

WYROK

Warszawa, dnia 10 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

GARDEN-COM sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Białystok, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Miasto Białystok (ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zimowe utrzymanie miasta Białegostoku”, znak sprawy: DGK-IV.271.63.2023, Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2023 r. pod numerem 00775231-2023 (numer wydania: Dz.U. S: 246/2023) (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 10 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia GARDEN-COM sp. z o.o. (ul. Octowa 4C, 15-399 Białystok).

Po udostępnieniu w dniu 13 maja 2024 r. przez Zamawiającego kopii odwołania w tym samym dniu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (ul. 42 Pułku Piechoty 48 15-950 Białystok), którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego (dalej MPO lub Przystępujący). Izba uznała przystąpienia za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części XVII Postępowania wobec czynności Zamawiającego na niezgodnych z ustawą:

1) zaniechania odrzucenia w części XVII oferty wykonawcy MPO, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) zaniechania odrzucenia w części XVII oferty wykonawcy MPO, która zawiera rażąco niską cenę;

3)zaniechania odrzucenia w części XVII oferty wykonawcy MPO, którego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

4)wyboru oferty MPO jako najkorzystniejszej w części XVII.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia w części XVII oferty MPO, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia ponieważ w cenie Akcji Biernej (pozycja 1 załącznika nr 17 do formularza ofertowego - KALKULACJA CENY OFERTOWEJ Część XVII zamówienia /dot sektora O/) wykonawca ten w ogóle nie wycenił pracowników wykonujących czynności w ramach tej akcji, pomimo wyraźnego obowiązku wynikającego w tym zakresie z dokumentów zamówienia (rozdział III ust. 8, rozdział XVI ust. 7 oraz rozdział XVIII ust. 1 i 3 specyfikacji warunków zamówienia, a także §4 ust. 1 załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia), jak również nie skalkulował kosztów paliwa dla poszczególnych Akcji, w szczególności Akcji Czynnej;

art 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1, ust. 3-6 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MPO w części XVII zamówienia, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez MPO, które to wyjaśnienia nie były kompletne, konkretne, rzetelne i wiarygodne i nie mogły wraz z dowodami stanowić podstawy dla uznania, że MPO uzasadnił podaną w ofercie cenę i w konsekwencji poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 i ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia w części XVII oferty MPO, która zawiera rażąco niską cenę z uwagi na niedoszacowanie lub brak oszacowania przez tego wykonawcę istotnych części składowych ceny tj. kosztów pracy i paliwa oraz brak zgodności kalkulacji z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia;

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części XVII; odrzucenie oferty MPO; ponownej oceny ofert w części XVII Postępowania.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ oraz stanowiący doń załącznik nr 8 projekt umowy oraz nr 17 kalkulacja ceny ofertowej dla części XVII, oferty, wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny MPO oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny MPO wraz z załącznikami. Odwołujący przedłożył dodatkowo Harmonogram wywozu odpadów realizowanych przez MPO w 2024 oraz 2024/2025, fakturę na Odwołującego na zakup paliwa z 14 maja 2024 r., protokołów odbioru przez Zamawiającego od Odwołującego usług zrealizowanych w sezonie zimowym 2024 w ramach zawartej umowy na zimowe oczyszczanie miasta dla sektora IV z zestawieniem rodzajów przeprowadzonych w okresie stycznia 2024 przez Odwołującego Akcji Czynnych, Akcji Biernych oraz Akcji Interwencyjnych. Przystępujący przedłożył dodatkowo porównanie cen ofertowych złożonych w ramach Postępowania dla różnych sektorów z cenami ofertowymi złożonymi w analogicznym postępowaniu na sezon 2022/2023/2024, zestawienie zapisów z kont MPO dla kontraktu realizowanego na rzecz Zamawiającego na sektor obwodowy (część XVII) rzeczywiście poniesionych kosztów za sezon zimowy 2024, zestawienie kosztów, uzyskanych przychodów ze sprzedaży usług, zysku oraz udziału zysku w sprzedaży dla MPO w ramach kontraktu realizowanego na rzecz Zamawiającego na sektor obwodowy (część XVII) na sezon zimowy 2024.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyla się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika oddaliła zarzuty wobec nie wykazania przez Odwołującego, że cena ofertowa lub istotne części ceny są rażąco niskie, co uzasadniałoby odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu ani, że oferta MPO jest niezgodna z warunkami zamówienia wobec nie wycenienia w cenie Akcji Biernej pracy osób wykonujących czynności w ramach tej akcji, oraz nie wycenienia kosztów paliwa dla poszczególnych Akcji, w szczególności Akcji Czynnej, a także określenia wynagrodzenia pracowników na poziomie niższym od minimalnego.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentacji Postępowania, w szczególności SWZ, ofertach, wezwaniach do wyjaśnień oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i dodatkowo zestawieniach kosztów MPO. Oceniając materiał dowodowy Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie. W zakresie dowodu Izba uznała, że:

- harmonogram wywozu odpadów przez MPO – nieprzydatny dla wykazania zasadności zarzutów - wskazuje jedynie, że MPO realizuje usługi polegające na wywozie odpadów komunalnych na rzecz wielu zamawiających, w tym również Zamawiającego;
- faktura na paliwo Odwołującego oraz MPO – nieprzydatny dla wykazania zasadności zarzutów - wskazuje jedynie, że na rynku pozyskać można różne ceny na paliwo, w tym również niższe od pozyskanej przez MPO w maju 2024 r.;
- protokół odbioru usługi zimowego utrzymania głównych ulic Zamawiającego w sektorze IV (część IV postępowania) wraz z zestawieniem Akcji za styczeń 2024 – nieprzydatny dla wykazania zasadności zarzutów - wskazuje jedynie specyficzną dla sektora IV liczbę Akcji Biernych, Akcji Czynnych i Akcji Interwencyjnych w sezonie zimowym 2024.

Izba stwierdza, że spór dotyczył uznania za prawidłowe i wystarczające w świetle przepisów Ustawy i wezwań do wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi przez MPO wyjaśnień rażąco niskiej ceny, charakteru ceny ofertowej i jej części składowych jako wypełniających warunek rażąco niskiej ceny oraz zakresu elementów wycenionych, w tym w świetle wymagań SWZ.

Zarzut w zakresie niezgodności oferty z warunkami zamówienia sprowadzał się do założenia, że MPO nie skalkulował w cenie oferty kosztów pracy osób skierowanych do realizacji czynności w ramach Akcji Biernej oraz kosztów paliwa w ramach poszczególnych Akcji w szczególności w ramach Akcji Biernej, pomimo wyraźnego wymogu Zamawiającego w tym zakresie.

Zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny oraz nieprawidłowości wyjaśnień a także braku lub zbyt niskiej kalkulacji kosztów wynagrodzenia pracowników oraz paliwa w ramach akcji sprowadzał się do polemiki z wyjaśnieniami MPO oraz przedstawieniem własnych kalkulacji Odwołującego kosztów wynagrodzenia i paliwa, o jakie powinny zostać uzupełnione kalkulacje poszczególnych Akcji z wyjaśnień MPO.

Odwołujący przyjmując założenie:

- nieuwzględnienia przez MPO w kalkulacji kosztów wynagrodzenia pracowników dla kalkulacji Akcji Biernej oparł się na literalnym brzmieniu kalkulacji części składowych ceny zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny MPO, gdzie w kalkulacji ceny dla Akcji Biernej zawarto pozycje opisane jako: „koszt utrzymania pojazdów”, „koszty napraw, serwisowania pojazdów”, „pozostałe koszty (ubezp.mienia, opł.srodowisk)”, „koszty wydziałowe/ogólnozakładowe”, „inflacja ok.15%”, „marża ok.10%”. Podczas gdy dla Akcji Interwencyjnej i Akcji Czynnej dodatkowo MPO w przedstawionych kalkulacjach wskazało pozycję: „koszty wynagrodzenia pracowników”, co w ocenie Odwołującego przemawia o nieuwzględnieniu kosztów i sprzeczności oferty z SWZ oraz zaniżeniu ceny;
- kosztów paliwa dla kalkulacji wszystkich akcji oparł się na literalnym brzmieniu kalkulacji Akcji biernej, Akcji czynnej i Akcji interwencyjnej z wyjaśnień rażąco niskiej ceny MPO, które nie zawierają odrębnej pozycji dla kosztów paliwa, co w ocenie Odwołującego przemawia o nieuwzględnieniu kosztów i sprzeczności oferty z SWZ oraz zaniżeniu ceny;

Rażące zaniżenie ceny ofertowej i części składowych ceny oraz niezgodność oferty z warunkami zamówienia MPO Odwołujący wywodził z braku w pozycjach kalkulacji akcji pozycji wynagrodzenia pracowników i kosztów paliwa oraz porównania cen składowych oferty MPO i postulowanej własnej ich wyceny (tj. uzupełnionej o założone przez siebie koszty wynagrodzenia pracowników i paliwa, jakie powinny zostać dodane do kalkulacji poszczególnych części składowych ceny – cen Akcji Biernej, Akcji Interwencyjnej i Akcji Czynnej MPO). Wskazywał, że obowiązek ujęcia w kalkulacji Akcji kosztów wynagrodzenia i paliwa wynika z SWZ.

Odwołujący nie kwestionował innych kosztów cen Akcji Biernej, Akcji Interwencyjnej i Akcji Czynnej MPO.

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ:

1. Zamówienie obejmuje XVIII części, które obejmują różne obszary i zakresy usług, w szczególności usługi obejmujące zimowe oczyszczanie ulic w mieście oraz oczyszczenie obwodnicy miejskiej. W ramach części XVII Postępowania Zamawiający wymaga świadczenia usługi zimowego oczyszczania zewnętrznej obwodnicy miasta Białegostoku, podczas gdy pozostałe dotyczą oczyszczania ulic miejskich;
2. Zakres rzeczowy prac, przewidywane ilości prac oraz istotne postanowienia dotyczące ich realizacji w zakresie części XVII zawierają załączniki nr 8, 13, 20, 31 i 32 do SWZ;
3. Zgodnie z Rozdziałem III SWZ Wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy: Zamawiający wskazał, że: „w zakresie prac określonych w projektach umów, objętych miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym lub wynagrodzeniem w ramach Akcji Biernej, Akcji Interwencyjnej, Akcji Czynnej, wymaga zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. Ustalenie wymiaru czasu pracy oraz liczby osób, Zamawiający pozostawia w gestii wykonawcy lub podwykonawcy, jednak nie może to być ilość mniejsza niż wskazana w § 4 projektów umów stanowiących załączniki 8 -12 do SWZ oraz kierowców wskazanych w tym samym paragrafie. Obowiązki wykonawcy lub podwykonawcy w tym zakresie zostały uregulowane w projektach umów, stanowiących załącznik nr 8-12 do SWZ”.
4. Zgodnie z rozdziałem XVIII SWZ Sposób obliczenia ceny: Ceny zaproponowane w ofercie powinny obejmować pełny zakres zamówienia określony w rozdziale III SWZ i zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. (...) Ceny oraz wyliczoną na ich podstawie cenę ofertową należy przedstawić zgodnie z formularzem ofertowym (załącznik nr 5 do SWZ). (...)W wyniku nieuwzględnienia okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę przedmiotu zamówienia, Wykonawca ponosić będzie skutki błędów w ofercie. Wykonawcy zaleca się zapoznanie się z przedmiotem zamówienia w celu skalkulowania ceny oferty z należytą starannością.”
5. Zamawiający nie wprowadził wymagań odnośnie personelu, wprowadził minimalne wymagania sprzętowe.
6. Zamawiający oczekiwał wskazania ceny brutto obliczonej dla części XVII zgodnie z tabelą dotyczącą sektora O w zał. nr 17 - Część XVII do formularza ofertowego, tj. oczekiwał przedłożenia Kalkulacji ceny ofertowej zawierającej części składowe ceny:
 - Akcja Bierna (prace określone w § 1 ust. 3 lit. a) pkt 1) projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ) - cena jednostkowa za akcję nie wyższa niż 1/5 wartości ceny jednostkowej za Akcję Czynną, łącznie cena za przewidywaną ilość prac w okresie umowy tj. 291 akcji
 - Akcja Interwencyjna (prace określone w § 1 ust. 3 lit. a) pkt 2) projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ) - cena jednostkowa za akcję nie wyższa niż 1/3 wartości ceny jednostkowej za Akcję Czynną, łącznie cena za przewidywaną ilość prac w okresie umowy tj. 120 akcji
 - Akcja Czynna (prace określone w § 1 ust. 3 lit. a) pkt 3) projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ) - cena jednostkowa za Akcję Czynną, łącznie cena za przewidywaną ilość prac w okresie umowy tj. 120 akcji
 - wywóz śniegu (prace określone w § 1 ust. 3 lit. b) pkt 1) projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, zlecane protokołami konieczności) – cena jednostkowa za m3, łącznie 6.000 m3
 - jednorazowe posypywanie i/lub odśnieżanie (prace określone w § 1 ust. 3 lit. b) pkt 2) projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, zlecane protokołami konieczności) – cena jednostkowa za m2, łącznie 1 350 000 m2
 - zamiatanie (prace określone w § 1 ust. 3 lit. b) pkt 3) projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, zlecane protokołami konieczności) – cena jednostkowa za m3, łącznie 2 790 000 m2.
7. Zamawiający oczekiwał realizacji prac objętych ryczałtem na ulicach wymienionych w zał. nr 1 rozdz. I do umowy Odśnieżanie i usuwanie śliskości na ulicach. „Prace te należy wykonywać na bieżąco wg kolejności standardów odśnieżania - zgodnie z § 3 ust. 2 oraz rodzajem akcji. Rozróżnia się następujące akcje:
 - Akcja Bierna (AB) (sezon zimowy) polegająca na:
 - pozostawianiu w dyspozycji Zamawiającego poprzez utrzymywanie w gotowości sprzętu i transportu potrzebnego do wykonywania prac objętych zakresem zimowego utrzymania;
 - pełnieniu dyżurów dyspozytorskich i patrolowaniu dróg poprzez przeprowadzanie systematycznych objazdów, monitorowaniu prognoz pogody. W przypadku wydania ostrzeżenia przez IMGW o możliwości wystąpienia zjawiska marznącego deszczu, gołoledzi, lodowicy, szronu, śniegu lub szadzi, Wykonawca zobowiązany jest do podejmowania działań interwencyjnych polegających na posypywaniu ulic chlorkiem sodu lub mieszanką materiałów uszorstniających. O zagrożeniu i planowanych działaniach Wykonawca ma obowiązek powiadomić Zamawiającego. Zamawiający w ciągu 15 minut dokonuje weryfikacji zgłoszenia i podejmuje decyzję ogłaszając konkretny rodzaj akcji. Jeśli ww. zjawiska wystąpią nagle i nie można ich było przewidzieć na podstawie dostępnych prognoz meteo Wykonawca przystąpi do zwalczania ich skutków natychmiast po powzięciu informacji na ten temat, kierując do prowadzenia prac przynajmniej wszystkie pługo-posypywarki zadeklarowane

przez Wykonawcę w umowie;

zwalczaniu śliskości na mostach, wiaduktach, estakadach oraz zjazdach i podjazdach

usuwaniu sopli lodowych z obiektów inżynierskich;

sprzątaniu powypadkowym, tj. usuwaniu z miejsc po kolizjach i wypadkach wszelkich odpadów zalegających na ulicy (takich jak np.: oleje lub inne płyny eksploatacyjne z pojazdów, elementy odzieży, kawałki zderzaków, szkła, plastiku, krew, itp.). Wskazane czynności należy wykonywać w ciągu 1 godziny po każdorazowym zgłoszeniu telefonicznym przez Zamawiającego oraz na podstawie własnych objazdów i oględzin Wykonawcy (prace te prowadzone są również podczas akcji czynnych i interwencyjnych);

usuwaniu z jezdni wszelkich elementów stanowiących zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu (takich jak np.: rozsypany żwir, kruszywo, asfalt, szkło, kołpaki, butelki, puszki, kawałki desek, elementy gabarytowe, rozlany beton, gałęzie, zalegające liście, itp.). Wskazane czynności należy wykonywać w ciągu 1 godziny po każdorazowym zgłoszeniu telefonicznym przez Zamawiającego oraz na podstawie własnych objazdów i oględzin Wykonawcy (prace te prowadzone są również podczas akcji czynnych i interwencyjnych);

oczyszczanie krater deszczowych należy wykonywać systematycznie w przypadku braku zalegania pokrywy śnieżnej na wpustach ulicznych.

Akcja Bierna funkcjonuje jedynie w sezonie zimowym.

- Akcja Interwencyjna (AI) (sezon przedzimowy, zimowy, pozimowy): polegająca na jednokrotnym posypaniu środkami chemicznymi i/lub płużeniu śniegu wszystkich ulic wymienionych w zał. nr 1 rozdz. I do umowy na całej ich powierzchni w celu likwidacji śliskości lub w celu zapobieżenia możliwości ich występowania na podstawie ostrzeżeń IMGW. W zależności od stopnia zagrożenia i intensywności zjawiska atmosferycznego Wykonawca kieruje adekwatną do sytuacji ilością pługo-posypywarek, jednak co najmniej połowę minimalnej ilości pługo-posypywarek, pod warunkiem, że Wykonawca doprowadzi nawierzchnię jezdni w określonym czasie zgodnie z wymogami wskazanymi w tabeli w §3 ust. 2.

- Akcja Czynna (AC) (sezon przedzimowy, zimowy, pozimowy), polegająca na wykonywaniu czynności związanych z utrzymaniem przejezdności ulic przez usunięcie śniegu i zwalczanie śliskości zgodnie z przyjętymi standardami prowadzenia robót, o których mowa w §3 ust. 2. W akcji uczestniczą co najmniej wszystkie pługo-posypywarki zadeklarowane przez Wykonawcę w umowie, tj. pojazdy przeznaczone do odśnieżania i posypywania ulic. Wszystkie pojazdy mają rozpocząć prowadzenie prac w sektorze w ciągu* od ogłoszenia akcji. Pojazdy biorące udział w AC mogą zjechać na bazę wyłącznie w celu zatankowania, uzupełnienia środków chemicznych, wymiany kierowców lub wystąpienia awarii, a także po zakończeniu zadania. Przerwa w czynnościach wskazanych w zdaniu poprzednim nie może trwać dłużej niż 1 godzinę. W wyjątkowych sytuacjach powyższe zasady mogą ulec modyfikacji po każdorazowym uzgodnieniu z Zamawiającym. Wykonawca ma obowiązek doprowadzić nawierzchnię jezdni do należytego stanu w określonym czasie zgodnie z wymogami wskazanymi w tabeli w §3 ust. 2. Akcja Czynna trwa od momentu uruchomienia do godziny 23:59 dnia, w którym ogłoszono akcję"

Zamawiający przewidywał również prace zlecane protokołami konieczności na ulicach wymienionych i niewymienionych w zał. nr I rozdz. I do umowy (sezon przedzimowy, zimowy, pozimowy) „Rodzaj zleczanych prac:

- wywóz śniegu zgromadzonego w wyniku prowadzonych prac związanych z odśnieżaniem dróg; Wykonawca ma obowiązek wywiezienia śniegu na działkę wskazaną przez Zamawiającego znajdującą się w odległości nie większej niż 10 km od granic sektora.

- jednorazowe, incydentalne odśnieżanie i/lub posypywanie kilku wybranych ulic na terenie sektora;

- zamiatanie ulic polegające na mechanicznym (w razie potrzeby z ręcznym doczyszczaniem) oczyszczaniu ulic z piasku oraz innych zanieczyszczeń na całej szerokości, łącznie z opaskami przykrawężnikowymi, zatokami i parkingami w pasach drogowych, pętlami autobusowymi, wysepkami wraz z wszelkimi innymi powierzchniami utwardzonymi w pasach drogowych (takimi jak np. utwardzone dojazdy do komór ciepłowniczych, betonowe rowy i koryta odwadniające, itp.); zakazuje się zamiatania ulic bez jednoczesnego zraszania wodą ich nawierzchni, w celu wyeliminowania pylenia i kurzenia; zamiatanie głównych ciągów komunikacyjnych w godzinach szczytu (tj. od 7:00 do 9:00 i od 15:00 do 17:00) dopuszczalne jest wyłącznie przy usuwaniu elementów stanowiących zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu lub po uzyskaniu zgody od Zamawiającego; intensywność prac uzgadnia się na min. 8% powierzchni ulic będących w utrzymaniu na dobę przy temperaturze całodobowo dodatniej i na min. 5% powierzchni ulic będących w utrzymaniu na dobę przy temperaturze ujemnej w nocy i dodatniej w dzień; zamiatanie może trwać w sezonie zimowym jak i pozimowym do 30 kwietnia każdego roku trwania umowy; w przypadku wystąpienia ujemnej temperatury i/lub opadów atmosferycznych i/lub zalegania pokrywy śnieżnej

termin wykonania prac zostanie odpowiednio przedłużony w porozumieniu z Zamawiającym;

8. Zamawiający wymagał, aby na etapie realizacji zamówienia „1. Wykonawca powinien dysponować taką ilością ludzi (nie mniejszą niż wskazana w ustępach poniżej), która będzie niezbędna do prawidłowej realizacji zadań objętych umową, uwzględniając wymagania dotyczące wykonawstwa i terminów realizacji. 2. Zamawiający wyklucza możliwość wykorzystania ludzi **zadeklarowanych** przez Wykonawcę w umowie do realizacji innych zadań niż wynikające z umowy w sezonie zimowym. 3. W przypadku realizacji więcej niż jednej części zadania dotyczącego zimowego oczyszczania miasta Białegostoku, wskazane osoby nie mogą się powtarzać. 4. Wykonawca zobowiązany jest do wyznaczenia do realizacji umowy osoby koordynującej prace. W przypadku realizacji więcej niż jednej umowy dotyczącej zimowego oczyszczania miasta Białegostoku, Wykonawca zobowiązany jest do wyznaczenia do realizacji każdego zadania innych osób koordynujących prace. 5. Wykonawca zapewnia do realizacji prac na terenach objętych zamówieniem własnym staraniem i na własny koszt niezbędną minimalną ilość osób wymienionych w tabeli:” (w odniesieniu do części XVII Zamawiający wskazał minimum 2 osoby do ręcznego oczyszczania „6. Zamawiający na każdym etapie realizacji umowy **ma prawo żądać od Wykonawcy przedstawienia wykazu osób skierowanych do realizacji prac** oraz wskazania ich lokalizacji na terenie sektora. 7. Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia odpowiedniej ilości kierowców **plugo-posypywarek**, aby od momentu ogłoszenia akcji do uzyskania właściwego stanu nawierzchni jezdni każdy zadeklarowany w umowie pojazd prowadził czynności w sektorze w sposób ciągły. Ilość zatrudnionych kierowców musi zapewniać możliwość prowadzenia Akcji Czynnej zgodnie z jej definicją przez okres 2 tygodni. **W przypadku realizacji więcej niż jednej części zadania dotyczącego zimowego oczyszczania miasta Białegostoku, osoby wskazane nie mogą się powtarzać, jak również nie mogą być to osoby wskazane do realizacji ust. 4 i 5. 8. Wykonawca ma prawo dokonywać zmian osób przewidzianych do wykonywania zamówienia, o których mowa w ust. 4, 5 i 7 pod warunkiem zachowania ich liczby, która jest niezbędna do należytego wykonywania umowy, co nie stanowi zmiany umowy i nie wymaga pisemnej akceptacji Zamawiającego.** 9. Wykonawca ma obowiązek zapewnić pracownikom realizującym umowę jednolite, estetyczne ubrania robocze z elementami odblaskowymi oraz nakładane na nie kamizelki w kolorach jaskrawych (żółta lub pomarańczowa) z nazwą lub logo Wykonawcy. 10. W związku z zastosowaniem klauzuli społecznej na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę, podwykonawcę i dalszego podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób: osoby do ręcznego oczyszczania (sektor 1 — 3, sektor II - 3, sektor III - 5, sektor IV - 5, sektor V - 5, sektor VI - 5, ~~sektor O-2~~) oraz kierowców **plugo-posypywarek/pojazdów przystosowanych do odśnieżania i posypywania materiałami uszorstniającymi** (sektor 1-7, sektor II - 7, sektor III - 6, sektor IV - 6, sektor V - 5, sektor VI - 5, ~~sektor O - 6~~). Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, pracowników wykonujących czynności określone przez Zamawiającego **przez cały okres wykonywania tych czynności w sezonie zimowym.** 11. W odniesieniu do osób wymienionych w ust. 10, Zamawiający wymaga udokumentowania przez Wykonawcę zatrudnienia, w terminie 7 dni od dnia rozpoczęcia każdego sezonu zimowego i/lub rozpoczęcia świadczenia przez nich pracy poprzez przedłożenie Zamawiającemu wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia ze wskazaniem podmiotu zatrudniającego (Wykonawca/ podwykonawca / dalszy podwykonawca) i załączenie: (...) 12. W przypadku zmiany osób zatrudnionych przez Wykonawcę do wykonywania czynności, o których mowa w ust. 10, Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia stosownych dokumentów, o których mowa w ust. 11 i dotyczących nowego pracownika, w terminie 7 dni od dnia rozpoczęcia świadczenia pracy przez tę osobę. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy w kwestii spełniania przez Wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w ust. 10, w całym okresie obowiązywania umowy. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do: (...)”

9. Zgodnie z umową wykonawca zobowiązany jest wskazać w umowie przedstawiciela i koordynatora prac.

10. Zamawiający rozlicza akcje zgodnie z zasadą, że: „Jeśli w ciągu doby zostanie ogłoszona jedna Akcja Interwencyjna, wówczas Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie zarówno za Akcję Bierną jak i za Akcję Interwencyjną. Jeżeli w ciągu doby ogłoszone zostaną dwie Akcje Interwencyjne, wówczas Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za dwie Akcje Interwencyjne bez wynagrodzenia za Akcję Bierną. Jeżeli w ciągu doby Akcja Interwencyjna przechodzi w Akcję Czynną, wówczas Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za Akcję Czynną. Jeżeli w ciągu doby wystąpi Akcja Bierna i Akcja Czynna, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za Akcję Czynną.”

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że Zamawiający wprowadził do SWZ wymóg zatrudnienia na umowę o pracę określonych pracowników realizujących zamówienie oraz przekazywania ich wykazu Zamawiającemu w

ciągu 7 dni od dnia skierowania a także prawo dokonywania zmian pracowników dedykowanych realizacji bez potrzeby zmiany umowy i uzyskiwania zgody Zamawiającego. Umowa nie wprowadza zakazu delegowania do pracy pracowników innych niż aktualnie wskazania w wykazie oraz pierwszeństwo rozliczania w przypadku dublowania się Akcji Akcji Czynnej przed innymi Akcjami i Akcji Interwencyjnej przez Akcją Bierną.

Izba ustaliła również w oparciu o ofertę w Postępowaniu a także wezwanie do wyjaśnień niekwestionowane przez Odwołującego, bezsporne okoliczności, że:

- 11.cena MPO była o 34,65% niższa od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego powiększonej o podatek VAT; cena MPO stanowi ok. 65,35% wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT i ok. 91,5% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, jak również jest o 15,54% niższa od ceny Odwołującego; Szacowanie wartości zamówienia wykonane zostało z założeniem 97 Akcji Biernych z ceną jednostkową 8.710,34 zł, 40 Akcji Interwencyjnych z ceną jednostkową 14.309,84 zł za jedną akcję i 40 Akcji Czynnych z ceną jednostkową 43.551,69 zł, cena szacunkowa określona została w oparciu o średnie ceny ze wszystkich sektorów.
- 12.cena części składowej ceny ofertowej MPO dla Akcji Biernej to 5.690,00 zł a ceny ofertowej Odwołującego dla Akcji Biernej to 6.570,00 zł;
- 13.Zamawiający wezwał MPO do wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc zadość wymogom ustawowym w oparciu o art. 224 ust. 2 pkt. 1) Pzp; wezwanie miało charakter ogólny i odwoływało się do zapisów Ustawy;
- 14.Motywy wezwania do wyjaśnień nie było powzięcie wątpliwości, co do kalkulacji ceny i jej istotnych części składowych ani możliwości wykonania zamówienia za cenę ofertową MPO i wynikało z porównania wysokości ceny ofertowej MPO i wartości szacunkowej zamówienia (co Izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego mającym oparcie w cenach ofertowych Postępowania i wezwaniu do wyjaśnień a także nie zakwestionowanych przez Odwołującego).

Izba ustaliła w oparciu o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, że:

- 15.Odwołujący przedstawił wyjaśnienia wskazujące na sposób kalkulacji ceny ofertowej, w tym jej części składowych w zakresie opisanym wezwaniem oraz załączył przykładową fakturę na zakup paliwa oraz na zakup soli drogowej;
- 16.W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny MPO wskazał między innymi, niekwestionowane odwołaniem okoliczności, że kalkulacja ceny dokonana została z uwzględnieniem wieloletniego doświadczenia w świadczeniu usług zimowego utrzymania dróg, oszczędności osiąganych dzięki posiadanemu taborowi, potencjałowi ludzkiemu, technicznemu, doświadczeniu oraz mając na uwadze osiągnięcie zysku oraz brak jest na rynku w województwie podlaskim firm z tak dużym zapleczem technicznym jak MPO. MPO podkreśliło między innymi: posiadanie taboru samochodowego niezbędnego do realizacji usługi, bez potrzeby jego uzupełniania, co zmniejsza koszty; używania nowoczesnych solarek, które umożliwiają podczas jednego przejazdu posypanie całej drogi, o szerokości do 14m przy zachowaniu zadanej gramatury, w tym również zwilżonej solanką, co daje oszczędności w ilości soli i przejazdów; posiadania własnego warsztatu i kadry mechaników, gdzie wykonywanych jest około 95% napraw i bieżącej konserwacji, co minimalizuje awaryjność pojazdów i obniża koszty ich eksploatacji; posiadania własnej Stacji Kontroli Pojazdów dokonującej przeglądy; posiadanie własnej stacji paliw, co umożliwia zakup paliw po cenach burtowych np. w miesiącu lutym 2024 r. zakup paliwa następował po cenie około 5,04 zł litr netto (faktura w załączeniu); posiadanie doświadczenia w realizacji przedmiotowego zamówienia na rzecz Zamawiającego dla sektora obwodowego od 2021 r. i skalkulowania ceny w oparciu o rzeczywiste (ponoszone) koszty i znane szczegółowo warunki świadczenia usług od 2021 roku, które w aktualnej ofercie są wyższe o nawet kilkadziesiąt procent niż ceny za jaką MPO realizował tożsame zamówienie w ramach poprzedniego postępowania na lata 2022/2023/2024; należyte wykonywanie tamtej umowy na rzecz Zamawiającego; położenie bazy MPO w odległości ok 100 m od początku dwóch z trzech tras objętych zamówieniem część XVII, co eliminuje stratę czasu i paliwa na dojazd do dróg, które będą posypywane lub odśnieżane i trzeciej oddalonej od bazy o 9,8 km tj. 10 min dojazdu (po drodze jest tylko jedno skrzyżowanie ze światłami, pozostała część trasy to estakady, wiadukty niekolidujące z innymi drogami) a natychmiastowa reakcja pługo-solarek przystępującego zapobiega powstawaniu zatorów, korków, oraz oszczędza czas i paliwo, które firma straciłaby gdyby musiała udrażniać zatory, odblokowywać korki. Czas przejazdu jedną trasą to od 30 do 60 min. W korkach (powstania których przystępujący zapobiega) może to potrwać do kilku godzin. Ilość soli wysypanej do likwidacji śliskości, gdy ruch odbywa się „normalnie” to 20 g/m², zaś w korku gdy powstanie ślizgawica, nabój śnieżny to 40g/m² i więcej bo czynność trzeba powtarzać kilkakrotnie czego na części XVII zamówienia z uwagi na szybką reakcję przystępującego nie trzeba czynić; ze względu na duże ilości obsługiwanych zamówień w zakresie zimowego utrzymania ulic MPO uzyskuje korzystne ceny na zakup soli (faktura w załączeniu) i innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia; doświadczona kadra wykonuje usługi z należytą starannością, sprawnie, nie powodując opóźnień i zaległości; MPO wskazało również, że do skalkulowania cen przyjęto rzeczywisty koszt

wynagrodzenia pracowników wynikający z ksiąg rachunkowych i koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę; oraz, że nie będzie powierzać wykonania części zamówienia podwykonawcom;

17. MPO wskazało w kalkulacji Akcji w pozycji „Koszty napraw , serwisowania pojazdów” dla Akcji Biernej sumę 960 zł, dla Akcji Interwencyjnej w pozycji „Koszty napraw , serwisowania pojazdów” sumę 820 zł i w pozycji „wynagrodzenie pracowników” sumę 351 zł, dla Akcji Czynnej w pozycji „Koszty napraw , serwisowania pojazdów” sumę 620 zł i w pozycji „wynagrodzenie pracowników” sumę 4.900 zł;

Mając na uwadze treść wezwania oraz wyjaśnień Izba stwierdza, że MPO udzieliło wyjaśnień adekwatnych do treści żądania ich złożenia.

Izba ustaliła również w oparciu o niekwestionowane przez Odwołującego oświadczenia Zamawiającego i MPO a także wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, bezsporne okoliczności, że:

18. MPO realizowała należycie na rzecz Zamawiającego usługi tożsame do objętych Postępowaniem w różnych rejonach, w tym także w zakresie rejonu obwodowego, którego dotyczy odwołanie, w latach poprzedzających i cena ofertowa w niniejszym Postępowaniu jest wyższa od ceny dotychczasowej. W ramach dotychczasowego zamówienia realizowało MPO usługi za cenę Akcja Bierna 5.000 zł (obecnie 5.680 zł – zwiększenie o 13,6 %), Akcja Interwencyjna 8250 zł (obecnie 9.372 zł – zwiększenie o 13,6 %), Akcja Czynna 25.000 zł (obecnie 28.400 zł – zwiększenie o 13,6%), Wywóz śniegu 10 zł (obecnie 12 zł – zwiększenie o 20%), Jednorazowe posypywania i/lub odśnieżanie 0,04 zł (obecnie 0,05 zł – zwiększenie o 25%) i zamiatanie 0,03 zł (obecnie 0,07 zł- zwiększenie o 133,33%);

19. Zamawiający oceniając udzielone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny MPO brał pod uwagę znajomość kontrahenta oraz dotychczasową realizację przez niego usługi za cenę niższą od ofertowej oraz okoliczność, porównywalności cen oferowanych przez innych wykonawców w Postępowaniu oraz fakt wyliczenia szacunkowej wartości zamówienia jako średniej cen usług wszystkich sektorów, podczas gdy każdy z nich jest specyficzny, co mogło wpłynąć na nieadekwatność szacunków.

Dalej Izba ustaliła, w oparciu o wyjaśnienia MPO znajdujące oparcie w przedłożonych przez MPO dowodach w postaci zestawienia kosztów i przychodów za sezon zimowy 2024 r. oraz zestawienia zapisów z kont rzeczywiście poniesionych kosztów realizacji usługi tożsamej na rzecz Zamawiającego za 2024, że:

20. MPO przy niższych cenach składowych z oferty z 2021 r. w sezonie zimowym 2024 osiągnął wyższy od zakładanego kalkulacją zawartą w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zysk oraz, że koszty obejmowały między innymi także koszty paliwa jak i wynagrodzeń pracowników.

Reasumując Izba ustaliła, opierając się na wyjaśnieniach Zamawiającego i uczestnika, zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, że wyjaśnienia obejmowały czynniki kosztotwórcze zamówienia i były adekwatne do wezwania do ich udzielenia, zawierały zapewnienie co do rynkowości ceny oraz kalkulacji cen z uwzględnieniem cen paliw i minimalnego wynagrodzenia; zawierały odniesienie do wymaganych wezwaniem okoliczności; Ceny ofertowe na rynku lokalnym są niższe lub wyższe od ceny ofertowej MPO w tym również zbliżone do siebie; cena ofertowa przewidywała zysk; Zamawiający dokonał weryfikacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako prawidłowych w oparciu o treść wyjaśnień oraz posiadaną wiedzę i doświadczenie, w tym również w zakresie dotychczasowej współpracy z MPO.

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że któryś z elementów ceny nie był adekwatny lub nierynkowy w stopniu zagrażającym realizacji zamówienia w sposób zgodny z warunkami zamówienia lub przepisami prawa, ceny skalkulowane zostały bez uwzględnienia kosztu wynagrodzenia pracowników lub paliwa lub bez uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę ani, że wyjaśnienia nie obejmowały skonkretyzowanej okoliczności, której wyliczenia zgodnie z Ustawą lub SWZ domagał się wezwaniem Zamawiający. Stanowisko sprowadzało się do polemiki ze stanowiskiem MPO i Zamawiającego oraz wskazania wątpliwości istniejących po stronie Odwołującego i własnej projekcją prawidłowego zakresu i sposobu wyjaśnienia ceny podmiotu trzeciego (MPO), nie popartych żadnymi adekwatnymi dowodami poza twierdzeniami własnymi Odwołującego. Odwołanie opierało się na sprzecznym z twierdzeniami Zamawiającego i MPO założeniu, że kalkulacja ceny Akcji Biernej nie obejmuje wynagrodzenia pracowników a kalkulacje wszystkich Akcji nie obejmują kosztów paliwa tylko dlatego, że brak jest takiej pozycji w ogólnej kalkulacji ceny Akcji i cena jest niższa od postulowanej przez Odwołującego. Podczas gdy wyjaśnienia ceny rażącej referują do kosztów pracowniczych oraz paliw a Izba dając wiarę stanowisku MPO znajdującemu oparcie w treści wyjaśnień oraz przedłożonym dowodzie w postaci zestawienia kosztów wskazują na objęcie tychże kosztów kalkulacją ceny każdej z Akcji i przyjęła, że skalkulowane zostały one w pozycji koszty napraw w serwisowaniu pojazdów, które dla Akcji Biernej są wyższe niż dla pozostałych Akcji, a stopień zaangażowania pracowników w ramach Akcji Biernej jest niższy niż w pozostałych Akcjach, podobnie jak w odniesieniu do kosztów paliwa. Izba uznała również, że wobec braku sprecyzowania przez Zamawiającego metody kalkulacji poszczególnych kosztów w cenie, ujęcie kosztów wynagrodzenia pracowników i paliwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w pozycji „koszty napraw, serwisowania pojazdów” nie narusza warunku zamówienia, co mogłoby skutkować odrzuceniem oferty. Zaś Izba dała wiarę

wyjaśnieniom MPO, znajdującym oparcie w opisie przedmiotu zamówienia, że zaangażowanie personelu w Akcji Biernej jest mniejsze niż w pozostałych Akcjach podobnie jak zużycie paliwa a także, że kwestionowane koszty zostały ujęte w pozycji „koszty napraw, serwisowanie pojazdów”.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako dające podstawę do uznania ceny ofertowej za realną i dającą rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ. Przystępujący i Zamawiający przedstawili wiarygodne w ocenie Izby dowody na to, że podobne zamówienia realizowane są za podobne stawki i jednocześnie, że istnieją okoliczności umożliwiające MPO zaoferowanie ceny ofertowej w określonej ofertą wysokości, w szczególności, że są wyższe od dotychczasowych dających MPO wyższy od zakładanego ofertą zysk. Izba dała także wiarę wyjaśnieniom rażąco niskiej ceny w świetle składanych wyjaśnień w toku postępowania odwoławczego.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp 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. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec celu, jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu (art. 16 Pzp).

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdza, że zarzut opierał się na nieobaleniu domniemania rażąco niskiej ceny oferty przez MPO oraz nie ujęciu w cenie kosztu wynagrodzenia pracowników i paliwa. W niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że

doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnej części składowej i udzielonych na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odpowiedzi również w kontekście zakresu wezwania a odwołanie nie sprostało wymogom ciężaru dowodowego. Odwołanie w zasadzie sprowadziło się do kwestionowania okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako niewystarczających i ogólnikowych i wskazywało na możliwość innej od dokonanej przez MPO kalkulacji ceny. Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za cenę ofertową, w tym także za cenę poszczególnych Akcji, ani że wyjaśnienia nie obejmują całości przedmiotu zamówienia i że nie mogły stanowić podstawy dla Zamawiającego do oceny ich jako prawidłowe, zgodne z Ustawą i uzasadniające przyjęcie, że cena oferty lub jej istotna część nie jest ceną rażąco niską. Wskazać należy, że z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanego przez niego zarzutu. Jednocześnie dowody przedłożone przez przeciwników procesowych potwierdziły rynkowość stawki ofertowej. Izba, w zakresie oceny wyjaśnień, wskazuje, że jest dopuszczalne przy dokonywaniu oceny wyjaśnień, czynienie przez Zamawiającego założeń opartych na posiadanej przez niego wiedzy i doświadczeniu, pod warunkiem, że nie mają one charakteru uznaniowego.

Izba wskazuje również, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac dokonuje analizy tego zakresu i określa swoje całkowite wynagrodzenie uwzględniając ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty, natomiast ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. W niniejszym przypadku cena kwestionowanych części składowych ceny jest sumą cen ryczałtowych za Akcje Bierne, Akcje Interwencyjne i Akcje Czynne oraz dodatkowo usługi na zlecenie. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkutowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21). W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że cena ofertowa MPO jest ceną nierynkową – nie przedstawił w tym zakresie dowodów. Nie wykazał również, by kwestionowane ceny Akcji Biernej, Akcji Czynnej lub Akcji Interwencyjnej były rażąco niskie, ani żeby ich wysokość zagrażała realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami. W tym zakresie odwołanie ograniczało się do przedstawienia własnej postulowanej kalkulacji kosztów MPO, co nie jest w ocenie Izby wystarczającym dowodem dla wykazania rażąco niskiej ceny ofertowej. Dodatkowo cena Akcji Biernej MPO i Odwołującego są do siebie zbliżone, a postulowana w kwocie 12.473,84 zł przekracza, znacząco cenę ofertową Akcji Biernej MPO i Odwołującego; postulowana w kwocie 9.862,90 zł cena Akcji Interwencyjnej różni się od oferowanej ceny Akcji Interwencyjnej MPO o niecałe 500 zł a postulowana cena Akcji Czynnej przewyższa cenę ofertową MPO o prawie 6.000 zł i wszystkie te wartości ustalone zostały na kwoty, których wzajemny stosunek narusza zasadę opisaną SWZ, że cena Akcji Biernej nie może być wyższa niż 1/5 ceny Akcji Czynnej a cena Akcji Interwencyjnej nie może być wyższa niż 1/3 ceny Akcji Czynnej, co dodatkowo wskazuje na dowolność założeń leżących u podstawy wyliczeń własnych Odwołującego, mających obrazować nierynkowość ceny ofertowej MPO.

Dalej Izba stwierdza, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny i dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy. Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty lub oświadczenia /

informacji przedstawionej przez wykonawcę z określonymi warunkami zamówienia lub przepisem, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Powyższa norma odczytywana może być jako nakładająca na zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy treść oferty rodzi wątpliwości takiego rodzaju, których pozostawienie może zrodzić konsekwencję w postaci odrzucenia oferty.

Izba stwierdza, że odwołanie w zakresie niezgodności z warunkami zamówienia opierało się na założeniu, że cena oferty pomimo obowiązku określonego SWZ nie uwzględniała kosztu wynagrodzenia pracowników, w tym zgodnego z przepisami ani kosztów paliwa.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, by wymaganie wyraźnego ujęcia powyższych kosztów w odrębnej pozycji ogólnej kalkulacji ceny danej Akcji wynikało z warunków zamówienia i oferta MPO ich nie uwzględniała. Izba ustaliła, że Zamawiający oczekiwał ceny i wskazania jej w formularzu ofertowym, co Przystępujący uczynił. Nie wymagał kosztorysu cenowego zawierającego odrębną pozycję dla wynagrodzenia pracowników ani paliwa. Nie wskazał sposobu kalkulacji ceny w SWZ. SWZ wskazuje jedynie, że cena obejmować ma całość przedmiotu zamówienia i koszty. Cena z formularza ofertowego zawiera wszystkie części składowe ceny określone na właściwych przepisanych SWZ poziomach.

Izba podzieliła tutaj zbieżne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego a także fakt że prawidłowość obliczenia ceny ofertowej, wypełnienia formularza i prawidłowości wyjaśnień jako uzasadniających rynkowość ceny ofertowej nie budziła wątpliwości Zamawiającego, co do zgodności oferty z warunkami zamówienia i brakiem podstaw do jej odrzucenia.

Odwołujący nie wykazał sprzeczności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia ani tego, że cena została błędnie określona jako nie obejmująca całości przedmiotu zamówienia.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....