00 zł. netto za odśnieżenie 394 sztuk przystanków dla jednej osoby, co w ocenie odwołującego jest stawką poniżej rynkowej, a także jest poniżej minimalnych poziomów wynagradzania pracowników.

Nawet gdyby przyjąć, że maksymalny czas wykonywania usługi czynnej Akcji Zima przewidzianej w SWZ tj. 6 godzin, pracownicy powinni odśnieżać jeden przystanek w ok. 55 sekund (6 godzin = 360 min : 394 przystanki = około 55 sekund). Czas ten nie uwzględnia jednak czasu potrzebnego na przejazd pomiędzy przystankami. Wykonawca SEBCIO w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że w przeważającej części do odśnieżania używa sprzętu mechanicznego w postaci samochodu multicar, co znacznie zwiększa szybkość i efektywność odśnieżania. Z informacji jakie posiada odwołujący, wykonawca SEBCIO posiada zaledwie jeden taki samochód, co nie świadczy o możliwości efektywności odśnieżania. Zakładany czas przejazdu pomiędzy przystankami to ok. 1 minuta. Jest to czas bez przerwy na postój na światłach, korki, wolniejszą jazdę w niesprzyjających warunkach atmosferycznych. Dodatkowo zamawiający w SWZ wskazał przystanki, które muszą być odśnieżone do 3 godzin od ustania opadów, a które znajdują się w różnych częściach miasta. Wydłuża to czas przejazdu pomiędzy przystankami do kilku lub nawet kilkunastu minut. Dla wskazania ogromnej nieprawidłowości w kalkulacji SEBCIO, odwołujący przedstawił w tabeli swoje wyliczenia wywodząc, że wykonawca SEBCIO nie jest w stanie wykonać pracy w ciągu wymaganego przez zamawiającego czasu jednym samochodem.

Przypomniał ponadto, że zgodnie z art. 132 § 1 kodeksu pracy pracownikowi przysługuje w każdej dobie prawo do co najmniej 11 godzin nieprzerwanego odpoczynku. W przypadku prowadzenia normalnej akcji zima tj. prac związanych z odśnieżaniem i posypywaniem środkiem

uszorstniającym, powyższy przepis nie jest przestrzegany. Wykonawca ma obowiązek zgodnie z OPZ udzielić gwarancji na 180 minut od zakończenia Doby Akcji Zima na wszystkie prace związane z zimowym utrzymaniem, jakie zleci zamawiający. Jeżeli w określonym terminie usługa nie zostanie wykonana, wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 250,00 zł. za każdy nieodśnieżony przystanek. Zważywszy, że obliczony czas przejazdu pomiędzy 394 przystankami wynosi 12 godzin to w ciągu 6 godzin firma należycie odśnieży maksymalnie 50% przystanków. Koszt minimalnej kary umownej wyniósłby w takim przypadku 49 250,00 zł. za jedną dobę czynnej Akcji Zima.

Ponadto, wykonawca SEBCIO używa sprzętu mechanicznego w postaci samochodu, w celu zwiększenia efektywności i szybkości działania. Zamawiający nie przewiduje jednak używania samochodu do odśnieżania. Gdyby tak było, zamawiający wymagałby posiadania pługu lub pługo-piaskarki. Odśnieżanie przystanków samochodem, na których stoją mieszkańcy, także osoby nieletnie, może powodować niebezpieczeństwo wypadku, szczególnie w przypadku śliskich nawierzchni.

Dalej wykonawca w wyjaśnieniach stwierdza, że w oferowanej cenie "Doby Akcji Zima” zawarto tylko te elementy cenowe mające bezpośredni wpływ na wysokość ceny. Pozostałe koszty ubezpieczenia pracowników, utrzymania w gotowości sprzętu itp., zostały zaliczone do ceny utrzymania gotowości, która wynosi 370 zł netto dziennie. Wykonawca nie wykazał jednak, co dokładnie i w jakiej wysokości składa się na tą stawkę a ta, w ocenie odwołującego, powinna uwzględniać, zgodnie z logiką wykonawcy SEBCIO, wszystkie elementy takie jak m.in. składki ZUS, urlopy, urlopy okolicznościowe, zwolnienia, podatki, ubezpieczenia, utrzymania sprzętu, koszty utrzymania biura, itp. Nie zostały przedstawione także żadne dowody potwierdzające wysokość wymienionych kosztów. Zdaniem odwołującego wykonawca w swojej kalkulacji nie uwzględnił takich kosztów jak: (i) koszt polisy ubezpieczeniowej, wymaganej przez

zamawiającego, który zgodnie z § 7 pkt 3 Umowy wynosi minimum 800 000 zł., (ii) dyspozytora dostępnego 24 godziny na dobę od dnia podpisania umowy do 14 kwietnia 2024 r., (iii) koszty biurowe, (iv) koszty ubrań roboczych, (v) koszty wyposażenia samochodu w odpowiednie znaki świetlne, (vi) koszty ubezpieczenia pojazdu, (vii) koszty środków ochrony osobistej, (viii) część podatku od nieruchomości lub opłaty za wynajem magazynu chlorku i piasku, (ix) wysokość raty leasingowej lub amortyzacja samochodu, (x) koszty ewentualnych napraw, smarów i płynów dla samochodu, (xi) koszt samochodu zastępczego w przypadku awarii. Opis „utrzymanie w gotowości sprzętu" jest niejasny i ogólnikowy. Nie wynika z niego, co wykonawca SEBCIO miał na myśli oraz jak wysoki jest to koszt.

W ocenie odwołującego stwierdzenie: „Pragnę również nadmienić, że koszty te są podzielone również na inne prace realizowane podczas braku opadów śniegu. Chodzi o to, że pracownicy nie siedzą na bazie i czekają na opady śniegu, tylko po analizie prognoz pogodowych wykonują również inne prace" jest sprzeczne z innymi twierdzeniami wykonawcy. Skoro bowiem wykonawca SEBCIO twierdzi, że wynagrodzenie pracowników, liczone w stawkach godzinowych, zostało zastąpione określoną stawką za odśnieżenie jednego przystanku, bez znaczenia pozostaje to, co pracownicy robią w innym czasie. Co więcej, stwierdzenie, że „koszty te [stałej gotowości] są podzielone również na inne prace realizowane podczas braku opadów śniegu" sugeruje, że wykonawca nie skalkulował w cenie oferty wszystkich kosztów, jakie poniesie w związku z usługami odśnieżania do dobowej gotowości. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca SEBCIO oświadczył, że koszty przerzuca na inną umowę, która może być korzystniejsza finansowo. Z kolei takie działanie jest niedozwolone, bowiem zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, zaoferowana cena powinna uwzględniać wszystkie koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją danego zamówienia.

Kolejnym aspektem, świadczącym o nierzetelności kalkulacji ceny jest to, że zamawiający w OPZ wskazuje potencjał techniczny, jaki wykonawca poszczególnych zadań powinien posiadać. Dla rejonu 11 są to: 4 szt. samochodów ciężarowych o DMC do 3,5 tony bądź niższym oraz minimum 20 pracowników (operatorów sprzętu, pracowników ręcznych) zatrudnionych na umowę o pracę (lit. e na str. 15 OPZ). Dodał przy tym, że referencje, na które powołuje się SEBCIO dla odśnieżania w okresie 2022/ 2023 zakładały dokładnie te same wymagania. Zarówno w zamówieniu na lata 2022/ 2023 oraz na lata 2023/ 2024 SEBCIO wskazała w formularzu ofertowym, że jest mikro przedsiębiorcą. Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców za mikro przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym roku z dwóch ostatnich lat obrotowych spełniał łącznie następujące warunki: zatrudnia średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług z operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro. Z powyższego wynika, że SEBCIO nie zastosowała się nawet w 50% do wymagań jakie stawia zamawiający, wykonawca nie zatrudnia pracowników na umowę o pracę, a jedynie posiada zleceniobiorców. Takie rozwiązanie pozwoliłoby co prawda na ograniczenie kosztów, ale jest niezgodnie z wymogami zamawiającego. Ponadto koszty

wynagradzania zleceniobiorców również muszą stanowić wynagrodzenie rynkowe. Stawka wynagrodzenia za odśnieżenie jednego przystanku, przyjęta w ofercie wykonawcy SEBCIO, stawką rynkową nie jest. Przypomniał także, iż w wyjaśnieniach ceny brak jest informacji, ilu pracowników w swoich kalkulacjach założył wykonawca.

W dalszej części odwołujący zwrócił też uwagę, że SEBCIO oświadczyła, że dla usunięcia śliskości wykorzysta 1,5 tony chlorku magnezu. Cena za 1 tonę waha się na rynku między 1 875 zł. netto a 2 600 zł. netto. Oznacza to, że cena za 1,5 tony wynosi: od 2 812,50 zł. netto

do 3 900,00 zł. netto, nie uwzględniając kosztów transportu. Wykonawca oświadczył natomiast, że jest to cena 1 900,00 zł. netto (jako dowód odwołujący załączył do odwołania przykładowe oferty dotyczące zakupu chlorku magnezu - 3 szt.). Wykonawca SEBCIO z kolei oświadczył, że posiada „zapas" chlorku magnezu z lat ubiegłych. Przedstawienie takich oświadczeń wskazuje jednoznacznie, że firma nieprawidłowo kalkuluje oraz przygotowuje się do wykonywania usług. Zamawiający gwarantuje wykonanie 5 szt. akcji zima, co oznacza, że do ich wykonania, zgodnie z szacunkami wykonawcy, potrzebne będzie 7,5 tony chlorku magnezu (5 x 1,5 tony = 7,5 tony). W poprzednim roku SEBCIO wykonała 17 usług czynnej Akcji Zima (jako dowód załączono korespondencję mailową z zamawiającym z dnia 2 października 2023 r. w sprawie realizacji usług przez SEBCIO). Na podstawie tych danych wykonawca powinien przedstawić dowody (np. faktury), z których wynika, że zakupił przed sezonem zimowym 2022, a także w jego trakcie łącznie co najmniej 33 tony chlorku magnezu za cenę 1 266,66 zł. netto/ tonę. Takie dokumenty są niezbędne do potwierdzenia, że wyjaśnienia przedstawione zamawiającemu są rzetelne. Tymczasem, jak zauważył odwołujący, żadne dowody nie zostały wraz z wyjaśnieniami przedstawione.

Dalej odwołujący wywodził, że cena oferty powinna stanowić cenę rynkową, za którą, uwzględniając koszty wykonania zamówienia oraz konieczność osiągnięcia przez wykonawcę chociażby niewielkiego zysku, wykonawca jest w stanie w sposób prawidłowy, terminowy, zgodny z zawartą umowa oraz z oczekiwaniami zamawiającego, wykonać przedmiot zamówienia. Cena taka musi uwzględniać wymagania i założenia zamawiającego, zawarte w dokumentacji oraz wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego

i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia. Powyżej przedstawiona argumentacja dowodzi, iż cena zaoferowana przez SEBCIO nie jest ceną rynkową i nie uwzględnia w sposób rzetelny wszystkich elementów, jakie na cenę powinny się składać.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia złożone przez SEBCIO są skrajnie lakoniczne i zdawkowe, a także nie zostały poparte żadnymi dowodami, co dla uznania wyjaśnień dotyczących ceny jest wręcz obligatoryjne. Co więcej, treść tych wyjaśnień świadczy wręcz o nierzetelności w kalkulowaniu ceny oferty. Przedmiotowe wyjaśnienia są więc przykładem jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i nie obalają domniemania, że zaoferowana cena, w tym jej istotne części składowe, nie są rażąco niskie, do czego był zobowiązany zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego było naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym jej art. 226 ust. 1 pkt 8,

co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania dla Zadania 11.

W dalszej części odwołujący odniósł się do naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz ustawy Pzp wskazując na wstępie, że zgodnie z przywołanym przepisem, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Przypomniał też, że zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający zobligowany jest do przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dodatkowo, jako gospodarz postępowania zamawiający ustala jego ramy, określa m.in. jakie są jego wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, jakie kryteria kwalifikacji muszą zostać spełnione przez wykonawców, wskazuje na obowiązki w zakresie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, jak również określa wszelkiego rodzaju wymogi o charakterze technicznym i organizacyjnym. Wymogi te określa w publikowanych ogłoszeniach, jak również w dokumentach zamówienia, przy czym po upływie stosownych terminów, np. terminu złożenia oferty, wymogi określające sposób postępowania zamawiającego w stosunku do wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu, są wiążące w ramach tego postępowania dla wykonawców, a przede wszystkim dla zamawiającego. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert postępować w odmienny sposób, niż wynika to z dokumentów zamówienia, co przejawia się nie tylko w zakazie wprowadzania dodatkowych, niewyartykułowanych wcześniej wymogów, pod kątem spełnienia których zamawiający chciałby badać wykonawców lub złożone przez nich oferty, lecz również w zakazie pomijania poszczególnych zapisów dokumentów zamówienia i ominięcia aspektów nimi objętych w procesie badania poszczególnych ofert lub weryfikacji potencjału wykonawców (tak: A Wiktorowski,

A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz

aktualizowany, LEX/ el. 2022, art. 16). Zgodnie z orzecznictwem KIO ocena w ramach kryteriów powinna zostać dokonana wyłącznie w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i ich wag oraz opisu sposobu oceny złożonych ofert (zob. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 304/23).

Obowiązek ujawnienia kryteriów oceny ofert, w sposób czytelny i jasny dla wszystkich zainteresowanych wykonawców już na etapie wszczęcia postępowania, był podkreślany przez TS m.in. w wyroku z 10 maja 2012 r., C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284. Trybunał połączył ten wymóg z innymi obowiązkami zamawiającego w zakresie ustalenia wszystkich warunków i zasad przeprowadzenia postępowania przetargowego, które „powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg” .

Z powyższych założeń wynika zarówno obowiązek dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie kryteriów ujawnionych w dokumentach zamówienia i przez to znanych wszystkim wykonawcom, jak i zakaz zmiany tychże po upływie terminu składania ofert. Ów zakaz zmian kryteriów oceny ofert należy odnieść zarówno do ich katalogu, przypisanych im wag, jak i określonego przez zamawiającego sposobu oceny. Wszystko to razem stanowi bowiem kluczową informację dla każdego wykonawcy sporządzającego ofertę. Współzależność, a dokładniej wynikanie szczegółowych rozwiązań w zakresie treści oferty z przyjętego systemu jej oceny, zostało dostrzeżone jeszcze w 1996 r. w sprawie „SRWT”, w wyroku TS z 25 kwietnia 1996 r., C-87/94, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii, EU:C:1996:161. Niezmienność kryteriów oceny ofert oznacza z jednej strony pewność informacji o ich ocenie, jaką otrzymują wykonawcy, z drugiej zaś strony uniemożliwia po upływie terminu składania ofert naprawę ewentualnych błędów zamawiającego. W szeroko komentowanym wyroku w sprawie EVN AG (Wyrok TS z 4 grudnia 2003 r., C-448/01, EVN AG i Wienstrom GmbH v. Republik Österreich, EU:C:2003:651) Trybunał stwierdził, że nie ma możliwości ograniczenia liczby kryteriów, wedle których winna być oceniana oferta, jeżeli po upływie terminu składania ofert jedno z nich okaże się niedopuszczalne. Innymi słowy, zamawiający nie ma prawa nie tylko dodać do ustalonego na etapie wszczęcia postępowania katalogu nowych kryteriów, ale nie ma prawa także odstąpić od zastosowania jednego z nich.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, odwołujący wskazał, że zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert dla Zadania 11 w Rozdziale 20 lit. b SWZ. Jednocześnie przypomniał, że kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zadania nr 11 to 130 720,00 zł. Z kolei oferta SEBCIO z formularza: 218 165,10 zł. brutto a oferta odwołującego: 93 480,00 zł. brutto. Tym samym, zgodnie ze wskazanym w SWZ opisem sposobu oceny ofert i stosowania kryteriów oceny ofert, punktacja dla tej części powinna przedstawiać się w taki sposób, że wykonawca SEBCIO powinien otrzymać w kryterium cena 25,70 pkt, w kryterium czas rozpoczęcia prac w Rejonie 20 pkt i w kryterium czas ukończenia pozimowego zamiatania 20 pkt. Powyższe daje temu wykonawcy łącznie 65,70 pkt. Z kolei odwołujący, jeśli zastosować wzór przyjęty w SWZ, powinien otrzymać odpowiednio w kryterium cena 60 pkt., w kryterium czas rozpoczęcia prac w Rejonie 20 pkt i w kryterium czas ukończenia pozimowego zamiatania 20 pkt. Tym samym to odwołujący, uzyskując łącznie 100 pkt. w ramach kryteriów oceny ofert powinien zostać wyłoniony w tym postępowaniu dla części nr 11.

Zamawiający z kolei, jak zwrócił uwagę odwołujący, a co wynika z treści zawiadomienia o wyniku postępowania dla zadania 11, do przeliczenia ofert przyjął maksymalną liczbę dób stałej gotowości czyli 183 dni zgodnie z założeniem, że realizacja umowy rozpocznie się od 15 października 2023 do 14 kwietnia 2024 r. W ocenie odwołującego powyższe działanie było nieuprawnione i sprzeczne z ustalonymi i opisanymi w SWZ kryteriami oceny ofert oraz sposobem oceny ofert. W Rozdziale 20 lit. b SWZ brak jest jakiejkolwiek wzmianki, że zamawiający będzie mnożył cenę podaną w formularzu ofert przez 183 dni. Taki sposób oceny ofert powinien być znany wykonawcom już na etapie udostępnienia dokumentacji zamówienia, tak by wykonawcy od początku wiedzieli, w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny

ofert. Ujawnienie tych założeń dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowi nieuprawnioną zmianę sposobu oceny ofert. Wobec powyższego zamawiający nie mógł dokonać przeliczenia wskazanych cen przez liczbę 183 dni czy 5 działań, skoro w Rozdziale 20 lit. b wskazany wzór takich działań matematycznych nie zawiera. Przyjęcie innego, niż wskazany w SWZ, sposobu oceny ofert jest niedopuszczalne i stanowi jednoznacznie o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie - pismo z 19 października 2023 r., wnosząc 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

do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego 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 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 jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu dla zadania 11 i ubiega się o udzielenie zamówienia. Jego oferta, w przypadku gdyby zamawiający dokonał oceny złożonych ofert zgodnie z opisem sposobu oceny zamieszczonym w SWZ - otrzymałaby najwyższą liczbę punktów

w ramach kryteriów i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto, wykonawca który został w tym postępowaniu wybrany zaoferował rażąco niską cenę, w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu. Naruszenia zamawiającego powodują, że odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia mimo, że złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści

i zysków, wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez zamawiającego i odwołującego, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie

zamówienia, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt 3 SWZ jest zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2024. Przedmiot zamówienia został podzielony na 12 zadań, w tym zadanie nr 11 - Rejon 11 Przystanki komunikacji miejskiej. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, maksymalnie na 4 zadania.

Ponadto Izba ustaliła, że w pkt 7 SWZ zamawiający wskazał, że rozpoczęcie realizacji zamówienia nastąpi nie wcześniej niż od dnia 15 października 2023 r. a w przypadku podpisania umowy po tej dacie, realizacja nastąpi od dnia podpisania umowy. Umowa zostaje zawarta na okres do 6 miesięcy, który będzie liczony od dnia rozpoczęcia realizacji umowy i trwać będzie nie później niż do 14 kwietnia 2024 r. lub do wyczerpania środków finansowych pozwalających na wykonywanie prac zgodnie z umową. Umowa obejmuje sezon zimowy 2023/ 2024, przez który należy rozumieć czas od 15 października do 14 kwietnia. Zamawiający może zlecić wykonywanie usługi objętej przedmiotem umowy w każdym dniu trwania umowy. Obowiązującą formą zapłaty za przedmiot zamówienia będzie wynagrodzenie kosztorysowe.

Z kolei opis sposobu obliczenia ceny znalazł się w pkt 18 SWZ, w którym zamawiający przewidział, że: (1) oferowaną cenę należy podać w PLN w formularzu oferty - ZAŁĄCZNIK NR 1 do SWZ; (2) cenę podaną w ofercie należy obliczyć, uwzględniając zakres zamówienia określony w niniejszej specyfikacji; (3) cena określona przez wykonawcę w ofercie nie może ulec zmianie w czasie trwania umowy z zastrzeżeniem art. 455 oraz art. 439 ustawy Pzp - wyłącznie w przypadku, gdy umowa została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy; (4) jeżeli wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

Kryteria oceny ofert opisano w pkt 20 SWZ. Dla Rejonu 11, będącego przedmiotem odwołania, zamawiający wskazał, że kryteriami będą: (1) Cena o wadze 60 %, wyliczona według następującego wzoru Ca=((Cmin/Cof)xWa) x 100 pkt, gdzie: Cmin - najniższa cena, Cof - cena badanej oferty, Ca - liczba punktów w kryterium Wa - waga w ocenianym kryterium; (2) czas rozpoczęcia prac w Rejonie o wadze 20 % (miejsca rozpoczęcia prac określone w OPZ) nie

może być krótszy niż 20 minut i nie dłuższy niż 60 minut. Zaproponowanie w ofercie czasu rozpoczęcia prac poniżej 20 minut nie będzie dodatkowo punktowane. W takim przypadku do obliczeń zostanie przyjęta wartość 20 minut. Zaproponowanie w ofercie czasu rozpoczęcia prac powyżej 60 minut spowoduje odrzucenie oferty; (3) czas ukończenia pozimowego zamiatania o wadze 20 % nie może być krótszy niż 10 dni i nie dłuższy niż 20 dni. Zaproponowanie w ofercie czasu pozimowego zamiatania poniżej 10 dni nie będzie dodatkowo punktowane. W takim przypadku do obliczeń zostanie przyjęta wartość 10 dni. Zaproponowanie w ofercie czasu pozimowego zamiatania powyżej 20 dni spowoduje odrzucenie oferty.

Opis sposobu przygotowania i oceny ofert zawarto w pkt 15 SWZ, w którym zamawiający zawarł między innymi wymaganie, iż oferta powinna być sporządzona czytelnie, na formularzu oferty o treści Załącznika nr 1 do SWZ. Treść oferty musi być zgodna z warunkami zamówienia. Wszelkie wymagane dokumenty stanowią załączniki do oferty. Wraz z ofertą należało złożyć wypełniony formularz cenowy - o treści zgodnej z wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ. Formularz cenowy dla zadania 11 został skonstruowany w taki sposób, iż opisywał zakres działań (kol. 2): doba akcji zima, koszt dobowy stałej gotowości oraz pozimowe zamiatanie. W kolejnych kolumnach podano: cena jednostkowa netto w zł. (kol. 3), szacowana ilość działań na jeden sezon zimowy gwarantowana (kol. 4), szacowana ilość działań na jeden sezon zimowy z opcją (kol. 5), wartość netto gwarantowana (kol. 3x4), wartość netto z opcją (kol. 3x5). Pod tabelą zamieszczono następujące instrukcje: (*) Formularz Cenowy należy załączyć do oferty; (**) Do formularza ofertowego należy przenieść kwotę z pozycji "RAZEM netto", Vat (23%), wartość brutto; (***) Szacunek ilościowy prac, został określony wyłącznie po to, aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Liczba zamawianych usług może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, jednakże wartość całkowita zamówienia nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej na to zadanie w budżecie zamawiającego; (****) W pozycji "koszt dobowy stałej gotowości" proszę podać kwotę za dobę stałej gotowości, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Wynagrodzenie za stan gotowości wypłacane będzie po zakończeniu każdego miesiąca, w okresie od 15 października do 14 kwietnia lub od dnia podpisania umowy do dnia jej rozwiązania, za każdą dobę utrzymania gotowości. Rozliczenie stałej gotowości będzie ilorazem dób z danego miesiąca a kwotą wskazaną przez wykonawcę w formularzu cenowym.

Na podstawie akt sprawy ustalono, że wykonawcy mieli wątpliwości do zapisów SWZ, w tym w zakresie dotyczącym Formularza cenowego i Formularza ofertowego. W piśmie z 1 września 2023 r. zamawiający, w odpowiedzi na Pytanie nr 1 o treści: Proszę o informację,

którą pozycję z formularza cenowego przenieść do formularza ofertowego. W załączniku nr 6 "Formularz cenowy" w kolumnie nr 6 "Wartość netto gwarantowana" zlicza się automatycznie tylko suma/ kwota w wierszu wartość netto, natomiast pozostałe wartości czyli Razem netto, Vat, wartość brutto, zliczają się automatycznie tylko w kolumnie nr 7 "Wartość netto z opcją". W związku z powyższym proszę o informację, czy do formularza ofertowego przenieść kwoty z pozycji Razem netto, Vat i wartość brutto z KOLUMNY 7, czy ręcznie zliczyć te wartości w kolumnie nr 6 (z tym, że wartość netto i razem netto będzie w kolumnie 6 tą samą kwotą), udzielił następujących wyjaśnień: Do formularza cenowego należy przenieść kwotę z pozycji "RAZEM netto", Vat (23%), wartość brutto z kolumny 7 - Wartość netto z opcją.

Skład orzekający ustalił ponadto, że swoje oferty w postępowaniu dla zadania 11 złożyli odwołujący i wykonawca SEBCIO. Ten pierwszy zaoferował, zgodnie z Formularzem oferty, za wykonanie zamówienia cenę 93 480,00 zł., z kolei oferta SEBCIO opiewała na kwotę 218 165,10 zł. Powyższe wynikały z obliczeń, zawartych w Formularzach cenowych, które przedłożyli wykonawcy wraz z ofertą.

Zamawiający podał także kwotę, jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia - 130 720,00 zł. brutto.

W dniu 19 września 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę SEBCIO, powołując się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Zamawiający poinformował, że zgodnie z załączonym formularzem cenowym dokonał przeliczenia pozycji - Koszt dobowy stałej gotowości, mnożąc podaną cenę jednostkową przez 183 dni. W związku z powyższym całkowita cena oferty wykonawcy SEBCIO dla zadania nr 11 wynosi 300 993,30 zł. brutto i jest niższa o 31 % od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający poprosił, aby udzielając wyjaśnień wykonawca uwzględnił odpowiednio aspekty takie jak: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych; wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy; zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym

realizowane jest zamówienie; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

W dniu 24 września 2023 r. wykonawca SEBCIO złożył zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Na wstępie oświadczył, że wszystkie elementy cenotwórcze zostały w niej uwzględnione. Ponadto wskazał, że w porozumieniu z pracownikami zrezygnował ze stawki godzinowej na rzecz ryczałtu za odśnieżenie jednego przystanku i, że jest to system bardzo motywujący dla pracowników, pozwalający im zwiększyć swoje zarobki, a jednocześnie prace są wykonywane szybciej, bez tzw. naciągania godzin. System ten wyeliminował niepotrzebne przestoje i przerwy. Wspólnie ustalona stawka za odśnieżenie jednego przystanku wynosi 5 złotych. Ponadto oświadczył, że zaproponowana cena uwzględnia również koszt chlorku magnezu, którego posiada spory zapas z lat ubiegłych. Według obliczeń i wytycznych ochrony środowiska na przystanki powinno wystarczyć około 1,5 tony chlorku magnezu, co w jego wypadku daje kwotę 1900 złotych plus piasek około 1 tony - 40 złotych - to daje kwotę 1940 zł. netto. W przeważającej części do odśnieżania używa sprzętu mechanicznego w postaci samochodu multicar, co znacznie zwiększa szybkość i efektywność odśnieżania. W oferowanej cenie “Doby Akcji Zima” zawarto tylko te elementy cenowe, mające bezpośredni wpływ na wysokość ceny. Pozostałe koszty ubezpieczenia pracowników, utrzymania w gotowości sprzętu itp., zostały zaliczone do ceny utrzymania gotowości, która wynosi 370 zł netto dziennie - jest to kwota, która w pełni pokrywa koszty utrzymania stałej gotowości. Wykonawca SEBCIO nadmienił także, że koszty te są podzielone również na inne prace realizowane podczas braku opadów śniegu. Chodzi o to, że pracownicy nie siedzą na bazie i czekają na opady śniegu, tylko po analizie prognoz pogodowych wykonują również inne prace. Z kolei do pozimowego zamiatania używa sprzętu mechanicznego w postaci zamiatarek jak również odkurzaczy mechanicznych,

co w znacznym stopniu przyczynia się do obniżenia kosztów. Wykonawca SEBCIO podał następujące ceny na podstawie których wyliczono kwotę “Doba Akcji Zima”: (1) Wynagrodzenie pracowników 394 przystanki x 5 zł. = 1970 zł.; (2) Chlorek Magnezu z piaskiem 1940 zł.; (3) Paliwo ok. 400 zł.; (4) Zakładany zysk 1690 zł. Razem: 6 000 zł. netto. Reasumując stwierdził, że przedstawiona oferta jest dla niego zadowalająca i pozwoli na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 26 września 2023 r. poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 11. Uzasadniając swój wybór wskazał między innymi, że w celu sprawdzenia czy złożone oferty mieszczą się w kwocie, którą

przeznaczył na realizację zamówienia, zgodnie z załączonym formularzem cenowym dokonał przeliczenia cen jednostkowych przez ilości działań gwarantowanych tj. Doba Akcji Zima - 5 działań, Koszt dobowy stałej gotowości - 183 dni - zgodnie z informacją zamieszczoną w formularzu cenowym w pozycji "koszt dobowy stałej gotowości” należało podać kwotę za jedną dobę stałej gotowości, ponieważ zamawiający nie ma informacji kiedy zostanie podpisana umowa, szacowana ilość została określona wyłącznie po to, aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Zamawiający do przeliczenia ofert przyjął maksymalną ilość dób stałej gotowości czyli 183 dni zgodnie z założeniem, że realizacja umowy rozpocznie się od 15 października

2023 r. do 14 kwietnia 2024 r. Zamawiający wskazał, że ceny po przeliczeniu wynoszą: (1) wykonawca SEBCIO wartość brutto oferty z opcją 300 993,30 zł., wartość gwarantowana po przeliczeniu pozycji koszt stałej gotowości: 120 183,30 zł. brutto; (2) odwołujący wartość brutto oferty z opcją 765 060,00 zł., wartość gwarantowana po przeliczeniu pozycji koszt stałej gotowości : 689 107,50 zł. brutto. W konsekwencji oferta wykonawcy SEBCIO, która otrzymała 100 punktów, nie podlega odrzuceniu oraz jest zgodna z treścią SWZ, została wybrana w postępowaniu dla zadania nr 11.

Z powyższym nie zgodził się odwołujący, wnosząc w dniu 6 października 2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniach Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, rację ma bowiem odwołujący, że zamawiający naruszył wskazywane przez niego przepisy ustawy Pzp, gdyż dokonał oceny złożonych ofert w sposób niezgodny z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny ofert, zawartymi w Rozdziale 20 lit. b SWZ, jak też dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę SEBCIO pomimo, że dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, powinna doprowadzić do stwierdzenia, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie. I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Z kolei art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 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.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do podnoszonych przez odwołującego zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny złożonych ofert w sposób niezgodny z kryteriami opisanymi w SWZ. Zarzuty w tym zakresie, zdaniem Izby, potwierdziły się, gdyż zamawiający dokonując oceny ofert w zakresie jednego z kryteriów tj. cena o wadze 60 %, zmienił zasady tej oceny i przyjął, jako cenę oferty, cenę wynikającą z dokonanych przez siebie przeliczeń, a następnie wynik tych przeliczeń podstawił do wzoru opisanego w SWZ. Co kluczowe w niniejszej sprawie, a co wprost wynika z treści zawiadomienia o wyniku postępowania dla zadania 11, do przeliczenia ofert zamawiający przyjął maksymalną ilość dób stałej gotowości czyli 183 dni zgodnie z założeniem, że realizacja umowy rozpocznie się od 15 października 2023 do 14 kwietnia 2024 r., przy czym taki sposób oceny nie wynika z przyjętego w SWZ sposobu obliczenia ceny oferty.

Zamawiający, wbrew jednoznacznemu opisowi, zawartemu w Rozdziale 20 lit. b SWZ, w którym opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobem oceny ofert dla Zadania 11, do podanego wzoru według którego dokonywał obliczenia punktów w kryterium cena, przyjął wartości (ceny ofert) inne, niż wynikające z treści Formularza oferty. Działanie takie było nieuprawnione, gdyż sposób

działania zamawiającego nie wynikał z żadnych zapisów SWZ, w tym zapisów czy też uwag, które poczynił zamawiający w treści Formularza cenowego - załącznik nr 6 do SWZ. Jeśli intencją zamawiającego było, aby do wzoru podstawić inną wartość, niż wynikająca z Formularza oferty, w którym każdy wykonawca deklarował, że oferuje realizację zamówienia za podaną w nim cenę (ustaloną na podstawie wyliczeń zawartych w Formularzu cenowym) -winien to jednoznacznie wyartykułować w treści SWZ.

Należy w tym miejscu podkreślić, że kluczowe znaczenie przy badaniu prawidłowości oceny ofert przez zamawiającego mają postanowienia dokumentacji zamówienia, a SWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Równocześnie stanowi dokument, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, wykonawca zaś na jej podstawie uzyskuje widzę jakie warunki musi spełnić, jakie dokumenty przedstawić, w końcu też w jaki sposób zamawiający dokona oceny złożonych w postępowaniu ofert. Podkreślić należy, że ocena ofert w ramach kryteriów oceny jest kluczowa dla ustalenia rankingu złożonych w postępowaniu ofert, to ona decyduje w dużej mierze o tym, któremu z wykonawców zostanie powierzona realizacja zamówienia. Jeśli, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, zamawiający już po otwarciu ofert, dokona oceny ofert w sposób odbiegający od jasno i precyzyjnie wyartykułowanych wymagań SWZ - to takie postępowanie godzi w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania, jawności i przejrzystości.

Skoro zatem cena oferty SEBCIO, podana w formularzu oferty wynosiła: 218 165,10 zł. brutto a oferta odwołującego: 93 480,00 zł. brutto to, zgodnie ze wskazanym w SWZ opisem sposobu oceny ofert i stosowania kryteriów oceny ofert, przy obliczaniu punktacji w kryterium cena dla Zadania 11, to te wartości należało podstawić do wzoru wskazanego w SWZ. Tylko taki sposób działania należy uznać za poprawny, gdyż taki wynika z brzmienia Rozdziału 20 lit. b SWZ. Tymczasem zamawiający, w sposób nieuprawniony, albowiem sprzeczny z ustalonymi przez siebie i opisanymi w SWZ kryteriami oceny ofert oraz sposobem oceny ofert - przemnożył jedną z cen podanych w formularzu cenowym (koszt stałej gotowości) przez 183 dni. Taki sposób oceny ofert nie był podany do wiadomości wykonawców na etapie przekazania im dokumentów zamówienia. Zamawiający po otwarciu ofert dokonał zatem nieuprawnionej zmiany sposobu oceny ofert, poprzez przyjęcie innego niż wskazany w SWZ sposobu oceny

ofert. Działanie takie jest wskazano powyżej jest niedopuszczalne i stanowi jednoznacznie o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Już tylko uwzględnienie powyższych zarzutów powoduje, że oferta odwołującego miałaby szansę być wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż oceniona zgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami - uzyskałaby ocenę najwyższą.

Niezależnie od powyższego należało także przyznać rację odwołującemu, że zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SEBCIO w sytuacji, gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana przez niego w ofercie cena nie jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie należy zauważyć, że wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w tym zakresie orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie „na podstawie dotychczasowego orzecznictwa należy wskazać, że termin ten dotyczy ceny oderwanej całkowicie od realiów rynkowych (zob. wyrok SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r.- XIX Ga 128/08, wyrok KIO z 28 marca 2013 r., KIO 592/13, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r. KIO 1562/11, wyrok KIO z 17 czerwca 2019 r., KIO 992/19). (…) W wyroku z 24 listopada 2017 r., KIO 2373/17 KIO wyjaśnia, że: Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku.” (tak w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 15 grudnia 2021 r., XXIII

Zs 116/21).

Z kolei o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje badanie, czy jest ona realna, a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia.

Przypomnieć należy ponadto, że zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny

lub kosztu. Stanowią o tym przepisy art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, 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 w przepisach okoliczności, a następnie jego obowiązkiem jest dokonanie oceny złożonych wyjaśnień. Jeśli więc zamawiający stwierdzi, że wyjaśnienia nie zostały złożone, są niepełne czy też ocena tych wyjaśnień doprowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę - zamawiający odrzuca ofertę. W tym miejscu podkreślić należy, co istotne w okolicznościach przedmiotowej sprawy, że rolą zamawiającego jest w takim przypadku wyłącznie dokonanie pełnej analizy przedłożonych wyjaśnień, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, biorąc pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwań w tym piśmie sformułowanych, a następnie dokonanie oceny, czy te zawierają wszystkie niezbędne elementy. Zamawiający nie jest uprawniony w szczególności do tego, aby przy podejmowaniu decyzji co do tego, czy cena zaproponowana przez danego wykonawcę nie jest rażąco niska, poszukiwać argumentów, które mają o tym świadczyć, poza samą treścią pisma przekazanego mu w toku postępowania. Nie może zatem powoływać się np. na to, że dany wykonawca wcześniej realizował dla niego zamówienia, czy też powoływać się na okoliczności jemu znane, a nie wymienione w treści wyjaśnień, które to miałyby dowodzić, że za cenę przedstawioną w ofercie możliwa jest realizacja zadania.

Jak ustalił skład orzekający zamawiający skierował do wykonawcy SEBCIO wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, gdyż jak stwierdził cena jego oferty dla zadania nr 11 jest niższa o 31 % od szacunkowej wartości zamówienia. Dodatkowo, analiza treści wezwania, skierowanego do SEBCIO nie pozostawia wątpliwości co do tego, jakich informacji oczekiwał on od tego wykonawcy: złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. W treści pisma przytoczone zostały wprawdzie wyłącznie aspekty, wynikające z treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże obowiązkiem wykonawcy było do powyższych co najmniej się odnieść. Przy czym, co także należy zaznaczyć, z racji tego, że to na wykonawcy wezwanym ciąży obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, w swoich wyjaśnieniach wykonawca nie może poprzestać wyłącznie na złożeniu samych oświadczeń czy deklaracji, że wszystkie te elementy wziął pod uwagę, wyliczając cenę swojej oferty. Jego obowiązkiem jest co

najmniej przedstawienie kalkulacji ceny ofertowej oraz, co również wynika z treści cytowanych przepisów, swoje twierdzenia poprzeć stosownymi dowodami.

Tymczasem w treści złożonych wyjaśnień brak jest jakiejkolwiek kalkulacji, pozwalającej stwierdzić w jaki sposób i opierając się na jakich podstawach, wykonawca ten wycenił swoją ofertę na poziomie zadeklarowanym w Formularzu oferty. Przypomnienia wymaga, że przedmiotem zamówienia są usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg na terenie miasta Gliwice,

a zakresem zadania 11 objęto prace polegające na odśnieżaniu przystanków. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób szczegółowy, precyzując jaki zakres czynności należy wykonać w ramach tego zadania, określił ilość przystanków, jak też maksymalny czas w jakim wykonawca ma obowiązek prace objęte zamówieniem zrealizować. Powyższe dane pozwalały wykonawcy

na to, aby w sposób szczegółowy odnieść się do zakresów prac przewidzianych w SWZ i przedstawienia swoich założeń i wyliczeń. Pomimo tego wykonawca SEBCIO ograniczył się do lakonicznych twierdzeń, które w żaden sposób nie prezentują w jaki sposób uzyskał on taką, a nie wyższą cenę oferty. Oświadczył jedynie, że przyjął w swojej kalkulacji wynagrodzenie w wysokości 5,00 zł. za 1 przystanek, gdyż jak wskazał taką kwotę ryczałtu przyjął, w porozumieniu ze swoimi pracownikami. Twierdzenia powyższe należy uznać za gołosłowne, gdyż po pierwsze wykonawca nie przedstawił żadenego dokumentu, z którego wynikałoby, że doszło do zawarcia takiego porozumienia, a ponadto, wykonawca ten nie zadeklarował ile osób i jakim sprzętem zamierza wykonać powierzony mu w umowie zakres, biorąc pod uwagę, że na terenie Gliwic jest 158 przystanków, które mają zostać odśnieżone do 3 h od ustania opadów, a kolejne 236 szt. do 6 h od ustania opadów.

Nie sposób także w treści wyjaśnień odnaleźć elementy, które w sposób jednoznaczny odnosiły się do tych zagadnień, które wskazał w swoim piśmie zamawiający, a które wynikały z przepisów art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe wydaje się szczególnie istotne w świetle wymagań, które opisał zamawiający w SWZ, dotyczących zatrudnienia osób na postawie umowy o pracę. SEBCIO, pomimo precyzyjnie sformułowanego wymogu co do tego, że wyjaśnienia mają dotyczyć kwestii zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, w ogóle do tego elementu się nie odniósł.

Tym samym należy przyznać rację odwołującemu, który twierdzi, że już sama ta okoliczność, że odwołujący nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych wyliczeń,

w żaden sposób nie wskazał w jaki sposób kalkulował cenę swojej oferty, a jedynie wymieniał szereg okoliczności, które jego zdaniem wpływały na poziom ceny - winna skutkować uznaniem, że nie wykazał on, mimo konkretnego wezwania

zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

SEBCIO przywołał wprawdzie w wyjaśnieniach kilka okoliczności, które miały dowodzić, że podana przez niego w ofercie cena jest racjonalna i umożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, jednakże opierał się w tym zakresie wyłącznie na deklaracjach. Nie podjął nawet próby wykazania, że owa wskazywana w ofercie kwota została wyliczona w sposób rzetelny i została oparta na jakichś określonych podstawach. Ograniczył się wyłącznie do oświadczeń dotyczących na przykład tego, że cena uwzględnia koszt chlorku magnezu, którego ma zapas z lat ubiegłych, nie wskazując nawet w treści wyjaśnień jakie ma zapasy tego produktu (czy wystarczą na wykonanie minimalnego zakresu zamówienia tj. co najmniej 5 akcji zima), kiedy go zakupił i za jaką cenę. SEBCIO wskazał jednocześnie kwotę 1 900 zł. za 1,5 tony chlorku magnezu, która to ilość ma wystarczyć do odśnieżenia przystanków, podczas gdy jak wykazał odwołujący, za pomocą dowodów załączonych do odwołania w postaci przykładowych ofert dotyczących zakupu tego materiału, aktualnie cena za 1 tonę waha się pomiędzy 1 875 zł. a 2 600 zł. netto. Powyższe oznacza, że cena za 1,5 tony wynosi od 2 812,50 zł. do 3 900,00 zł. netto, nie uwzględniając przy tym kosztów transportu. Nie budzi wątpliwości, że powyższe stanowi znaczący koszt, który ponieść musi wykonawca w związku z realizacją tego zamówienia, tymczasem SEBCIO nie przedstawił ani żadnych szczegółowych kalkulacji w tym zakresie, nie załączył także żadnych dowodów potwierdzających fakt, że posiada zapasy chlorku magnezu i za jaką cenę go zakupił.

Kolejny aspekt, który SEBCIO poruszył w swoich wyjaśnieniach, a który nie został przez niego opisany szczegółowo dotyczy posiadanego przez niego sprzętu mechanicznego. Zadeklarował, że posiada samochód multicar, który to ma zwiększać szybkość i efektywność odśnieżania, nie wyjaśniając w jaki sposób fakt jego posiadania przekłada się na możliwość obniżenia ceny ofertowej. Równie gołosłowne są deklaracje złożone w wyjaśnieniach dotyczące posiadanego sprzętu mechanicznego w postaci zamiatarek i odkurzaczy mechanicznych, w tym zakresie również brak szczegółów na temat tego iloma sprzętami wykonawca dysponuje, czy stanowią jego własność, w końcu w jakim stopniu przyczyni się to do obniżenia ceny ofertowej.

Zabrakło także w wyjaśnieniach wykonawcy SEBCIO istotnych elementów, o które zamawiający prosił w treści wezwania a dotyczących tego czy sporządzona przez niego kalkulacja uwzględnia obowiązujące przepisy dotyczące kosztów pracy, których wartość przyjęta

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace 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 oraz, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Do powyższych kwestii wykonawca SEBCIO w ogóle się nie odnosi. Stwierdza jednocześnie,

że w porozumieniu z pracownikami zrezygnował ze stawki godzinowej, co ma wynikać z zawartego porozumienia. Powyższe budzi uzasadnione wątpliwości, zwłaszcza w kontekście wymagań zamawiającego dotyczących tego, że jak wskazano w treści OPZ dla zadania 11, wykonawca chcący realizować to zamówienie powinien posiadać minimum 20 pracowników (operatorów sprzętu, pracowników ręcznych), zatrudnionych na umowę o pracę (str. 15 OPZ, lit. e). Zamawiający, oceniając powyższe wyjaśnienia pominął zatem całkowicie powyższe nieścisłości, nie zwrócił także uwagi, że zabrakło w nich tak istotnego elementu, jak wskazania przez wykonawcę ile osób skieruje do wykonania tego zadania i, co kluczowe czy osoby te będą otrzymywały co najmniej wynagrodzenie nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zabrakło w piśmie SEBCIO chociażby deklaracji w tym przedmiocie, nie mówiąc o szczegółowych wyliczeniach pokazujących czy owe minimalne stawki, które otrzymają pracownicy, zostały uwzględnione w kalkulacji dla tej części. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznaje, że „nie ma wglądu w szczegółowe kalkulacje kosztów osobowych poszczególnych wykonawców", potwierdzając tym samym, iż dostrzegł, że wykonawca SEBCIO takich nie przedstawił, a przecież zamawiający w swoim wezwaniu o takie poprosił.

Powyższe wskazuje, że złożone przez SEBCIO wyjaśnienia należy uznać za ogólne, nie odnoszące się w pełni do warunków realizacji i zakresu zamówienia. Składając swoje wyjaśnienia wykonawca ograniczył się wyłącznie do składania oświadczeń, że jego oferta jest na poziomie rynkowym i pozwala na realizację zamówienia, co prowadzi do uznania, że te były na tyle lakoniczne, nie odnoszące się do sposobu i podstaw kalkulacji ceny jego oferty, że nie sposób uznać, aby na ich podstawie zamawiający mógł dojść do przekonania, że oferowana cena za realizację zamówienia publicznego nie jest ceną rażąco niską. Nie sposób zgodzić się z oceną zamawiającego, który w swojej odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że skoro cena zaoferowana przez SEBCIO jest zbliżona do tej, którą oferował odwołujący w roku 2022 i, skoro wykonawca ten jest konsekwentny w kalkulowaniu swojej ceny (zamawiający porównywał ceny z roku 2022

i 2023) - należy uznać, że ta nie jest rażąco niska. Argumentacja taka nie zasługuje na aprobatę głównie z tego powodu, że o tym iż nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską musi wynikać z treści złożonych wyjaśnień, a nie z porównania cen do poziomu z lat poprzednich, czy też oferowanych przez innych. Z tych, które przedłożył w postępowaniu SEBCIO, nie wynika w jaki sposób i na jakiej podstawie zadeklarował cenę na takim poziomie. Brak kalkulacji ceny ofertowej powoduje, że ocena zamawiającego jest nieuprawniona.

Po raz kolejny podkreślić należy, że wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić, w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie

odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. W wyjaśnieniach złożonych przez SEBCIO tych wszystkich elementów zabrakło.

Należy także zwrócić uwagę na inny, istotny element składanych wyjaśnień, którego w tym przypadku również zabrakło. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na

sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

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 opisania 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, gdyż brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Powyższe potwierdzają orzeczenia sądów okręgowych, które również zwracają uwagę na konieczność przedłożenia szczegółowych i kompletnych wyjaśnień. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 138/21: „(…) wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Bez wątpienia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.”

Biorąc zatem pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SEBCIO, w których zabrakło kluczowych elementów, o których wyjaśnienie zamawiający prosił, jak też z uwagi

na to, że należy uznać je za ogólne i nie obejmujące wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność oferty i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na zakres

zamówienia, powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 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.

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.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: ……..