

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez odwołującego „Elwoz Eco” Sp. z o.o. w Sierakowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Sierakowice przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego K.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Electro-Install K.L. w Dębogórze

orzeka:

1. częściowo uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy K.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Electro-Install K.L. w Dębogórze jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża zamawiającego Gminę Sierakowice oraz w części 1/2 obciąża odwołującego „Elwoz Eco” Sp. z o.o. w Sierakowicach i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez odwołującego „Elwoz Eco” Sp. z o.o. w Sierakowicach tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Sierakowice na rzecz odwołującego „Elwoz Eco” Sp. z o.o. w Sierakowicach kwotę 3 750,00 zł (trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

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

Zamawiający – Gmina Sierakowice ul. Lęborska 30 83-340 Sierakowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Oczyszczanie nawierzchni ulic, chodników, parkingów, zatoczek i przystanków autobusowych oraz pielęgnacja zieleni na terenie Gminy Sierakowice w 2024 r.”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00224968/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca „Elwoz Eco” Sp. z o.o. ul. Słupska 2, 83-340 Sierakowice, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 226 ust. 1 pkt. 2 b p.z.p. poprzez przyjęcie oferty Electro-Install K.L. ul. Pomorska 7, 81-198 Dębogórze, pomimo niespełniania przez ten podmiot następujących warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale X SWZ

– sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca nie spełnia warunku Zamawiającego bowiem nie wykazał, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;

– zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca nie spełnia warunku bowiem nie wykazał, że w okresie

ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonywał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługi, polegające na oczyszczaniu nawierzchni ulic, chodników, parkingów w okresie następujących po sobie 12 miesięcy o łącznej wartości usługi min. 100 000,00 zł.

2.Art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo tego, że wyjaśnienia Electro-Install K.L. nie uzasadniają w żaden sposób podanej ceny lub kosztu zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert. Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W rozdziale X SWZ pkt 1 zamawiający postawił wykonawcom następujące warunki: „1.3 sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia – suma gwarantowana polisy powinna wynosić minimum 200 000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy złotych)”, „1.4. zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonywał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługi polegające na: 1) oczyszczaniu nawierzchni ulic, chodników, parkingów w okresie następujących po sobie 12 miesięcy o łącznej wartości usługi min. 100 000,00 zł brutto (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) (...)”.

Wykonawca Electro-Install K.L. w Dębogórz (dalej także jako „wykonawca Electro-Install”) w celu wykazania spełnienia warunki sytuacji ekonomicznej lub finansowej zgodnie z wymaganiami specyfikacji złożył dwie polisy ubezpieczeniowe TUiR Warta S.A. oraz potwierdzenia ich opłacenia. Obie polisy jako „działalność ubezpieczonego przyjętą do ubezpieczenia wraz z PKD” wskazują 81.29.Z „pozostałe sprzątanie”. Innej działalności oferenta obie polisy nie obejmują. Wykonawca w CEIDG nie wskazał jakichkolwiek innych kodów działalności PKD, które by wykonywał.

W ocenie odwołującego wykonawca Electro-Install nie spełnił wymagań zamawiającego, bowiem nie posiada ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia został określony w Rozdziale V SWZ jako: „Oczyszczanie nawierzchni ulic, chodników, parkingów, zatoczek i przystanków autobusowych oraz pielęgnacja zieleni na terenie Gminy Sierakowice w 2024 r.”, - oczyszczanie nawierzchni ulic, chodników, parkingów, zatoczek i przystanków autobusowych na terenie Gminy Sierakowice, - pielęgnacja zieleni komunalnej na terenie miejscowości Sierakowice. Polisy, które zostały złożone przez wykonawcę obejmują ubezpieczenie OC działalności gospodarczej wyłącznie w zakresie działalności, oznaczonej w PKD kodem 81.29.Z „pozostałe sprzątanie”. Działalności w zakresie pielęgnacji zieleni komunalnej na terenie miejscowości Sierakowice, oznaczona jest kodem PKD 81.30.Z działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni. Ubezpieczyciel w obu polisach do ubezpieczenia przyjął wyłącznie pozostałe sprzątanie o kodzie PKD 81.29.Z. Oczywistym zatem jest, że wykonawca nie posiada ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem nie tylko sprzątanie, ale także pielęgnację zieleni komunalnej na terenie miejscowości Sierakowice, która ubezpieczeniem objęta nie jest.

W celu wykazania spełnienia wymogu zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca Electro-Install przedłożył zamawiającemu: referencje M.G. z dnia 26 lutego 2024 r. potwierdzającą wykonanie usługi oczyszczania ulic i ciągów pieszych w 2023 r. za kwotę 185.000 zł. bez wskazania w jakim okresie była ona wykonywana; referencje Gminy Puck z dnia 26 lutego 2024., potwierdzającą wykonanie usługi oczyszczania ulic i ciągów pieszo rowerowych w 2023 r. bez wskazania okresu jej wykonywania i wartości, referencje Marcina Bigotta z dnia 26 lutego 2024 r. potwierdzającą wykonanie usługi oczyszczania ulic i ciągów pieszo rowerowych w 2023 r. bez wskazania okresu ich wykonywania oraz wartości, referencje Gminy Wejherowo potwierdzającą jednokrotne wykonanie usługi odpiaszczania ulic i ciągów pieszo rowerowych w 2023r. bez wskazania okresu ich wykonywania i wartości.

Ponadto wykonawca w formularzu będącym wypełnionym załącznikiem nr 5 do SWZ „Wykaz usług” wskazał dwie usługi ujęte w powołanych powyżej referencjach tj. usługę na rzecz Mari Gałki oraz Gminy Wejherowo, przy czym w przypadku wartości usługi na rzecz Gminy wskazał ja w tabeli bez jakichkolwiek dowodów.

Zamawiający w zakresie spełnienia warunku zdolności technicznych lub zawodowych postawił wymóg, aby przedstawić dowód wykonania usług polegających na: 1) oczyszczaniu nawierzchni ulic, chodników, parkingów w okresie następujących po sobie 12 miesięcy. W opinii odwołującego zarówno referencje, przedłożone przez wykonawcę Electro-Install, jak i wykaz robót, wypełniony na formularzu zamawiającego (załączniku nr 5 do SWZ) wskazują, że wykonawca nie spełnia warunków zamawiającego. Przedstawione referencje potwierdzają wyłącznie, że usługi wykonał w 2023 r. Z wyjątkiem jednej z usług nie wskazują ich wartości, zaś w żadnej z referencji nie wskazano dat ich wykonywania.

W wykazie robót wykonawca Electro-Install wskazał okresy wykonywania i wartość robót na rzecz Mari Gałki oraz

Gminy Wejherowo, jednakże takie wskazanie nie jest dowodem zgodnie z wymaganiami zamawiającego wprost wskazanymi w treści załącznika nr 5 do SWZ. Zamawiający wymaga bowiem podania ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączenia dowodów. Załącznik nr 5 do SWZ dopuszcza potwierdzenie tych okoliczności oświadczeniem wykonawcy w sytuacji, w której wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Wykonawca Electro-Install żadnych tego rodzaju okoliczności nie wskazał, zatem był zobowiązany przedstawić dowody zgodnie z warunkami SWZ. Zdaniem odwołującego należy także podkreślić, że nawet gdyby uznać za zasadne i właściwe oparcie się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, nie popartym dowodami, to wykaz robót i daty ich wykonania wskazują na wykonanie robót w okresie od dnia 9 marca do 29 maja 2023 r. Zatem oczywistym jest, że wykonawca Electro-Install nie wykazał spełnienia warunku w postaci dowodu wykonania usług w okresie następujących po sobie 12 miesięcy.

Z tych względów oferta wykonawcy Electro-Install, jako nie spełniająca warunków udziału w postępowaniu, powinna być odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt, 2 b p.z.p.

Odwołujący dalej wskazał, że w toku postępowania zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p. Pismem z dnia 26 marca 2024 r. wezwano wykonawcę Electro-Install do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana cena całkowita jest niższa, o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający w wezwaniu zwrócił uwagę na to, że zgodnie z szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SWZ) oprócz samych „czynności zamiatania niezbędnym sprzętem wskazanym w SOPZ Wykonawca zobowiązany jest do utylizacji i zagospodarowania odpadów powstałych wyniku realizacji usługi w szczególności piasku zalegającego po zimowym utrzymaniu dróg, zakupu roślin, nawozów, ziemi i innych elementów, których koszt jest po stronie Wykonawcy.”. Zamawiający wskazał też, że art. 226 ust. 5 p.z.p. wymaga od wykonawcy udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia 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. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności wzywanemu do wyjaśnień Wykonawcy, dały podstawę do obniżenia ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

Wykonawca Electro-Install złożył wyjaśnienia, do których dołączył oświadczenie brata o tym, że korzysta z ulg, rabatów i zniżek brata w firmie Scandagra Sp. z o.o. oraz kosztorys dotyczący zadań 2.1-2.3. Według odwołującego są one bardzo ogólne i nie spełniają żądania zamawiającego, bowiem wezwanie dotyczyło wyjaśnienia składników ceny całego przedmiotu zamówienia i wskazania dowodów, czego ten wykonawca nie uczynił. Wykonawca Electro-Install wskazał, że w celu przedstawienia kosztorysu w zakreślonym terminie (3 dni) przedstawia wyłącznie uproszczony kosztorys roboczogodzinowy przy jednym etacie. Już to stwierdzenie powinno uczulić zamawiającego i skłonić do szczegółowej weryfikacji tych wyjaśnień i ich zgodności z przepisami i wymogami wezwania z 26 marca 2024 r.

Odwołujący dalej podniósł, że w kosztorysie roboczogodzinowym nie sposób wykazać elementów kosztowych, związanych z wykonaniem zamówienia. Wykonawca wyjaśnia, że sporządził kosztorys roboczogodzinowy przy jednym etacie, podczas gdy będą pracowały trzy zamiatarki i zatrudnionych będzie trzech pracowników, których czas pracy nie będzie przekraczał wymiaru jednego etatu. Nie wyjaśnił jednak w żaden sposób jak wpływa to na koszty wykonania zamówienia, w tym zwłaszcza na ich obniżenie.

Wyjaśnienia wykonawcy Electro-Install ograniczają się wyłącznie do następujących, kolejno w jego piśmie zawartych twierdzeń

a) wykonawca zapoznał się z terenem prac i w oparciu o swoje doświadczenie zoptymalizuje harmonogram prac, a posiadany sprzęt pozwoli na obniżenie kosztów paliwa i czasu pracy,

takie twierdzenia mają wyłącznie charakter deklaracji i są bezwartościowe bez przedstawienia dowodów. Nie wskazał w jaki sposób zoptymalizuje i na czym ma to polegać.

b) doświadczenie i strategia biznesowa wykonawcy, prawidłowe prowadzenie administracyjne biznesu i znajomość prowadzonego biznesu spowoduje zmniejszenie roboczogodzin,

także to wyjaśnienie jest wyłącznie deklaracją wykonawcy, na podstawie której nie sposób zweryfikować cokolwiek, w kontekście przedstawionej ceny wykonania zamówienia. Wykonawca nie przedstawił żadnych szczegółów strategii biznesowej, która miałaby wpływ na zaproponowaną niską cenę.

c) nowoczesny sprzęt zmniejszy koszty i nakłady pracy.,

wykonawca w żaden sposób tego nie wykazał. Nie opisał jaki to sprzęt, jakie są jego właściwości i ich wpływ na zmniejszenie kosztów i nakładu pracy.

d) sprzęt jest własnością wykonawcy, zatem odpadają koszty najmu,

wykonawca oprócz tego ogólnikowego stwierdzenia w żaden sposób nie wykazał wpływu prawa własności maszyn na

koszt i niską cenę wykonania zamówienia. Nie przedstawił żadnych wyliczeń.

e) okoliczność, że wykonawca jest bezpośrednio zaangażowany, zatem nie zawsze powstanie konieczność oddelegowania pracownika do wykonywania usług,

ta teza zdaje się sugerować, że w przypadku osobistego wykonywania usługi przez wykonawcę, usługa wykonywana jest bez wynagrodzenia. Dla kalkulacji kosztów przy założeniu jednego etatu wydaje się bez znaczenia czy usługę wykonuje wykonawca osobiście, czy też jego pracownik. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił wpływu tej okoliczności na koszty. Oczywiście jest, że jeżeli wykonawca będzie wykonywał usługę osobiście to też przysługuje mu wynagrodzenie.

f) posiadanie własnych zasobów czarnoziemiu i obornika,

twierdzenie to nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami. Ponadto wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnia konkretnie wpływu jego własnych zasobów na koszty. Nie wiadomo skąd te zasoby pochodzą, czy zostały wcześniej zakupione. Zużycie własnych zasobów to u każdego przedsiębiorcy także koszt. Wykonawca nie podał ich ilości, wartości, kosztów przygotowania. Jest to ogólne bez dowodowe twierdzenie wykonawcy.

g) korzystanie z rabatów u stałego dostawcy towarów (nawozów) Scandagra,

na potwierdzenie tego oferent przedstawił oświadczenie brata, stwierdzające że korzysta z wypracowanych przez niego ulg, rabatów i zniżek w związku ze współpracą z tą firmą. Oświadczenie to nie jest wiarygodnym dowodem. Dowodem byłoby potwierdzenie tego faktu przez Scandagra Sp. z o.o. ku czemu w terminie 3 dni nie powinno być żadnych przeszkód. Oświadczenie brata oferenta ma wyłącznie walor ogólnikowej deklaracji, nie wskazuje też żadnych konkretnych wartości, które dawałyby podstawę do oceny w kontekście uzasadnienia niskiej ceny.

h) odnośnie do rabatów u dostawcy sprzętu i części eksploatacyjnych oferent powołuje się na możliwe do przedstawienia na żądanie zamawiającego oświadczenie K.P.,

tego rodzaju twierdzenie nie jest oczywiście żadnym dowodem. Termin na wyjaśnienie w zakresie wyliczenia ceny był jednakowy dla wszystkich oferentów.

i) zmniejszona ilość nawozów chemicznych powoduje zmniejszenie kosztów, związanych z wykonywanym zamówieniem,

takie twierdzenie nie poparte żadnymi dowodami i wyliczeniami jest wyłącznie ogólnikową deklaracją wykonawcy, z której nic nie wynika.

j) wykonawca wskazał także, że dokonał badania rynku i wynika z niego, iż ceny przez niego zaoferowane nie odbiegają od średnich cen przy wykonywaniu takich samych usług świadczonych dla innych zamawiających,

jednakże nie potwierdzono tego jakiegokolwiek badania dowodami. Nie wskazano jego wyników, zatem tak jak w przypadku pozostałych wskazanych powyżej twierdzeń jest to tylko jego deklaracja.

Odwolujący dodał, że wskazuje również na następujące ewidentne błędy w kalkulacji, które powinny skutkować uznaniem wyjaśnień za nieuzasadniające podanej ceny lub kosztu. Błędy te jednoznacznie potwierdzają, że wykonawca celowo w kalkulacji nie uwzględnił szeregu kosztów, które powinny wpływać na cenę, zatem jego cena jest celowo zaniżana i rażąco niska.

W przedmiocie zadania 2.1, 2.2, 2.3 w kalkulacji czasu pracy uwzględniono wyłącznie czas samego zmiatania, bez uwzględnienia specyfiki zmiatania na terenie Gminy Sierakowice. Zmiatanie obejmuje poszczególne miejscowości zgodnie z załącznikiem 3 do SWZ. Kalkulacja nie uwzględnia dodatkowego czasu, potrzebnego na przejazdy pomiędzy poszczególnymi miejscami świadczenia usług. Jest to czas jak najbardziej znaczący, mający wpływ na koszt całościowy świadczonej usługi, nie ujęty w ogóle kalkulacji. Wykonawca w kalkulacji czasu pracy uwzględnił wyłącznie czas samego zmiatania, nie uwzględnił czasu niezbędnego na przejazd zmiatarki do miejsca utylizacji zebranych nieczystości oraz czasu niezbędnego na ponowne zatankowanie wody do zmiatarki, niezbędnej do prawidłowego wykonania usługi. Jest to czas jak najbardziej znaczący mający wpływ na koszt całościowy świadczonej usługi.

Wykonawca Electro-Install nie wskazuje bazy sprzętowej w najbliższej okolicy miejsca wykonywania zamówienia. Oznacza to, że sprzęt będzie dojeżdżał z bazy oferenta w Dębogórze ul. Pomorska 7, tj. ok. 70 kilometrów. Jest to czas jak najbardziej mający znaczący wpływ na koszt całościowy świadczonej usługi a nie uwzględniony w kalkulacji do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (dowód: załącznik nr. 3 do SIWZ, screen mapy google).

W kosztorysie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazano „punkt 6. Koszty dodatkowe (naprawy, serwisy, zastępstwo chorego pracownika, odpady) - 15 zł/rg”. Zatem w jednej pozycji, której wartość wykonawca określił na 15 zł/rg ujęte są koszty mające ogromny wpływ na koszt świadczenia usługi. Tylko koszt utylizacji odpadów z zmiatania wedle wiedzy odwołującego wynosi 364,00 zł/brutto/tona. Zamawiający taką wiedzę posiada. Nie sposób zatem dociec, jak wykonawca Electro-Install wyliczył koszty dodatkowe bardzo różnego rodzaju, w tym istotne koszty utylizacji odpadów, na 15 zł/rg. Na koszty utylizacji szczególną uwagę jako istotne, zwracał uwagę zamawiający. Nie sposób przyjąć, że oferent poprzez odpowiednie dowody odniósł się do tego w wyjaśnieniach i złożonym do nich kosztorysie roboczo godzinowym.

Zdaniem odwołującego, w zakresie zadania 2.4, w wyjaśnieniach wykonawca Electro-Install wprost wskazuje, że

przedstawił w tabelach kosztorysu w załączniku nr 1 do wyjaśnień wyłącznie dla zadań od 2.1 do 2.3, pominął zaś całkowicie koszty zadania 2.4. Nie wskazano żadnej kalkulacji kosztów, potrzebnych do realizacji tego zadania, takich jak koszt: pracowników, koszty zakupu sadzonek, koszty utylizacji odpadów, koszty paliwa.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający odrzucenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 kwietnia 2024 r.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę K.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Electro-Install K.L. ul. Pomorska 7, 81-198 Dębogórze (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny, strony różniły się oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych – osią sporu była weryfikacja prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie: 1) spełnienia przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej (ppkt 1.3 pkt 1 rozdziału X SWZ) i zdolności zawodowej (ppkt 1.4 pkt 1 rozdziału X SWZ), kiedy zdaniem odwołującego przystępujący nie spełnia tych warunków, więc jego oferta powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b p.z.p., 2) złożonych przez przystępujących wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny z dnia 28 marca 2024 r. wraz z załącznikami, które w ocenie odwołującego powinny spowodować odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ nie uzasadniają podanej ceny, zgodnie z wezwaniem zamawiającego (art. 224 ust. 6 p.z.p.).

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty zasługują na częściowe uwzględnienie; w konsekwencji nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty przystępującego.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, że badanie wymaganej w postępowaniu zdolności podmiotowej dokonuje się na kanwie brzmienia warunków udziału w postępowaniu, które określił zamawiający. Weryfikacja cech podmiotowych, wymaganych do prawidłowego wykonania zamówienia, następuje poprzez zestawienie określonych w dokumentacji postępowania wymagań z przedłożonymi przez wykonawcę oświadczeniami i dokumentami. Zatem punktem wyjścia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w przetargu, która powinna być wykładana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego (czy weryfikacją ofert konkurencji), a także, żeby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie: „Nie budzi wątpliwości pogląd, że treść SIWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a precyzyjne i jasne sformułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe stwierdzić należy,

iz zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.04.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 22/21) oraz „W ocenie Sądu Okręgowego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny w pierwszej kolejności podlegać literalnej interpretacji, ta bowiem zapewnia najdalej idący obiektywizm zamawiającego, ale też minimalizuje ryzyko nierównego traktowania wykonawców.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10.08.2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 35/23).

O ile wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga, aby wykonawca legitymował się odpowiednią zdolnością do jego realizacji, to warunki udziału w przetargu bada się wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego postawionych w dokumentacji postępowania i jeżeli odwołujący uważał, że zamawiający powinien bardziej wnikliwie weryfikować potencjał wykonawców, to właściwym momentem na zgłaszanie takich zastrzeżeń był termin na zaskarżenie treści SWZ, co na tym etapie jest spóźnione (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.09.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 67/21). Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, do czego absolutną barierą jest upływ terminu na składanie ofert, treść dokumentacji postępowania wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, a badanie i ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ. Nie można więc z powodu niewyartykułowanych w dokumentacji warunków – które zdaje się zdaniem odwołującego powinny znaleźć się w SWZ i na podstawie których chciałby on weryfikować ofertę przystępującego – czynić zarzutu niewykazania posiadania odpowiednich zdolności, skoro takich wymagań zamawiający wykonawcom nie postawił. Ergo, jeżeli w dokumentacji postępowania w sposób wyraźny i jednoznaczny nie postawiono danego wymogu, zamawiający nie ma uzasadnienia do jego wymagania od wykonawców, ani podstaw do jego weryfikacji w ramach badania i oceny ofert, a tym bardziej nie może być to powód wyeliminowania wykonawcy z postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, że w całości podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że omawiany zarzut opiera się na wadliwym rozumieniu warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, które nie znajduje oparcia w treści SWZ. Jednocześnie żaden z wykonawców nie zadał zamawiającemu pytań co do sposobu rozumienia spornych wymogów ani nie zaskarżył treści warunków. Zatem zamawiający w sposób obiektywnie uzasadniony mógł założyć, że powyższe jest dla profesjonalisty jasne i jednoznaczne, inaczej należycie działający wykonawca poprosiłby o wyjaśnienie brzmienia SWZ albo wniósłby odwołanie wobec jej treści.

Przechodząc do rekonstrukcji oświadczenia woli zamawiającego w postaci warunku udziału w postępowaniu dotyczącego legitymowania się odpowiednią zdolnością ekonomiczną, skład orzekający stwierdził, że zamawiający w ppkt 1.3 pkt 1 rozdziału X SWZ, określając warunek nie wymagał ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obejmującego cały przedmiot zamówienia, jak podnosił odwołujący. Warunek dotyczy posiadania ubezpieczenia „w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”, o określonej przez zamawiającego sumie gwarancyjnej. Polisa nie musi zatem obejmować całości przedmiotu zamówienia wskazanego w SWZ, a wystarczy, aby była z nim związana. Tym samym nie musi być to ubezpieczenie dotyczące realizacji tego przetargu, obejmujące wszystkie elementy opisu przedmiotu zamówienia, a dokument wykazujący, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC mające związek z przedmiotem tego postępowania.

Powyższe jest spójne z celem żądania takiego dokumentu, który ma potwierdzać, że: wykonawca prowadzi działalność związaną z przedmiotem zamówienia; jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie swojej działalności, który jest związany z przedmiotem zamówienia; „jest zdolny” do bycia objętym ubezpieczeniem w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia, tj. jest na tyle wiarygodny dla zakładu ubezpieczeń, aby ten chciał ponieść ryzyko związane z działalnością wykonawcy w tym właśnie zakresie; jest zdolny do opłacania składek, których wysokość jest proporcjonalna do skali ryzyka ponoszonego przez zakład ubezpieczeń związanej z działalnością wykonawcy na danym rynku. Innymi słowy, znajdowanie się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia realizowane w drodze uzyskania przez wykonawcę ubezpieczenia OC sprowadza się do weryfikacji udzielenia wykonawcy ochrony ubezpieczeniowej, czyli uzyskania ważnego ubezpieczenia jego działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Polisa ma potwierdzać wiarygodność ekonomiczną wykonawcy i nie służy do zabezpieczenia realizacji danego zamówienia, dlatego też nie musi obejmować wszystkich jego poszczególnych elementów. W ocenie Izby całkowicie wystarczającym jest wskazywane przez odwołującego sprzężenie (PKD 81.29.Z), które jest bezpośrednio związane z „oczyszczaniem nawierzchni ulic, chodników, parkingów, zatoczek i przystanków autobusowych”. Nie jest to ubezpieczenie danego zamówienia, ponieważ takie ubezpieczenie może być żądane dopiero przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia, poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy, więc przedmiot polis OC przedstawionych przez przystępującego (polisy TUIR Warta S.A. wraz z potwierdzeniem opłacenia) jest właściwy dla wykazania spełnienia warunku określonego w ppkt 1.3 pkt 1 rozdziału X SWZ. Uzupełniająco można dodać, że skład orzekający zgadza się z

przystępującym, że treści polis nie można czytać wybiórczo i ograniczać się do kodu PKD, skoro zakres ubezpieczenia dotyczy „prowadzenia działalności gospodarczej” przystępującego, który jest podmiotem świadczącym szeroki zakres usług objętych przedmiotem zamówienia (tak treść oferty przystępującego).

W przedmiocie posiadania odpowiedniej sytuacji zawodowej, określonej w ppkt 1.4 pkt 1 rozdziału X SWZ, Izba stwierdziła, że również ten warunek został przez przystępującego spełniony. Dokonując wykładni SWZ z perspektywy punktu widzenia odbiorcy, który z należytą starannością wymaganą w obrocie, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego (czyli jak wykonawca powinien zrozumieć wymóg warunku) należy przyjąć, że zamawiający postawił wykonawcom wymóg zrealizowania usługi na kwotę co najmniej 100.000,00 zł brutto w okresie maksymalnym, następujących po sobie 12 miesięcy; czyli wartość ta powinna być zrealizowana w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy. Jak trafnie podnosił przystępujący, wskazany w warunku okres 12 miesięcy służy limitacji temporalnej, w której miała zostać osiągnięta wartość minimalna usługi. Izba zgadza się także z zamawiającym, który podnosił, że zgodnie z brzmieniem warunku, zamawiający nie oczekiwał tego, aby przedmiotowa usług była realizowana we wszystkich 12 miesiącach następujących po sobie, co wynika z charakteru przedmiotu zamówienia. Intencją zamawiający było, aby usługa, którą świadczył wykonawca (o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł) nie była realizowana przez okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Forsowana przez odwołującego wykładnia warunku udziału w postępowaniu jest niezgodna z jego brzmieniem, a jego rozumienie bezpodstawnie rozszerza warunek poprzez wykreowanie dodatkowych wymogów, które nie wynikają z jego treści. Dlatego też Izba nie miała uzasadnionych podstaw do uznania przystępującego za wykonawcę niespełniającego warunku z ppkt 1.4 pkt 1 rozdziału X SWZ. Dodatkowo zaś przystępujący wykazał, składając dodatkowe referencje, że posiada również takie doświadczenie, jak we wskazywanym przez odwołującego okresie.

Odwołujący podnosił również, że referencje złożone przez przystępującego zamawiającemu zawierają braki (nie wskazano w jakim okresie usługa została wykonywana, nie wskazano wartości prac), zatem przystępujący nie spełnia spornego warunku. Skład orzekający wskazuje, że takie stanowisko pomija charakter tego dokumentu, który ma potwierdzać należyte wykonanie usług w nim wskazanych (§ 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415)). Ustawodawca postawił treści poświadczenia jeden kluczowy wymóg – dotyczący potwierdzenia, że prace referencyjne zostały wykonane należyście. Referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a powinny umożliwiać identyfikację usługi referencyjnej i uzupełniać wykaz usług o element potwierdzenia należytego jej wykonania. Natomiast wszystkie szczegółowe wymagania zawarte w danym warunku powinien potwierdzać podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu usług – w § 9 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia ustawodawca określił jakie elementy rzeczony wykaz ma zawierać. Referencje i wykaz usług należy czytać łącznie. Rolą poświadczenia jest wyłącznie potwierdzenie faktu, że usługi, na które powołuje się wykonawca, zostały zrealizowane w sposób należyty. Odwołujący także nie zdecydował się na podważenie wartości prac referencyjnych czy terminu ich wykonania, więc nie było podstaw do weryfikacji tych okoliczności, a tym samym do ich podważenia, w tym zakresie odwołanie jest merytorycznie puste i sprowadza się do braku wskazania kompletnych informacji w referencjach.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby właściwie wykazano doświadczenie referencyjne, przystępujący spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu, zaś obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Ponadto, zgodnie z dokumentacją postępowania, przystępujący nie był wzywany do uzupełnienia w tym przedmiocie, co jest czynnością obligatoryjną przed wyeliminowaniem wykonawcy z postępowania. Żądanie postawione przez odwołującego byłoby nieuprawnione, albowiem przed podjęciem ewentualnej czynności eliminacyjnej zamawiający byłby zobligowany do zastosowania procedury sanacyjnej, o której mowa w art. 128 ust. 1 p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że jego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie uzasadniają podanej ceny zgodnie z wezwaniem zamawiającego (zarzut nr 2), skład orzekający wskazuje jak niżej.

W ramach uwag ogólnych Izba zaznacza, że ustawodawca uregulował obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w dwóch normach – w art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w art. 224 ust. 6 p.z.p., który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Omawiane przepisy dopełniają się, ponieważ negatywna ocena wyjaśnień wykonawcy (art. 224 ust. 6 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Zatem sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego uregulowaną w art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z

art. 224 ust. 5 p.z.p. – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Warto również zauważyć, że celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia – procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień. Wyjaśnienia powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. art. 224 ust. 6 p.z.p.

W orzecznictwie wskazuje się, że „(...) złożenie wyjaśnień o jakiegokolwiek treści nie może stanowić wypełnienia obowiązku z art. 224 ust. 5 nPzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. (...) Innymi słowy wykonawcy wzywani mają w wyznaczonym terminie przedstawić realne wyliczenia, a zatem takie, które pokazują, jak dokładnie wyliczyli poszczególne pozycje. Zaś w przypadku, gdy nie dopełnili temu obowiązkowi należy uznać, że ich oferta zawierała rażąco niską cenę, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 nPzp.” (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 02.06.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 55/22).

Ponadto, jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 94/21: „Wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych.”. (tożsamo Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrokach: z dnia 23.04.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 18/21, z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21, z dnia 18.02.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 138/21, wyrok z dnia 06.10.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 102/22, z dnia 05.05.2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 30/23).

Podkreśla się także, iż „Skarżący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych powinien mieć wiedzę co do tego, jaki skutek odnosi niezłożenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. To w interesie skarżącego było, aby złożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące i niebudzące dalszych wątpliwości, bądź przedstawione zostały odpowiednie dowody na potwierdzenie swojej racji. (...) Jednocześnie skarżący nie zakwestionował w ramach środków ochrony prawnej wezwania, które otrzymał od Zamawiającego, nie formułował również wcześniej względem niego jakichkolwiek wątpliwości i nie wnioskował o jego doprecyzowanie. Wobec powyższego, skarżący był związany tym wezwaniem.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 113/21).

Przenosząc powyższe na kanwę rozpoznawanego sporu, Izba stwierdziła, że zamawiający formułując wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera cenę rażącą niską. Dodatkowo zamawiający wskazał, jakie konsekwencji poniesie wykonawca, który nie wypełni w sposób właściwy nałożonego na niego obowiązku, tj. „Pragniemy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. Zgodnie z art. 226 ust. 5 ustawy Pzp mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. 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. Wyjaśnienia Wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności wzywaniem do wyjaśnień Wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.”. (vide wystosowane do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny z dnia 26.03.2024 r.).

Przedmiotowe wezwanie nie zostało zakwestionowane w ramach środków ochrony prawnej, przystępujący nie wnosił o przedłużenie terminu określonego przez zamawiającego, nie podnoszono także, że budzi ono jakiegokolwiek niejasności, nie proszono o doprecyzowanie jego treści. Przystępujący był zatem związany wezwaniem i jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych powinien mieć wiedzę co do tego, jaki skutek odnosi brak prawidłowego i wyczerpującego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, co dodatkowo podkreślił również zamawiający w swoim wezwaniu.

Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający wadliwie ocenił wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny złożone przez przystępującego, zarzuty postawione zamawiającemu są zasadne i jako takie zasługują na uwzględnienie. Wbrew treści wezwania zamawiającego złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich właściwym i adekwatnym materiałem dowodowym. Odwołujący zasadnie podnosił, że dołączony do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny dokument w postaci oświadczenia z dnia 28 marca 2024 r. nie jest wiarygodnym środkiem dowodowym. Izba zgadza się ze stroną, że z jego treści nie wynikają żadne konkretne informacje w zakresie rzeczonych rabatów/upustów. Jest to ogólnikowa deklaracja bez podania wartości zniżki, czyli nieprzydatna dla zweryfikowania czy wykonawca faktycznie posiada korzystne ceny – czy w ramach realizacji zamówienia może nabywać towary po określonej cenie, w dodatku niższej niż ta, którą za podobną usługę/towar muszą zapłacić jego konkurenci. Na podstawie tego dokumentu nie sposób ustalić jakiegokolwiek skwantyfikowanej wartości, które dawałaby podstawę do oceny realności poziomu zaoferowanej przez przystępującego ceny. Dokument, który nie został związany z zaoferowaną ceną, ani w zakresie wartości, ani w zakresie bezpośredniego powiązania rzeczonych towarów z przedmiotem zamówienia, nie jest dowodem uzasadniającym cenę podaną w ofercie (art. 224 ust. 6 p.z.p.). Odwołujący słusznie także zauważył, że wiarygodnym dowodem w zakresie zniżek uzyskiwanych od Scandra Polska Sp. z o.o. byłoby oświadczenie tego podmiotu. Natomiast drugi załącznik – kosztorys, nie jest wymaganym dowodem, a stanowi część wyjaśnień przystępującego; jest to jego oświadczenie, które nie udowadnia wskazanych tam wartości, do wykazania których niezbędne byłoby przedstawienie właściwych i wiarygodnych dowodów źródłowych potwierdzających przyjęte ceny, których nie złożono. Oświadczenie wykonawcy w postaci kosztorysu stanowi wyłączenie dowód tego, że osoba podpisana pod takim dokumentem złożyła oświadczenie w nim zawarte. W żadnej mierze nie jest to dowód na posiadanie indywidualnych, sprzyjających przystępującemu czynników wpływających na cenę, pozwalających na zaoferowanie kwoty wskazanej w ofercie. Dla oceny prawidłowości kosztorysu niezbędne jest udowodnienie podstaw kalkulacji. Jak wskazano w wyżej zacytowanych orzeczeniach, wykonawca ma obowiązek złożenia adekwatnych i miarodajnych dowodów, co oznacza obowiązek przedstawienia wraz z wyjaśnieniami ceny materiału dowodowego potwierdzającego okoliczności w nim zawarte, czemu przystępujący nie podołał.

Wobec braku sprostania ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, które powstało w momencie wystosowania do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień – co także akcentowano w wiążącym przystępującego wezwaniu – należało uznać, że przystępujący nie sprostął obowiązkowi nałożonemu na niego na podstawie art. 224 ust 5 p.z.p. i nie wykazał, że zaoferowane przez niego cena jest realna, ekwiwalentna, a jej poziom pozwala na właściwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Przystępujący nie wykazał, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu, więc omawiany zarzut został przez Izbę uwzględniony.

Skład orzekający podziela także stanowisko odwołującego, że wyjaśnienia nie tylko nie zostały poparte wymaganymi dowodami, a są również ogólnikowe, nie odnoszące się do wszystkich kosztów określonych w przedmiocie zamówienia oraz nie odpowiadają w sposób wystarczający na wezwanie do ich złożenia. Natomiast jak zasadnie argumentowano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 68/22, „Przypomnieć przy tym należy, iż owe wyjaśnienia są sformalizowaną instytucją prawną z art. 224 Pzp. Obowiązkiem wykonawcy, do którego zamawiający kieruje żądanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest przy tym wyjaśnienie tylko tych kwestii, o które zamawiający pyta. Z kolei zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał.”, czego w tym postępowaniu zabrakło. Udzielenie przez przystępującego odpowiedzi, które nie rozpraszają w wątpliwości wyrażonych przez zamawiającego i nie zawierają informacji, których udzielenia zamawiający żądał, nie może stanowić o prawidłowym wypełnieniu obowiązku o którym mowa w art. 224 ust. 5 p.z.p., co oznacza, że zaistniały jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty przystępującego zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny zamawiający wskazał, że „istnieje podejrzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi oraz cena jest nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia w szczególności biorąc pod uwagę wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę aktualnie obowiązująca na podstawie przepisów ustawy z dn. 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.). (...) Zamawiający w szczególności żąda wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 4 Pzp tj. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) 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.”

Jak zauważył w odwołaniu odwołujący, przystępujący w zakresie zadań 2.1-2.3 wyjaśnia, że sporządził kosztorys roboczegodzinowy przy jednym etacie, podczas gdy będą pracowały trzy zamiatarki i zatrudnionych będzie trzech pracowników, których czas pracy nie będzie przekraczał wymiaru jednego etatu. W kosztorysie przyjęto 32 zł/h. Ponadto w wyjaśnieniach wskazano, że przystępujący jest bezpośrednio zaangażowany w realizację, zatem nie zawsze powstanie konieczność oddelegowania pracownika do wykonywania usługi, natomiast koszt zadania 2.4 w tym zakresie obejmuje koszt dwóch osób do utrzymania zieleni (pracowników lub samego wykonawcy).

Z powyższego wynika, że po pierwsze – zamawiający ostatecznie nie wie ile osób będzie wykonywało umowę na jego rzecz, nie ma więc wiedzy jakie warunki pracy i płacy posiadają osoby, które będą realizować zamówienie. Po wtóre – wskazanie na skumulowany koszt osobowy, bez podania w wyjaśnieniach szczegółowych założeń dotyczących tego składnika cenowego, nie pozwala na zweryfikowanie co się w nim mieści, tj. skoro zamawiający nie wie nawet jaki zasób kadrowy ostatecznie miałaby realizować umowę, to nie wie też czy wyceniono koszty osobowe na jakim i czy na właściwym poziomie. W szczególności na podstawie wyjaśnień nie można ustalić czy koszty poszczególnych osób przyjęto w realnej kwocie oraz czy wynagrodzenie uwzględnia stawki minimalne określone w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu z pracę (Dz.U. z 2020 r., poz. 2207), a także co do ich zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 p.z.p. Przyjęta w kosztorysie dla zadania 2.1-2.3 stawka nie została zidentyfikowana w zakresie tego czy jest to stawka płacona pracownikowi, czy są to już całkowite koszty pracodawcy, zaś dla zadania 2.4 nie została podana żadna kwota, wbrew jednoznaczному wymaganiu zamawiającego. Co do kosztu pracy właściciela trudno także uznać, że jego praca nie generuje żadnych kosztów. Nie odniesiono się także do wymaganych prawem składek, zamawiający nie otrzymał materiału, żeby zweryfikować zgodność przyjętego kosztu z art. 224 ust. 3 pkt 6 p.z.p.

Zamawiający na podstawie otrzymanej kalkulacji w żaden sposób nie był w stanie powyższego zweryfikować, ponieważ zabrakło w wyjaśnieniach faktycznego wskazania podstawy wyliczenia kosztu osobowego. Wyjaśnienia przystępującego odbiegają od standardu staranności, ciężko je nawet nazwać wyjaśnieniami, bowiem w istocie zgrupowanie kosztu osobowego w jedną pozycję dla jednego pracownika – kiedy z treści wyjaśnień wynika, że przyjęto inną liczbę personelu do realizacji zamówienia – nic nie wyjaśnia. W miejsce obowiązku precyzyjnego wykazania realnych kosztów pracy przedstawiono ich nieadekwatne oszacowanie, co pozwoliło na niewątpliwe ustalenie w zakresie tego, czy wyjaśnienia powinny skutkować uznaniem ceny za rażąco niską – nie ze względu na to, co się w nich znalazło, a ze względu na to, czego w nich, wbrew wezwaniu zamawiającego, nie wykazano. Pomijając już nawet brak przedłożenia jakichkolwiek dowodów w tym przedmiocie.

Odwołujący dalej podnosił, że nie odniesiono się do kosztu utylizacji odpadów, który tylko z utylizacji odpadów z zmiatania, wedle wiedzy odwołującego wynosi 364,00 zł/brutto/tona. Nie sposób zatem dociec, jak przystępujący wyliczył koszty tego rodzaju na 15 zł/rb. W odwołaniu wskazywano także, że na koszty utylizacji szczególną uwagę zwracał uwagę zamawiający. Nie sposób więc przyjąć, że przystępujący poprzez odpowiednie dowody odniósł się do tego w wyjaśnieniach i złożonym do nich kosztorysie roboczegodzinowym. Skład orzekający podziela to stanowisko, w wezwaniu do wyjaśnień napisano: „Ponadto wskazujemy, że zgodnie z Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 7 do SWZ) oprócz samych „czynności zmiatania niezbędnym sprzętem wskazanym w SOPZ” Wykonawca zobowiązany jest do utylizacji i zagospodarowania odpadów powstałych wyniku realizacji usługi w szczególności piasku zalegającego po zimowym utrzymaniu dróg, zakupu roślin, nawozów, ziemi i innych elementów, których koszt jest po stronie Wykonawcy.” W omawianych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępujący nie wskazał ile taki koszt wynosi, nie ma też nigdzie takiej pozycji w kosztorysie, co dyskwalifikuje wyjaśnienia. Brak wskazania wysokości, i następczy brak udowodnienia kosztu utylizacji, wbrew wezwaniu zamawiającego, jest całkowicie wystarczający do przyjęcia, że oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w cenie w sposób prawidłowy, skoro ich wartości w ogóle nie podano.

Dalej skład orzekający stwierdził, że oceniane wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie dają podstaw do przyjęcia,

że cena oferty uwzględnia wszystkie elementy kosztotwórcze niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, które zostały określone w dokumentacji postępowania. Przystępujący złożył wyjaśnienia o charakterze ogólnym i niepełnym, które nie uzasadniają realności podanej w ofercie ceny. Odwołujący zasadnie podnosił, że przystępujący całkowicie pominął wysokość kosztów zadania 2.4. W części opisowej wyjaśnień nie mamy żadnej kwoty, a kosztorys dotyczy wyłącznie zadań 2.1-2.3., zatem z wyjaśnień w ogóle nie wynika w jaki sposób kalkulowano cenę za to zadanie, a tym samym nie ma żadnej treści do zweryfikowania jej realnej wysokości, której zamawiający nie zna.

W wyjaśnieniach przystępujący wskazał także wiele czynników, które miały mieć wpływ na cenę oferty (m.in. zapoznanie z terenem prac, doświadczenie, posiadana strategia biznesowa, nowoczesny sprzęt zmniejszający koszty i nakłady pracy, brak kosztów najmu, posiadania własnych zasobów czarnoziemiu i obornika, dokonane badania rynku, itd.). Po pierwsze, z wyjaśnień nie wynika jak czynniki te wpływają na cenę. Po drugie, wykonawca który oświadcza, że posiada dostęp do szczególnie korzystnych warunków realizacji zamówienia powinien je szczegółowo opisać i wykazać ich posiadanie – przykładowo podać jakim konkretnie sprzętem dysponuje i złożyć dowody na poparcie tych twierdzeń (np. tak, jak to zrobił odwołujący w swoich wyjaśnieniach, gdzie załączono do nich specyfikacje techniczne posiadanych urządzeń, skany dowodów rejestracyjnych, katalog środków trwałych), czy wskazać jakim zasobem czarnoziemiu i obornika przystępujący dysponuje, który może przeznaczyć na realizację zamówienia, składając dowód w tym zakresie (np. podobnie, jak odwołujący złożył faktury, rachunki za zakup). Jeżeli wykonawca wskazuje na jakiś czynnik wpływający na obniżenie ceny, który jest związany z realizacją zamówienia, to brak wykazania jak wpływa on na cenę oferty czyni wyjaśnienia nieweryfikowalnymi i nieprzydatnymi dla zbadania właściwego poziomu ceny. Nie chodzi o to, że każdy taki element należy przelożyć na wartość w polskich złotych, ponieważ takiego czynnika jak doświadczenie czy posiadana strategia biznesowa nie da się w prosty sposób odnieść do poziomu zaoferowanej ceny, jednakże są czynniki (takie jak wysokość rabatu, własny sprzęt, zasoby czarnoziemiu, etc.), które da się i należy skwantyfikować przekładając na poziom ceny za realizację zamówienia, inaczej są to puste, ogólne deklaracje. Zamawiający z takich wyjaśnień nie dowie się w jaki sposób czynniki te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności mógł wykonawca dzięki nim dokonać, więc nie zweryfikuje, czy wykonawca miał uzasadnione podstawy do zaoferowania ceny, której niski poziom zobligował zamawiającego do wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Skład orzekający podziela zatem stanowisko odwołującego zawarte na str. 9-11 odwołania (lit. a) - j) ze str. 6-7 uzasadnienia orzeczenia), że wskazane przez przystępującego czynniki obniżające cenę mają wyłącznie charakter gołosłownych, nierzeczowych oświadczeń, bez wskazania jak wpływają na cenę, a także bez ich udowodnienia.

Przystępujący na rozprawie podkreślał, że zawarł w cenie wszystkie koszty, a jej poziom pozwala mu na wypracowanie znacznego zysku, jednakże takich twierdzeń nie ma w wyjaśnieniach ceny, nie pada tam żadna kwota i wbrew stanowisku uczestnika, wyjaśnienia nie odnoszą się do kluczowych aspektów kosztowych, czy nawet nie odpowiadają właściwie i wyczerpująco na treść wezwania zamawiającego z dnia 26 marca 2024 r.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie podołał nałożonemu na niego w wyniku wezwania zamawiającego obowiązкови przedstawienia rzetelnych i adekwatnych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wysokość zaoferowanych elementów cenowych, zaś zamawiający zaniechał prawidłowego zbadania wyjaśnień wykonawcy i w sposób nieuprawniony wybrał jego ofertę w przetargu. W szczególności brak wykazania zawarcia wszystkich elementów przedmiotu zamówienia w cenie oferty i złożenie wyjaśnień nieprzydatnych dla określenia kosztów pracy powinno powodować wyeliminowanie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu, więc zarzut nr 2 z *petitum* odwołania został przez Izbę uwzględniony.

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

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt: II Ca 915/20 ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze

wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zgodzić się trzeba również z tym, że kolejne wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, a także prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.05.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 255/18).

W ustalonym stanie rzeczy nie byłoby zatem podstaw do kontynuacji postępowania wyjaśniającego cenę, bowiem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie odpowiadają w sposób wyczerpujący na wezwanie zamawiającego, ani nie złożono z nimi wiarygodnych i adekwatnych dowodów, jest obowiązek odrzucenia oferty, nie zaś ponawianie procedury wyjaśniającej zaoferowaną cenę. Z powodu wady wyjaśnień kolejne wezwanie nie nawiązywałoby do elementów, które należałoby doprecyzować, zawartych w pierwszych wyjaśnieniach, a odnosiłoby się do tego samego zakresu informacji, którego wymagano w pierwszym wezwaniu. Należałoby także uzupełnić wymagane normami p.z.p. właściwe dowody, których nie złożono na pierwsze wezwanie.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, na które odpowiadał przystępujący, nie miało również ogólnego charakteru – zamawiający wprost wskazał, jakie elementy budzą jego wątpliwości, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami. Nie ograniczono się do wskazania na normy p.z.p., co często spotyka się w praktyce, a jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny określił jakich wyjaśnień oczekuje. Zatem nie można przyjąć, że zamawiający miałby kilkakrotnie wzywać wykonawcę do skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Uprawnienie do skierowania ponownego wezwania do wyjaśnień jest wyjątkiem. Wezwanie jest kierowane do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.), zamawiający może wzywać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób ogólnikowy i nierzeczowy, z których nie wynika, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. To w interesie przystępującego było, aby złożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące i niebudzące dalszych wątpliwości, a także poparte dowodami, których w wezwaniu wymagał zamawiający.

Skład orzekający wskazuje również, że złożone przez przystępującego dokumenty w postaci dwóch oświadczeń z dnia 10 kwietnia 2024 r. zostały pominięte przy wyrokowaniu, ponieważ powinny zostać przedłożone zamawiającemu w ramach składania wyjaśnień, a nie w postępowaniu odwoławczym. Jak zasadnie podnosi się w orzecznictwie „Dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Podstawą oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie Sąd Okręgowy zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane zamawiającemu na jego wezwanie, w terminie wskazanym do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba, a następnie Sąd bada prawidłowość tej czynności zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, w trakcie postępowania odwoławczego KIO nie zastępuje zamawiającego, nie przeprowadza też za zamawiającego przypisanych mu ustawowo czynności. Weryfikuje jedynie działania zamawiającego i ocenia ich zgodność z literą ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok KIO 2708/14). Nie jest zatem uprawnione przeprowadzanie przez Izbę oraz Sąd postępowania dowodowego. W postępowaniu odwoławczym, jak i w postępowaniu skargowym pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia bierze się jedynie materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania o zamówienie publiczne. Składanie przez skarżącego dopiero przed Izbą dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być więc wzięte pod uwagę ani przez KIO, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy.” (tak wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie: z dnia 07.10.2020 r. sygn. akt: XXIII Ga 1131/20, z dnia 25.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 94/21, z dnia 25.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 113/21). Jedynie zatem na marginesie należy dodać, że dokumenty te i tak nie mogłyby stanowić samostojnej podstawy do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest realna. Zwłaszcza, że przystępujący co do zasady nie wykazał braku rażąco niskiej ceny w złożonej przez siebie ofercie, w wyjaśnieniach przedłożonych na wezwanie zamawiającego w toku badania i oceny ofert.

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

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z proporcją zarzutów uwzględnionych do zarzutów oddalonych, odwołujący i zamawiający odpowiadają za koszty postępowania – na które złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (7500,00 zł) – po połowie, zatem Izba zasądziła na rzecz odwołującego 3750,00 zł należnych mu od zamawiającego kosztów.

Przewodniczący:

.....