

Sygn. akt: KIO 516/24, KIO 517/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2024 r. przez:

A. odwołującego M.N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX” M.N. w Łodzi sygn. akt: KIO 516/24,

B. odwołującego „KAWON” Sp. z o.o. w Łodzi sygn. akt: KIO 517/24,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

– D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.W. „DAR” w Łodzi w sprawie sygn. akt: KIO 516/24,

– I.B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.I. w Łodzi w sprawie sygn. akt: KIO 517/24,

orzeka:

Sygn. akt: KIO 516/24

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego M.N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX” M.N. w Łodzi zalicza na poczet kosztów kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Sygn. akt: KIO 517/24

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego „KAWON” Sp. z o.o. w Łodzi i zalicza na poczet kosztów kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron 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:

.....

Sygn. akt: KIO 516/24, KIO 517/24

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi działający jako podmiot wykonujący zadania centralnego zamawiającego ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Letnie i zimowe, ręczne oczyszczanie terenów Miasta Łodzi", podzielone na części (rejony), o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 sierpnia 2023 r. pod nr Dz.U./S S154 nr ogłoszenia: 489089-2023-PL, dalej zwane „postępowaniem”. Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 516/24:

W dniu 16 lutego 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części 13 – Rejon XIV – obszar Andrzejów – Olechów, wniósł wykonawca M.N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX” M.N. ul. Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź (dalej zwana „odwołującym” lub „odwołującym Chybotex”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty (pisownia oryginalna): zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „DAR” D.W. ul. Kosodrzewiny 88, 92-411 Łódź, co w konsekwencji spowodowało wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz 224 ust. 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.W. „DAR” w Łodzi (dalej zwanego także jako „wykonawca DAR”), odrzucenia oferty wykonawcy DAR oraz ponowienia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawcy DAR. Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu

kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunku przedstawionego na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia w zakresie części 13 – Rejon XIV – obszar Andrzejów – Olechów 7.723.444,80 PLN brutto. Odwołujący zaoferował za realizację zamówienia za 7.068.071,56 zł brutto a wykonawca DAR za 5.005.520,23 zł brutto. Rozbieżność w cenach wynosząca ponad 2 miliony złotych powoduje, że oferta wykonawcy DAR jest w przekonaniu odwołującego nieadekwatnie niska do przedmiotu zamówienia, a zaoferowana cena wynika z nieuwzględnienia w kalkulacji ceny ofertowej kosztów utylizacji odpadów, przyjęcia zaniżonej, nierynkowej ceny za worki (0,03 zł za szt.) i istotnie zaniżonych kosztów obsługi przystanków. Ponadto wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających wykorzystane do kalkulacji ceny: soli; worków do koszy, rękawic; materiałów eksploatacyjnych do podkosiarek, pił mechanicznych; farb i sprzętu typu grabie, łopaty, a jego kalkulacja jest nieweryfikowalna.

Wykonawca DAR pominął przy kalkulacji ceny ofertowej koszt utylizacji odpadów. Kalkulacja załączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie uwzględnia tego kosztu. Składowymi niniejszego zamówienia są usługi:

- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości terenów (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) – Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy zamiatarki chodnikowej, koszt pracy samochodu samowładowczego, koszt pracy zgrabiarki do liści, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- b) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej (Część I Pasy Dróg Publicznych) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy zamiatarki chodnikowej, koszt pracy samochodu samowładowczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- c) Oczyszczanie ze śmieci (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane, Część III Parki) Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowładowczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- d) Oczyszczanie „ciężkie” (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowładowczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- e) Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane, Część III Parki) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowładowczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- f) Opróżnianie koszy do segregacji (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane, Część III Parki) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowładowczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- g) Zamiatanie powierzchni utwardzonych (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy samochodu samowładowczego, koszt pracy zamiatarki chodnikowej, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- h) Koszenie (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy sprzętu, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- i) Koszenie rowów melioracyjnych (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy sprzętu, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- j) Grabienie i usuwanie liści (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy sprzętu, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- k) Oczyszczanie wpustów ulicznych, studzienek kanalizacyjnych (Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- l) Oczyszczanie tablic informacyjnych, słupów ogłoszeniowych 2 szt. (Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;

Bazując na opisie przedmiotu zamówienia pominięty koszt utylizacji odpadów to:

- w zakresie części I:

- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości terenów- śmieci utylizacja 1t = 220zł, szacunkowa ilość zebranych śmieci codziennie 300kg 300 kg*30 dni*0,22 zł/kg = 1980 zł, koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg zmiotek*160 godz. = 80 ton*100 zł =8000 zł,
- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci z 1 przystanka (kosz + pow. przystanka) = 4 kg 117 szt.*4kg* 0,22zł/kg* 30dni = 3088,80 zł,
- b) Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,

- c)Oczyszczanie „ciężkie”- śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,
- d)Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości - śmieci utylizacja 1t = 220zł, 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 12 szt.*2 kg*0,22zł/kg* 30dni = 158,40 zł,
- e)Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł*1 kg=0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł,
- f)Zamiatanie powierzchni utwardzonych - koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg, 5 km=2500kg= 2,5T*100=250 zł,
- g)Koszenie - kompostownia 1 tona= 140 zł* 3t = 420 zł,
- h)Koszenie rowów melioracyjnych - kompostownia 1 tona= 140 zł* 2t = 280 zł,
- i)Grabienie i usuwanie liści - kompostownia 1 tona= 140 zł* 6t = 840 zł,

- w zakresie części II:

- a)Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości terenów - śmieci utylizacja 1t = 220zł, szacunkowa ilość zebranych śmieci codziennie 100 kg 100 kg* 30 dni*0,22 zł/kg = 660 zł, koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg zmiotek *70 godz. = 35 ton *100 zł =3500 zł,
- a)Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,
- b)Oczyszczanie „ciężkie” - śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,
- c)Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 75 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 990 zł,
- d)Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł,
- e)Zamiatanie powierzchni utwardzonych - koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg 5 km=2500kg= 2,5T*100=250 zł,
- f)Koszenie - kompostownia 1 tona= 140 zł* 3t = 420 zł,
- g)Grabienie i usuwanie liści - kompostownia 1 tona= 140 zł* 6t = 840 zł,
- h)Oczyszczanie wpustów ulicznych, studzienek kanalizacyjnych - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci przy 1 studzience = 1 kg 10 szt.*1 kg* 0,22zł/kg= 2,20 zł,
- i)Oczyszczanie tablic informacyjnych, słupów ogłoszeniowych 2 szt. - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci z 1 słupa = 50 kg 2 szt. *50 kg* 0,22zł/kg= 22,00 zł,

- w zakresie części III (parki), w tym utrzymanie parków – letnie:

- a)Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 1t = 220zł. Szacowana wielkość śmieci 1t*220zł = 220 zł,
- a)Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości- śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 71 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 937,20 zł,
- b)Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt.*2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł,

oraz utrzymanie parków – zimowe:

- a)Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 1t = 220zł. Szacowana wielkość śmieci 1t*220zł = 220 zł,
- a)Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości- śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 71 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 937,20 zł,
- b)Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł;

Zdaniem odwołującego nieuwzględnienie kosztów utylizacji odpadów w całym zamówieniu to niedoszacowanie na poziomie: 24.134,60 zł netto miesięcznie, tj. 362.019,00 zł netto w skali całego zamówienia.

Odwołujący dalej wskazał, że koszt worka na śmieci to około 29-40 groszy. Absolutnie więc niewiarygodne jest wskazywanie przez wykonawcę DAR możliwości kupienia worków za cenę 3 grosze za sztukę, a wykonawca nie przedłożył na potwierdzenie tej ceny żadnych dowodów. Przy realizacji zamówienia zapotrzebowanie na worki to około 9694 sztuki, przy niedoszacowaniu ceny 1 sztuki worka na poziomie 26 groszy miesięczne, niedoszacowanie realizacji zamówienia wynosi 2520,44 zł netto, a niedoszacowanie całego zamówienia (x 15 miesięcy): 37.806,60 zł netto.

Odwołujący podniósł również, że w ramach realizacji zamówienia wykonawca wykonuje bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej. Koszt ten wykonawca DAR oszacował na 150,00 zł za przystanek, błędnie wskazując w kalkulacji, że jest to stawka za 1 m kw. przystanku. Zgodnie z częścią opisową wykonawca DAR wyjaśnił wskazał, że koszt bieżącego, letniego i zimowego utrzymania czystości przystanków komunikacji miejskiej to w skali 15 miesięcy kwota 263.250,00 zł netto, co w skali miesiąca daje kwotę 17.550,00 zł netto,

a przy 117 przystankach wynosi 150,00 zł za przystanek. Przystanek ma powierzchnię istotnie większą niż 1m kw. Błąd przy przyjęciu jednostki do kalkulacji powoduje, że pozycja ta została kilku bądź kilkunastokrotnie zaniżona. Standardowo przystanek ma 15 metrów długości. Do posprzątania w ramach jednego przystanku jest teren istotnie większy niż 15m kw. (najczęściej od 30 do 80m kw.). Niemniej przyjmując nawet 15 m kw. zapewnienie czystości na jednym przystanku za kwotę 150,00 zł miesięcznie jest niemożliwe do zrealizowania. W efekcie tego koszty tej pozycji zostały istotnie zaniżone przez wykonawcę DAR i powinny być trzykrotnie wyższe, co powoduje niedoszacowanie zamówienia na poziomie około 500.000,00 zł netto w skali całego zamówienia.

W skład pozycji dotyczącej utrzymania czystości na przystankach, według wskazań OPZ, należy wykonywać oczyszczanie ze śmieci, opróżnianie koszy, mycie ławek, usuwanie wyrostków, mycie powierzchni utwardzonych, odśnieżanie, zapobieganie i zwalczanie śliskości. Z doświadczenia nabytego przez odwołującego podczas dotychczasowych wykonywanych prac związanych z bieżącym utrzymaniem czystości na przystankach komunikacji miejskiej wykonawca w celu kalkulacji ceny jednostkowej przyjął następujące wartości: 117 szt. przystanków utrzymanych każdorazowo codziennie 7 dni w tygodniu (na każdy z przystanków średnio 12 min na co składa się dojazd, wykonywanie pracy zgodnych z OPZ. Co daje 5 przystanków na godzinę pracy jednej brygady tj. 5 przystanków * 8 godz. pracy = 40 przystanków dla brygady, a więc kalkulacja wynagrodzenie jednej brygady na dzień przedstawia się następująco: 1 brygada – 2 pracowników tj. $8h * 2 \text{ osoby} = 8h * 30,84zł/h * 2 \text{ os} = 493,44 \text{ zł} * 21 \text{ dni} = 10362,24 \text{ zł}$, $10362,24 * 4 \text{ brygady} = 41448,96 \text{ zł}$ – miesięczne, wynagrodzenie dla 8 pracowników oddelegowanych do utrzymania przystanków. Wykonawca zakłada średni przebieg pojazdów do utrzymania przystanków na 50 km/ dziennie, co daje zużycie paliwa ON w kwocie 10 litrów/ 100 km = 5 litrów paliwa na 50 km, co daje koszt na jeden pojazd $5 * 5,10zł = 25,50 \text{ zł} * 21 \text{ dni} * 4 \text{ pojazdy} = 2142,00 \text{ zł}$. Należy także dodać ilość wykorzystywanych worków na wymianę w kosztach przy przystankach ilość zwiększona o 5% w przypadku rozdarcia, wady, dodatkowej wymiany 117 przystanków * 30 dni = 3510 szt. +5% = 3686 szt. * 0,40 zł = 1474,40 zł. Ubezpieczenie pojazdów 1075 zł/rok/12 miesięcy = 89,58 zł/mc * 4 pojazdy = 358,32 zł. Śmieci utylizacja 1t = 220zł, 1 kg= 0,22 zł/kg. Średnia waga śmieci z 1 przystanka (kosz + pow. przystanka) = 4 kg 117 szt. * 4 kg * 0,22zł/kg* 30dni = 3088,80 zł. Środki do mycia użyte do mycia ławek przystankowych, mycia powierzchni utwardzonych, wykonawca szacuje na 4 krotne mycie w/w elementów w miesiącu. Zużycie rozcieńczonego środka do mycia szacuje na 10 litrów/przystanek tj. koncentrat 5l = 50,57 zł należy rozcieńczać wg producenta 1 koncentratu na 83 litry wody co daje z opakowania 5 litrowego 415 litrów wiec koszt 1 litra = 0,12 zł/litr * 10 litrów*117 przystanki * 4 razy w mc = 561,60 zł. Koszty administracyjne (telefony, Zwik, PGE, Ochrona, księgowość, obsługa prawna) na podstawie przedstawionych fv: $7966,80/117=68,09 \text{ zł/m}^2$ - 80% (wykonawca przewiduje z usługi pokryte będzie 20% całkowitych kosztów administracyjnych firmy w danym miesiącu) = 13,62 zł/szt., co należy pomnożyć przez 117 szt. = 1593,54 zł. Leasing/ubezpieczenia pojazdu na podstawie przedstawionych fv: $3832,01 \text{ zł}/117\text{szt}=32,75 \text{ zł/szt}$. 80% (wykonawca przewiduje z usługi pokryte będzie 20% w/w całkowitych kosztów w danym miesiącu) $6,55 \text{ zł/szt} * 117\text{szt} = 766,35 \text{ zł}$. BHP (rękawiczki, badania lekarskie, okulary, nauszники ochronne), naprawy pojazdów na podstawie przedstawionych fv: $1356,48 \text{ zł}/117\text{szt}=11,59$ -80% (wykonawca przewiduje z usługi pokryte będzie 20% całkowitych w/w kosztów firmy w danym miesiącu) = $2,32 \text{ zł/szt} * 117 \text{ szt} = 271,44 \text{ zł}$.

Sumując wskazane koszty utrzymania 117 przystanków wynoszą 51705,41 zł co daje kwotę za przystanek wynoszącą 441,93 zł/szt. miesięcznie.

Ponadto według odwołującego wykonawca DAR posiłkuje się w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny odwołaniami do dokumentów, których do wyjaśnień nie załączył, tj. ofertami soli; worków do koszy, rękawic; materiałów eksploatacyjnych do podkosiarek, pił mechanicznych; farb; sprzętu typu grabie, łopaty. Odwołujący kwestionuje możliwość zakupu w/w sprzętów, materiałów po cenach uwzględnionych przez wykonawcę w treści wyjaśnień.

Kalkulacja wykonawcy DAR jest ogólna, nie poparta dowodami, nieweryfikowalna. Zamawiający nie jest w stanie na podstawie przedstawionych kalkulacji ustalić: czy założenia do kalkulacji są zgodne z dokumentacją postępowania, w jaki sposób wykonawca wyliczył stawki jednostkowe, jak do kalkulacji została wyliczona stawka za m kw./szt. (tyczy się wszystkich kosztów: sprzętu, ludzi, materiałów, kosztów administracyjnych, kosztów wywozu odpadów) oraz czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Odwołujący przedstawia w załączeniu złożone przez siebie w przedmiotowym postępowaniu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, celem wykazania *a contrario* ogólnikowości i niekompletności wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego. Wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w pismach przewodnich w załączeniu. Odwołujący podtrzymuje zastrzeżenie i argumentację zastrzeżenia na potrzeby postępowania odwoławczego.

W ocenie odwołującego kalkulacja wykonawcy DAR została na potrzeby wyjaśnień RNC, a nie na potrzeby szacowania ceny ofertowej. Przyjęta cena ofertowa jest skalkulowana nierzetelnie, pochopnie, a przygotowane wyjaśnienia mają ją uwiarygodnić, dopasowują się do niej. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej cena rażąco niska to cena nie pozwalająca na pokrycie kosztów zrealizowanego zamówienia. To samo

należy zatem odnieść do istotnych części składowych ceny lub kosztu. W celu ustalenia czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu w rozumieniu art. 224 ust. 1 p.z.p. będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na ich wielkość lub rozmiar i wartość, mają znaczący udział w obliczonej cenie.

Za istotną część składową zaoferowanej ceny za usługi oczyszczania uznać należy koszt utylizacji odpadów (w ogóle nie uwzględniony w kalkulacji wykonawcy DAR – wykonawca o nim zapomniał, pominął go); koszt worków na śmieci (za którego to wykonawca wskazał nierynkową, niemożliwą do osiągnięcia cenę). Co więcej, jedną z usług składowych (utrzymanie przystanków) wykonawca wycenił na 150,00 zł miesięcznie za sztukę myłac przy kalkulacji ceny 1 m kw. z jedną sztuką. Przyjęcie 150,00 zł za jeden przystanek miesięcznie, przy konieczności jego codziennego posprzątania, obecności na nim pracowników wykonawcy jest poniżej kosztów realizacji takiej usługi. Złożone wyjaśnienia tej stawki nie potwierdzają – w ich treści wykonawca wskazuje, że cena za sprzątanie przystanków powinna wynosić 150,00 zł za m kw.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 517/24:

W dniu 16 lutego 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części 4 – Rejon V– obszar Górniak - Zarzew wniósł wykonawca „KAWON” Sp. z o.o. ul. Bartoka 29 lok. 38, 92546 Łódź (dalej zwany „odwołującym” lub „odwołującym Kawon”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty (pisownia oryginalna): zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „BRANDIV” I.B. ul. Kwietniowa 21, 93-361 Łódź co w konsekwencji spowodowało wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz 224 ust. 6 Pzp.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy I.B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.I. ul. Kwietniowa 21, 93-361 Łódź (dalej także jako „wykonawca BRANDIV”), odrzucenia oferty wykonawcy BRANDIV oraz ponowienia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawcy BRANDIV. Ponadto wniesiono zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunku przedstawionego na rozprawie.

Uzasadniając odwołanie odwołujący podnosił jak niżej.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia w zakresie części 4 – Rejon V– obszar Górniak - Zarzew 3.916.526,45 PLN brutto. Odwołujący zaoferował za realizację zamówienia za 4.070.680,70 zł brutto, a wykonawca BRANDIV za 3.565.864,19 zł brutto. Rozbieżność w cenach powoduje, oferta wykonawcy BRANDIV jest w przekonaniu odwołującego nieadekwatnie niska do przedmiotu zamówienia, a zaoferowana cena wynika z nieuwzględnienia w kalkulacji ceny ofertowej kosztów utylizacji odpadów, przyjęcia zaniżonej, nierynkowej ceny za worki (0,03 zł za szt.) i istotnie zaniżonych kosztów obsługi przystanków. Ponadto wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających wykorzystane do kalkulacji ceny: soli; worków do koszy, rękawic, materiałów eksploatacyjnych do podkosiarek, pił mechanicznych; farb i sprzętu typu grabie, łopaty, a jego kalkulacja jest nieweryfikowalna.

Wykonawca BRANDIV pominął przy kalkulacji ceny ofertowej koszt utylizacji odpadów. Kalkulacja załączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie uwzględnia tego kosztu. Składowymi niniejszego zamówienia są usługi:

- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości terenów (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) – Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy zamiatarki chodnikowej, koszt pracy samochodu samowyladawczego, koszt pracy zgrabiarki do liści, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej (Część I Pasy Dróg Publicznych) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy zamiatarki chodnikowej, koszt pracy samochodu samowyladawczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- b) Oczyszczanie ze śmieci (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane, Część III Parki) Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowyladawczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- c) Oczyszczanie „ciężkie” (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowyladawczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- d) Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane, Część III Parki) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowyladawczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;

- e) Opróżnianie koszy do segregacji (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane, Część II Parki) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt worków na śmieci, koszt pracy samochodu samowładowczego, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- f) Zamiatanie powierzchni utwardzonych (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy samochodu samowładowczego, koszt pracy zmiatarki chodnikowej, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- g) Koszenie (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy sprzętu, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- h) Koszenie rowów melioracyjnych (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy sprzętu, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- i) Grabienie i usuwanie liści (Część I Pasy Dróg Publicznych, Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca uwzględnił w kalkulacji koszt pracy sprzętu, a nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- j) Oczyszczanie wpustów ulicznych, studzienek kanalizacyjnych (Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- k) Oczyszczanie tablic informacyjnych, słupów ogłoszeniowych 2 szt. (Część II Tereny Gminne Niezabudowane) - Wykonawca nie uwzględnił kosztu utylizacji odpadów;
- Bazując na opisie przedmiotu zamówienia, zdaniem odwołującego, pominięty koszt utylizacji odpadów to:
- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości terenów – śmieci utylizacja 1t = 220zł. Szacunkowa ilość zebranych śmieci codziennie 80 kg 80 kg* 30 dni*0,22 zł/kg = 528 zł/msc, koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg zmiotek *16godz = 8 ton *100 zł =800 zł/msc,
- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej - śmieci utylizacja 1t = 220zł, 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci z 1 przystanku (kosz + pow. przystanka) = 5 kg 76szt *5 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 2508 zł/msc,
- b) Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,
- c) Oczyszczanie „ciężkie” - śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,
- d) Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości - śmieci utylizacja 1t = 220zł, 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 108szt *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 1425,60 zł/msc,
- e) Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł*1 kg=0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł,
- f) Zamiatanie powierzchni utwardzonych - koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg, 5 km=2500kg= 2,5T*100=250 zł,
- g) Koszenie - kompostownia 1 tona= 140 zł* 3t = 420 zł,
- h) Koszenie rowów melioracyjnych - kompostownia 1 tona= 140 zł* 2t = 280 zł,
- i) Grabienie i usuwanie liści - kompostownia 1 tona= 140 zł* 5t = 700 zł,
- w zakresie części II:
- a) Bieżące, letnie i zimowe utrzymanie czystości terenów – śmieci utylizacja 1t = 220zł. Szacunkowa ilość zebranych śmieci codziennie 10kg 10 kg*30 dni*0,22 zł/kg = 66,00 zł/msc, koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg zmiotek *5 godz. = 2,5ton *100 zł =250 zł/msc,
- a) Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,
- b) Oczyszczanie „ciężkie” - śmieci utylizacja 1t = 220zł 1t*220zł = 220 zł,
- c) Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 9szt *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 118,80 zł/msc,
- d) Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł,
- e) Zamiatanie powierzchni utwardzonych - koszt zmiotek do utylizacji 1km = 500kg 5 km=2500kg= 2,5T*100=250 zł,
- f) Koszenie - kompostownia 1 tona= 140 zł* 3t = 420 zł,
- g) Grabienie i usuwanie liści - kompostownia 1 tona= 140 zł* 5t = 700 zł,
- h) Oczyszczanie wpustów ulicznych, studzienek kanalizacyjnych - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci przy 1 studziencie = 1 kg 10 szt.*1 kg* 0,22zł/kg= 2,20 zł,
- i) Oczyszczanie tablic informacyjnych, słupów ogłoszeniowych 2 szt. - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci z 1 słupa = 50 kg 1szt *50 kg* 0,22zł/kg= 11,00 zł,
- w zakresie części III (parki), w tym utrzymanie parków – letnie:
- a) Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 2t = 220zł. Szacowana wielkość śmieci 2t*220zł = 440 zł,

- a) Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 111szt *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 1465,20 zł/msc,
- b) Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt.*2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł,

oraz utrzymanie parków – zimowe:

- a) Oczyszczanie ze śmieci - śmieci utylizacja 1t = 220zł. Szacowana wielkość śmieci 2t*220zł = 440 zł,
- a) Opróżnianie koszy ulicznych i na psie nieczystości- śmieci utylizacja 1t = 220zł, 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 111szt *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 1465,20 zł/msc,
- b) Opróżnianie koszy do segregacji - śmieci utylizacja 1t = 220zł. 1 kg= 0,22 zł/kg, średnia waga śmieci w 1 koszu = 2 kg 10 szt. *2 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 132 zł;

Zdaniem odwołującego nieuwzględnienie kosztów utylizacji odpadów w całym zamówieniu to niedoszacowanie na poziomie: 174.912,00 zł netto w skali całego zamówienia.

W ocenie odwołującego koszt worka na śmieci to około 29 - 40 groszy i absolutnie niewiarygodne jest wskazywanie przez wykonawcę BRANDIV możliwości kupienia worków za cenę 3 grosze za sztukę, który nie przedłożył na potwierdzenie tej ceny żadnych dowodów. Przy realizacji zamówienia na przedmiotową część miesięczne zapotrzebowanie na worki to około 8181 sztuk, tak wyjaśnienia RNC złożone przez odwołującego. Przy niedoszacowaniu ceny 1 szt. worka na poziomie 26 groszy miesięczne niedoszacowanie realizacji zamówienia wynosi 2126,80 zł netto, a niedoszacowanie całego zamówienia (x 15 miesięcy): 31.902,00 zł netto.

Ponadto, wykonawca oszacował koszt bieżącego utrzymania przystanków na 200 zł za przystanek, błędnie wskazując w kalkulacji, że jest to stawka za 1 m kw. przystanku. Zgodnie z częścią opisową wyjaśnień wykonawca wskazał, że koszt bieżącego, letniego i zimowego utrzymania czystości przystanków komunikacji miejskiej to w skali 15 miesięcy kwota 228.000,00 zł netto, co w skali miesiąca daje kwotę 15.200,00 zł netto, co przy 76 przystankach daje kwotę 200,00 zł za przystanek. Przystanek ma powierzchnię istotnie większą niż 1 m kw. Błąd przy przyjęciu jednostki do kalkulacji powoduje, że pozycja ta została kilkukrotnie zaniżona. Standardowo przystanek ma 15 metrów długości. Do posprzątania w ramach jednego przystanku jest teren istotnie większy niż 15m kw. (najczęściej od 30 do 80 m kw.). Niemniej przyjmując nawet 15 m kw. zapewnienie czystości na jednym przystanku za kwotę 200,00 zł miesięcznie jest niemożliwe do zrealizowania. W efekcie tego koszty tej pozycji zostały istotnie zaniżone przez wykonawcę BRANDIV powinny być co najmniej dwu i pół razy wyższe. To niedoszacowanie zamówienia na poziomie około 330.000 zł netto w skali całego zamówienia.

W skład w/w pozycji wg wskazań OPZ należy wykonywać: Oczyszczanie ze śmieci, opróżnianie koszy, mycie ławek, usuwanie wyrostków, mycie powierzchni utwardzonych, odśnieżanie, zapobieganie i zwalczanie śliskości. Z doświadczenia nabytego przez wykonawcę podczas dotychczasowych wykonywanych prac związanych z bieżącym utrzymaniem czystości na przystankach komunikacji miejskiej Wykonawca w celu kalkulacji ceny jednostkowej przyjął następujące wartości: 76 szt. przystanków utrzymanych każdorazowo codziennie 7 dni w tygodniu (na każdy z przystanków średnio 12 min, na co składa się dojazd, wykonywanie pracy zgodnych z OPZ. Co daje 5 przystanków na godzinę pracy jednej brygady tj. 5 przystanków * 8 godz. pracy = 40 przystanków dla brygady, a więc kalkulacja wynagrodzenie jednej brygady na dzień przedstawia się następująco: 1 brygada - 2 pracowników tj. 8h *2 osoby = 8h * 30,84zł/h*2 os = 493,44 zł *21 dni = 10362,24 zł 10362,24 *3 brygady = 31086,72 zł/msc - miesięczne wynagrodzenie dla 6 pracowników oddelegowanych do utrzymania przystanków. Wykonawca zakłada średni przebieg pojazdów do utrzymania przystanków na 50 km/dziennie co daje zużycie paliwa ON w kwocie 12 litrów/100 km = 6 litrów paliwa na 50 km co daje koszt na jeden pojazd 6*5,10zł = 30,60 zł * 21dni * 3 pojazdy = 1927,8 zł/msc. Ilość wykorzystywanych worków na wymianę w koszach przy przystankach ilość zwiększona o 10% w przypadku rozdarcia, wady, dodatkowej wymiany 76 przystanków*30 dni = 2280 szt. +10% = 2508 szt. *0,29 zł = 727,32 zł/msc. Ubezpieczenie pojazdu 1682 zł/rok /12 miesięcy = 140 zł/msc * 3 pojazdy =420 zł/msc. Śmieci utylizacja 1t = 220 zł, 1 kg= 0,22 zł/kg Średnia waga śmieci z jednego przystanka (kosz + pow. przystanka) = 5 kg 76 szt. *5 kg* 0,22zł/kg* 30dni = 2508 zł/msc. Środki do mycia użyte do mycia ławek przystankowych, mycia powierzchni utwardzonych, Wykonawca szacuje na 4 krotne mycie w/w elementów w miesiącu. Zużycie rozcieńczonego środka do mycia szacuje na 10 litrów/przystanek tj. koncentrat 5l = 50,57 zł należy rozcieńczać wg producenta 1 koncentratu na 83litry wody co daje z opakowania 5 litrowego 415 litrów więc koszt 1 litra = 0,12 zł/litr * 10 litrów * 76 przystanki * 4 razy w msc = 364,80 zł/msc. Koszty administracyjne (księgowość, obsługa prawna) na podstawie przedstawionych fv: 11700/76 = 153,95 zł - 60% (wykonawca przewiduje z usługi pokryte będzie 40% całkowitych kosztów administracyjnych firmy w danym miesiącu) =61,58 zł z przystanku miesięcznie, sumując wskazane koszty utrzymania 76 przystanków wynoszą 3.7096,22 zł co daje kwotę za przystanek wynoszącą 488,11 zł/szt. miesięcznie.

Odwołujący dalej podniósł, że wykonawca BRANDIV w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny posiłkuje się odwołaniami do dokumentów, których do wyjaśnień nie załączył, tj. ofertami soli; worków do koszy, rękawic; materiałów eksploatacyjnych do podkosiarek, pił mechanicznych; farb; sprzętu typu grabie, łopaty. Odwołujący kwestionuje możliwość zakupu w/w sprzętów, materiałów po cenach uwzględnionych przez wykonawcę w treści wyjaśnień.

W ocenie odwołującego kalkulacja wykonawcy BRANDIV jest ogólna, nie poparta dowodami, nieweryfikowalna. Zamawiający nie jest w stanie na podstawie przedstawionych kalkulacji ustalić: czy założenia do kalkulacji są zgodne z dokumentacją postępowania, w jaki sposób wykonawca wyliczył stawki jednostkowe, jak do kalkulacji została wyliczona stawka za m kw./szt. (tyczy się wszystkich kosztów: sprzętu, ludzi, materiałów, kosztów administracyjnych, kosztów wywozu odpadów) oraz czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Odwołujący przedstawia w załączeniu złożone przez siebie w przedmiotowym postępowaniu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, celem wykazania *a contrario* ogólnikowości i niekompletności wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego. Wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w pismach przewodnich w załączeniu. Odwołujący podtrzymuje zastrzeżenie i argumentację zastrzeżenia na potrzeby postępowania odwoławczego.

W ocenie odwołującego kalkulacja wykonawcy BRANDIV została na potrzeby wyjaśnień RNC, a nie na potrzeby szacowania ceny ofertowej. Przyjęta cena ofertowa jest skalkulowana nierzetelnie, pochopnie, a przygotowane wyjaśnienia mają ją uwiarygodnić, dopasowując się do niej. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej cena rażąco niska to cena nie pozwalająca na pokrycie kosztów zrealizowanego zamówienia. To samo należy zatem odnieść do istotnych części składowych ceny lub kosztu. W celu ustalenia czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu w rozumieniu art. 224 ust. 1 p.z.p. będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na ich wielkość lub rozmiar i wartość, mają znaczący udział w obliczonej cenie.

Za istotną część składową zaoferowanej ceny za usługi oczyszczania uznać należy koszt utylizacji odpadów (w ogóle nie uwzględniony w kalkulacji wykonawcy BRANDIV – wykonawca o nim zapomniał, pominął go); koszt worków na śmieci (za którego to wykonawca wskazał nierynkową, niemożliwą do osiągnięcia cenę). Co więcej, jedną z usług składowych (utrzymanie przystanków) wykonawca wycenił na 200,00 zł miesięcznie za sztukę myłąc przy kalkulacji ceny 1 m kw. z jedną sztuką. Przyjęcie 200,00 zł za jeden przystanek miesięcznie, przy konieczności jego codziennego posprzątania, obecności na nim pracowników wykonawcy jest poniżej kosztów realizacji takiej usługi. Złożone wyjaśnienia tej stawki nie potwierdzają – w ich treści wykonawca wskazuje, że cena za sprzątanie przystanków powinna wynosić 200,00 zł za m kw.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołania w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o ich oddalenie w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego pismach procesowych z dnia 1 marca 2024 r.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt: KIO 516/24 wykonawcę D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.W. „DAR” ul. Kosodrzewiny 88, 92-411 Łódź (dalej zwanego jako „przystępujący DAR”), a w sprawie sygn. akt: KIO 517/24 wykonawcę I.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B.I. ul. Kwietniowa 21, 93-361 Łódź (dalej zwaną jako „przystępujący BRANDIV”), którzy zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawili swoje stanowiska procesowe w formie pisemnej – pisma z dnia 1 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowych sprawach, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań 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 złożonych przez przystępujących wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z dowodami. W ocenie odwołujących oferty przystępującego DAR i przystępującego BRANDIV powinny zostać odrzucone, ponieważ zawierają rażąco niskie ceny, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanych cen – co spowodowało naruszenie przez zamawiającego art. 226

ust. 1 pkt 8 p.z.p. oraz art. 224 ust. 6 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach – stwierdziła, że sformułowane przez odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a zatem rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż prawidłowo oceniono złożone przez przystępujących wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołujących są bezzasadne i jako takie powinny zostać oddalone. Stanowisko o ogólnych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny nie znajduje oparcia w materiale procesowym. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zawierają szczegółowe, adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym jednoznacznie i kompletnie odpowiadają na treść wezwań do złożenia wyjaśnień. Izba stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że przystępujący rzetelnie skalkulowali ceny, w oparciu o indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonymu w art. 224 ust. 5 p.z.p. Przechodząc do omówienia poszczególnych elementów wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożonych przez przystępujących, skład orzekający wskazuje co następuje.

W odwołaniu sygn. akt: KIO 516/24 odwołujący Chybotex podnosił, że z wyjaśnień przystępującego DAR złożonych w dniu 15 stycznia 2024 r., na wezwanie zamawiającego z dnia 3 stycznia 2024 r. wynika, iż przystępujący nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów utylizacji odpadów, co miało powodować niedoszacowanie na poziomie 24.134,60 zł netto miesięcznie (362.019,00 zł w skali całego zamówienia). Skład orzekający stwierdził, że takie założenie odwołującego pomija treść złożonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny i jako nieznajdujące oparcia w materiale procesowym nie zasługuje na podzielenie. W tym miejscu warto zaznaczyć, że wyjaśnienia ceny zostały częściowo skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego DAR, co nie zostało zaskarżone.

Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2024 r. przystępujący DAR szczegółowo opisał ten czynnik cenotwórczy w lit. d na str. 8-9, co poparto adekwatnymi dowodami. Z treści wyjaśnień kalkulacji ceny jednoznacznie wynika, że wszelkie koszty związane z odbiorem, wywozem i utylizacją odpadów zostały dostrzeżone przez wykonawcę i uwzględnione w cenie oferty. Wskazano także na indywidualne warunki w tym zakresie, które posiada przystępujący, które wpływają na możliwość zaoferowania korzystnej ceny, co poparto wiarygodnymi dowodami stanowiącymi załączniki do wyjaśnień wskazującymi, iż zastosowane stawki są rynkowe i ekwiwalentne. Jest to spójne ze szczegółową kalkulacją ceny, która została odtajniona przez zamawiającego, w której wskazano ten koszt w kosztach pośrednich (wynoszących 60%, wliczonych w ceny jednostkowe). Powyższe dodatkowo potwierdza oświadczenie kosztorysanta, pana P.W.

Strony były zgodne, że dla niemal każdej pozycji kosztowej powstaje koszt utylizacji odpadów, więc wliczenie tej ceny w koszt pośredni dla cen jednostkowych jest prawidłowe, są to też różne odpady np. odpady organiczne czy odpady z koszy ulicznych/koszy na psie nieczystości, stąd uśrednienie i zawarcie tej ceny w kosztach pośrednich jest racjonalne. Skład orzekający zgadza się także z zamawiającym, że nie ma podstaw do wymagania wskazania odrębnej pozycji takiego kosztu (zamawiający także nie narzucał takich wymagań w wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny), a przyjęcie uśrednionej stawki jest właściwe.

Zarzut sprowadza się do stwierdzenia przez odwołującego, że koszt ten został pominięty i na tym strona poprzestaje; w dalszej części odwołania następuje kalkulacja własna odwołującego rzekomo nieuwzględnionego kosztu (*vide* str. 7-9 odwołania). Jednakże skoro hipoteza o pominięciu przedmiotowego kosztu przez przystępującego jest sprzeczna z treścią wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, szczegółowe odnośnienie się do wyliczeń odwołującego, które zostały oparte na wadliwym założeniu wyjściowym, jest niecelowe, ponieważ wyliczenia te nie dotyczą oferty przystępującego. Zatem jedynie dodatkowo skład orzekający zaznacza, że popiera i przyjmuje za własną argumentację zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, że wskazane rozliczenie na tony jest błędne, gdyż przystępujący DAR przyjął rozliczenie za wywóz kontenera o określonej objętości, więc dla prawidłowości kalkulacji odwołujący powinien przeliczyć wagę 1 metra sześciennego odpadów na 1 tonę, aby ustalić prawidłową stawkę za wywóz odpadów. Ponadto na wagę metra sześciennego wpływa rodzaj odpadu, co pominięto. Omawiane wyliczenie jest zatem nie tylko nie związane z ofertą przystępującego i z jego wyjaśnieniami sposobu kalkulacji ceny, a dodatkowo jest znacząco uproszczone i sporządzono je w wadliwej jednostce miary.

Odwołujący Chybotex podnosił także, iż przyjęcie przez przystępującego kosztu worka na śmieci za 3 grosze za sztukę jest pozbawione przymiotu wiarygodności. Koszt worka na śmieci wynosi 29-40 groszy. Podnoszono również, że

przystępujący DAR nie złożył żadnych dowodów potwierdzających przyjętą cenę. Izba stwierdziła, że także i to założenie odwołującego mija się z treścią wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego DAR. Po pierwsze, w odtajnionej kalkulacji szczegółowej przystępujący przyjął metodę uśrednienia kosztów, stąd przyjęto średnio 3 grosze na daną pozycję, co nie oznacza przyjęcia ceny jednego worka za 3 grosze. Cena stanowi wartość uśrednioną kosztu zakupu worka, jaki przypada na realizację danej części zamówienia (3 grosze za m²). Po drugie, cena za jeden worek, którą przystępujący przyjął w cenie oferty bezpośrednio wynika z części opisowej wyjaśnień ceny (lit. c na str. 8 wyjaśnień z 15.01.24 r.) i została poparta dowodem, który został skutecznie zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego. Warto dodać, że wskazana tam cena mieści się w kwocie podanej przez odwołującego jako cena rynkowa, zatem nie jest rażąco niska.

Izba dalej stwierdziła, że nie znalazło potwierdzenia w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny stanowisko odwołującego o zaniżeniu przez przystępującego DAR stawki za utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej. Mając bowiem na uwadze formularz ofertowy przystępującego i treść wyjaśnień ceny – lit. b pn. bieżące letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej na str. 4 wyjaśnień i zawarła tam, objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, cenę za XX miesięcy/cenę za miesiąc, co dzieląc przez 117 szt. daje kwotę zbliżoną z formularzem ofertowym przystępującego DAR – należy przyjąć, że przystępujący zaoferował 150,00 zł za utrzymanie jednej sztuki przystanku, a nie za m² przystanku, jak wadliwie wskazano w szczegółowej kalkulacji, która nie jest spójna z ww. dokumentami.

Dokonując rekonstrukcji oświadczenia przystępującego zawartego w tabelarycznej kalkulacji cen jednostkowych należy mieć na uwadze okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, w tym cel, jaki kalkulacja szczegółowa miała spełniać (art. 65 § 1 k.c.) – wyjaśniać cenę z formularza ofertowego i pokazywać cenę z wyjaśnień, w rozbiciu na szczegółowe ceny jednostkowe. Przy tym przyjęcie w ustalonym stanie rzeczy, że wolą przystępującego DAR było wyliczenie w tabeli kalkulacji szczegółowej ceny za m² jest nie tylko sprzeczne z formularzem oferty, ale wymagałoby także przyjęcia irracjonalnego założenia, że wykonawca, który uczestniczy w profesjonalnym obrocie na tym rynku, przyjmuje, że przystanek ma powierzchnię 1m. Odkodowując oświadczenie woli przystępującego ze szczegółowej kalkulacji, mając na uwadze okoliczności w jakich zostało złożone, nie sposób przyjąć innego założenia, niż że doszło do błędu pisarskiego w zakresie oznaczenia jednostki miary w tabeli. W szczególności, że w przedmiotowych tabelach w kalkulacji kilkakrotnie wskazano jako jednostkę miary m², mamy też szt. (np. tabela dot. oczyszczania tablic informacyjnych, słupów ogłoszeniowych), km czy h. Dość skomplikowany charakter kalkulacji i wielość zastosowanych różnych jednostek miary spowodował błąd w jednej z nich – omyłkę przy końcowym wskazaniu jednostki dotyczącej ceny za bieżące letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej, którą zgodnie z wyjaśnieniami i formularzem ofertowym powinna być szt., a nie m². Dodatkowo powyższe potwierdza oświadczenie kosztorysanta pana P.W. W konsekwencji nie sposób przyjąć, aby wyliczenia odwołującego Chybotex ze str. 10-11 odwołania dotyczyły oferty przystępującego DAR. Jak również, mając na uwadze zestawienie cen przedłożone przez zamawiającego, kwota zaoferowana przez przystępującego jest stawką rynkową, ekwiwalentną i nie odbiega od stawek zaoferowanych przez innych wykonawców.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku złożenia dokumentów potwierdzający wykorzystane do kalkulacji ceny soli, worków do koszy, rękawic, materiałów eksploatacyjnych do podkosiarek czy pił mechanicznych, farb i sprzętu typu grabie, łopaty, itp., Izba wskazuje, że nie znalazł on potwierdzenia w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny złożonych przez przystępującego DAR. Przystępujący złożył adekwatne i wiarygodne dowody w tym przedmiocie – stosowne oferty załączono do wyjaśnień. Ponadto odwołujący w ogóle nie odniósł się do zaoferowanych przez przystępującego cen. Takie postawienie zarzutu, w którym nie pada żadna kwota, powoduje, że stanowisko odwołującego Chybotex nie poddaje się weryfikacji, ponieważ skład orzekający nie ma z czym skonfrontować treści i wyliczeń z wyjaśnień przystępującego, co powoduje oddalenie odwołania w tym zakresie.

W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 517/24 Izba dodatkowo wskazuje, że odwołujący Kawon podnosił, iż z wyjaśnień przystępującego BRANDIV, które złożono w dniu 2 stycznia 2024 r., na wezwanie zamawiającego z dnia 20 grudnia 2023 r., wynika, że przystępujący nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów utylizacji odpadów, co miało powodować niedoszacowanie na poziomie 11.660,80 zł netto miesięcznie (174.912,00 zł dla całego zamówienia). Skład orzekający stwierdził, że takie założenie nie znajduje oparcia w materiale dowodowym i pomija treść złożonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego. Warto też dodać, że wyjaśnienia ceny zostały częściowo skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego BRANDIV, co nie zostało zaskarżone.

Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach przystępującego BRANDIV szczegółowo opisano rzeczony składnik cenotwórczy – lit. d na str. 7-8 wyjaśnień z 2 stycznia 2024 r., oraz poparto wyjaśnienia miarodajnymi i adekwatnymi dowodami. Z treści wyjaśnień kalkulacji ceny jednoznacznie wynika, że wszelkie koszty związane z odbiorem, wywozem i utylizacją odpadów zostały dostrzeżone przez wykonawcę i uwzględnione w cenie oferty. Wskazano także na

indywidualne warunki w tym zakresie, które posiada przystępujący, które wpływają na możliwość zaoferowania korzystnej ceny, co poparto dowodami z dokumentów stanowiącymi załączniki do wyjaśnień. Zgodnie z dowodami przyjęte stawki są rynkowe i spójne ze szczegółową kalkulacją ceny. W szczegółowej, tabelarycznej kalkulacji koszt ten uwzględniono w kosztach pośrednich wynoszących 60% i wliczonych w każdą cenę jednostkową, co dodatkowo potwierdza oświadczenie kosztorysanta pana P.W.

Nie było spornym, że koszt utylizacji odpadów powstaje dla niemal każdej pozycji kosztowej, więc wliczenie go w koszt pośredni dla cen jednostkowych jest właściwe. Są to też różne rodzaje odpadów (np. odpady organiczne czy odpady z koszy ulicznych/koszy na psie nieczystości), stąd uśrednienie i zawarcie tej ceny w kosztach pośrednich cen jednostkowych jest racjonalne. Izba zgadza się także z zamawiającym, że nie ma podstaw do wymagania wskazania odrębnej pozycji dla takiego kosztu – tym bardziej, że zamawiający nie narzucał takich wymagań w wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny. Ergo przyjęcie uśrednionej stawki jest prawidłowe.

Warto także zaznaczyć, że omawiany zarzut sprowadza się do stwierdzenia przez odwołującego Kawon, że koszt ten został pominięty, w dalszej części odwołania następuje kalkulacja własna odwołującego rzekomo nieuwzględnionego kosztu – str. 6-9 odwołania. Skoro więc hipoteza o pominięciu przedmiotowego kosztu przez przystępującego BRANDIV mija się z treścią wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, szczegółowe odnoszenie się do wyliczeń opartych na nieprawidłowym założeniu odwołującego jest niecelowe, gdyż wyliczenia te nie dotyczą oferty przystępującego. Jedyne dodatkowo skład orzekający zauważa, że popiera i przyjmuje za własną argumentację zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, że wskazane w odwołaniu rozliczenie na tony jest wadliwe, ponieważ przystępujący przyjął rozliczenie za wywóz kontenera o określonej objętości. Dla prawidłowości kalkulacji odwołujący powinien przeliczyć wagę 1 metra sześciennego odpadów na 1 tonę, aby ustalić prawidłową stawkę za wywóz odpadów, przy tym na wagę metra sześciennego wpływa rodzaj odpadu, co pominięto. Zatem wyliczenie odwołującego nie jest nawet luźno związane z ofertą przystępującego i z jego wyjaśnieniami sposobu kalkulacji ceny, a dodatkowo jest wadliwe, znacząco uproszczone i sporządzone w nieprawidłowej jednostce miary.

Dalej odwołujący Kawon podnosił, że niewiarygodnym jest przyjęcie przez przystępującego kosztu worka na śmieci za 3 grosze za sztukę, ponieważ taki koszt wynosi 29-40 groszy. Wskazywano też, że przystępujący BRANDIV nie złożył żadnych dowodów potwierdzających przyjętą cenę. Izba stwierdziła, że i to założenie odwołującego jest sprzeczne z treścią wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego BRANDIV.

W kalkulacji szczegółowej przystępujący przyjął metodę uśrednienia kosztów, stąd przyjęto średnio 3 grosze na daną pozycję, co nie oznacza przyjęcia ceny jednego worka w wysokości 3 groszy. Cena z wyjaśnień stanowi wartość uśrednioną kosztu zakupu worka, jaki przypada na realizację danej części zamówienia, tj. 3 grosze za m². Natomiast cena za jeden worek, którą przystępujący przyjął w cenie oferty, bezpośrednio wynika z części opisowej wyjaśnień ceny – tak lit. c, str. 6-7 wyjaśnień ceny, i została poparta właściwym dowodem, który jest skutecznie zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego. Dodatkowo Izba wskazuje, że wskazana tam wartość mieści się w kwocie podanej przez odwołującego jako cena ekwiwalentna, więc nie jest to cena rażąco niska.

Skład orzekający dalej stwierdził, że nie znalazło potwierdzenia w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny stanowisko odwołującego o zaniżeniu przez przystępującego BRANDIV stawki za utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej. Mając na uwadze formularz ofertowy przystępującego i treść wyjaśnień ceny (str. 8, lit. b pn. bieżące letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej i podaną tam, objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, cenę za XX miesięcy/cenę za miesiąc, co dzieląc przez 76 szt. daje kwotę zbliżoną z formularzem ofertowym przystępującego) należy przyjąć, że przystępujący zaoferował 200,00 zł za utrzymanie jednej sztuki przystanku, a nie za m² przystanku, jak wadliwie wskazano w szczegółowej, tabelarycznej kalkulacji, która nie jest spójna z powyższymi dokumentami.

Dokonując odkodowania oświadczenia przystępującego zawartego w tabelarycznej kalkulacji cen jednostkowych należy mieć na uwadze okoliczności, w których to oświadczenie zostało złożone (art. 65 § 1 k.c.), w tym także powód składania szczegółowej kalkulacji przez wykonawcę, którym jest wyjaśnienie ceny z formularza ofertowego i pokazanie ceny z wyjaśnień, w rozbiciu na szczegółowe ceny jednostkowe. Należy mieć także na uwadze, że przyjęcie w ustalonym stanie rzeczy, że wolą przystępującego BRANDIV było wyliczenie w tabeli kalkulacji szczegółowej ceny za m² jest nie tylko sprzeczne z jego formularzem oferty, ale wymagałoby przyjęcia nieracjonalnego założenia, że wykonujący swoją działalność zawodowo, uczestniczący w profesjonalnym obrocie na tym rynku wykonawca zakłada, że przystanek ma powierzchnię 1m. Rekonstruując oświadczenie woli przystępującego ze szczegółowej kalkulacji, mając na uwadze okoliczności w jakich zostało złożone, nie sposób przyjąć innego założenia, niż że doszło do omyłki w zakresie oznaczenia jednostki miary w tabeli. Dodatkowo, w tabelach kalkulacji kilkakrotnie wskazano jako jednostkę m², zastosowano też szt. (np. mycie i dezynfekcja obiektów małej architektury), km lub h. Dość skomplikowany charakter kalkulacji i wielość zastosowanych różnych jednostek miary spowodował błąd pisarski w jednej z nich – omyłkę w

końcowym wskazaniu jednostki dotyczącej ceny za bieżące letnie i zimowe utrzymanie czystości przystanków komunikacji miejskiej, którą zgodnie z wyjaśnieniami i formularzem ofertowym powinna być szt., a nie m². Powyższe dodatkowo potwierdza złożone przez przystępującego oświadczenie kosztorysanta (tak oświadczenie pana P.W.).

Nie sposób zatem przyjąć, żeby wyliczenia odwołującego Kawon, zawarte na str. 10 odwołania, dotyczą oferty przystępującego. Natomiast mając na uwadze zestawienie cen, które zostało przedłożone przez zamawiającego, kwota zaoferowana przez przystępującego BRANDIV jest stawką rynkową, ekwiwalentną i nie odbiega od stawek zaoferowanych przez innych wykonawców.

Co do argumentacji odwołującego Kawon dotyczącej braku złożenia przez przystępującego dokumentów potwierdzających wykorzystane do kalkulacji ceny soli, worków do koszy, rękawic, materiałów eksploatacyjnych do podkosciarek czy pił mechanicznych, farb i sprzętu typu grabie, łopaty itp., skład orzekający stwierdził, że stanowisko to nie znalazło potwierdzenia w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego BRANDIV. Przystępujący przedstawił adekwatne i miarodajne dowody w tym zakresie – właściwe oferty, które załączono do wyjaśnień. Należy także zaznaczyć, że odwołujący w ogóle nie odniósł się do poziomu zaoferowanych przez przystępującego cen. Postawiono zarzut, w którym nie pada żadna kwota, co powoduje, że stanowisko odwołującego nie poddaje się weryfikacji, ponieważ Izba nie ma z czym skonfrontować treści i wyliczeń z wyjaśnień przystępującego, co powoduje oddalenie odwołania w tym zakresie.

Ponadto w obydwu sprawach (sygn. akt: KIO 516/24 i sygn. akt: KIO 517/24) odwołujący podnosili, że wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępujących są nieweryfikowalne. W ocenie Izby nie sposób nie zauważyć, że przedstawiając uzasadnienie faktyczne tej tezy odwołujący ograniczyli się do gołosłownego stwierdzenia, że zamawiający na podstawie wyjaśnień nie jest w stanie ustalić czy założenia do kalkulacji są zgodne z dokumentacją postępowania, w jaki sposób wyliczono stawki jednostkowe, w tym jak wyliczono koszt sprzętu, ludzi, materiałów, kosztów administracyjnych, kosztów wywozu odpadów, etc. Nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o subiektywne, nie poparte żadnymi dowodami przekonanie strony w zakresie rzeczywistości – Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem na podstawie dowodów, nie zaś twierdzeń, a tym bardziej przekonania stron. Ponieważ przystępujący obszernie i rzeczowo wykazali zasadność dokonanych kalkulacji, które poparto właściwym materiałem dowodowym, a odwołujący ograniczyli się nawet nie do twierdzeń, a wyrażenia swojego przekonania o nieweryfikowalności kalkulacji, nie było żadnych podstaw, aby wiarygodne wyjaśnienia ceny zakwestionować. Innymi słowy, nie wystarczy samo postulowanie, że zdaniem odwołujących przystępujący powinni wyjaśnić więcej, bardziej szczegółowo opisać składniki cenowe, czy pokazać szersze wyliczenia. Gołosłowna polemika z wybranymi czynnikami obniżającymi cenę z wyjaśnień nie wystarczy, by podważyć ocenę zamawiającego o prawidłowo wyjaśnionej cenie. Odwołujący pomylili podnoszenie twierdzeń z ich wykazywaniem, nie podjęto próby przedstawienia dowodów, które pozwoliłyby na odniesienie się i ocenę tego stanowiska.

Odwołanie posiada raczej charakter polemiki z czynnikami podanymi w wyjaśnieniach przystępujących, bez faktycznego podważenia szczegółowych kalkulacji i dowodów, niejednokrotnie z pominięciem treści tych wyjaśnień. Odwołujący w sposób niezasadny uznali, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie treści wyjaśnień, tak jakby cena nie była szczegółowo wyjaśniana. Odwołujący przy tym pominieli, że udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczyli już materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostali ciężarowi nałożonemu przez przepisy prawa – w przypadku uznania tego materiału za prawidłowy nie sposób jest odnaleźć w regulacjach p.z.p. obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmując zatem koncepcję powstania domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy stwierdzić, że domniemanie to zostało przez przystępujących obalone poprzez złożenie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z dowodami.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny powinien wskazywać na konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołujących naruszać przepis prawa, przy określeniu sposobu naruszenia tej normy i podaniu okoliczności uzasadniających wniesienie odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 7 i 10 p.z.p.), aby skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiająca oceniając kalkulacje przystępujących. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniliby wyjaśnienia przystępujących (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w niniejszym postępowaniu.

Zarzuty nieweryfikowalności wyjaśnień ceny zostały skonstruowane w ten sposób, że zamiast wskazania konkretnych wad wyjaśnień przystępujących przyjęto strategię spekulacyjnego kwestionowania miernika staranności zamawiającego przy ocenie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W istocie więc zarzuty nie zawierają odniesienia się do mankamentów czynności zamawiającego, a hipotetyczną narracją artykułującą przekonanie odwołujących jak czynność tą można byłoby przeprowadzić w jego ocenie lepiej, w sposób bardziej kompletny, co można byłoby wyjaśnić bardziej,

czy jaki standard oceny zastosować wobec jego konkurencji. Niestety model postępowania przed Izłą jest modelem procesu kontradyktoryjnego, w którym strona, która nie zgadza się z oceną zamawiającego, musi wskazać i udowodnić okoliczności faktyczne na poparcie swoich twierdzeń.

Wyjaśniając wadliwość tego rozumowania polegającą na przekonaniu, że wystarczające jest zakwestionowanie standardu wedle jakiego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zostały ocenione przez zamawiającego, można odwołać się do postawienia w postępowaniu cywilnym zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c., gdzie strona podnosi, że materiał zebrany w postępowaniu powinien być oceniony inaczej. Chociaż zamawiający oceniając wyjaśnienia i dowody dotyczące wyliczenia ceny nie kieruje się regułami k.p.c., to jednak istnieją pewne uniwersalne standardy, zgodnie z którymi taki materiał powinien zostać oceniony na gruncie polskiego systemu prawnego. Posiłkowo dla ich rekonstrukcji można wskazać na ogólne zasady prawa cywilnego i postawić tezę, że prawidłowa czynność oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny powinna opierać się na rozsądnym, logicznym procesie formułowania przekonania w oparciu o to, co z tego materiału wynika.

Jeżeli zamawiający w sposób wszechstronny, weryfikowalny i zgodny z zasadami logicznego rozumowania oceni wyjaśnienia ceny i złożone wraz z nimi dowody, to nie wystarczy przedstawienie przez odwołującego własnej, konkurencyjnej oceny wyjaśnień, w szczególności sprowadzającej się próby nałożenia na przystępujących wyższego standardu staranności – niezależnie od tego, co zostało wyjaśnione i udowodnione. Nie można bowiem nie zwrócić uwagi, że odwołujący podnosząc zarzut nieweryfikowalności wyjaśnień w istocie przyjęli taktykę procesową sprowadzającą się do podnoszenia, że daną okoliczność należy opisać bardziej szczegółowo, że wskazany czynnik cenotwórczy trzeba wyjaśnić szerzej, bez znaczenia co w wyjaśnieniach wskazano. Innymi słowy, odwołujący przyjęli taki miernik oceny, że niezależnie jak ocena została dokonana, to poprzeczkę dla tej oceny należało postawić wyżej. Zdaniem odwołujących zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia wyliczenia ceny powinien żądać wyjaśnień szerszych, odnoszących się bardziej wnikliwie do każdej z okoliczności, a te uznać za zbyt ogólne i niepełne.

W praktyce może dojść do sytuacji, kiedy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należy uznać za abstrakcyjne czy nierzeczowe i wystarczy wykazanie, że zamawiający dokonał wadliwej czynności, ponieważ lapidarność wyjaśnień nie pozwala na uznanie ceny za realną – wówczas już na bazie istniejącego w aktach postępowania materiału dowodowego możliwe jest poczynienie takiego wniosku, a prawidłowo skonstruowane zarzuty wykazują, w oparciu o ten materiał, że zamawiający ocenił go nielogicznie, niezgodnie z doświadczeniem życiowym, wbrew ogólnej wiedzy o funkcjonowaniu rynku i wyciągnął z określonych faktów wnioski, które z nich nie wynikają. Wówczas postawienie konkretnych zarzutów (co zostało ocenione, na podstawie czego i dlaczego ta ocena jest wadliwa) może być w postępowaniu przed Izłą wystarczające. Jednak z taką sytuacją nie mamy do czynienia w zakresie wyjaśnień złożonych przez przystępujących. W ustalonym stanie rzeczy nie wystarczy podnieść, że zamawiający powinien ocenić wyjaśnienia bardziej surowo, żądając spełnienia standardu „wyższej poprzeczki”, a należało wykazać, że jednostka zamawiająca powinna ocenić wyjaśnienia przystępujących inaczej. Mając na uwadze brzmienie ocenianych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, nie wystarczy samo przekonanie odwołujących, że odmiennie oceniliby wyjaśnienia swojej konkurencji niż zamawiający i żądaliby wyższego standardu, niezależnie, że przystępujący w sposób prawidłowy i wyczerpujący wykazali realny charakter zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby w rozpoznawanej sprawie bowiem żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołujących – nie mogły doprowadzić do odmiennej oceny tych wyjaśnień.

Z materiału procesowego wynika, że złożono kompletne wyjaśnienia opisowe, w których wskazano indywidualne okoliczności pozwalające na zaoferowanie korzystnej ceny oraz odniesiono się do poszczególnych składników cenowych, które składają się na należyłą realizację przedmiotu zamówienia. Przedstawienie właściwych dla przystępujących warunków realizacji zamówienia, w korelacji ze wskazanymi tam czynnikami wpływającymi i składającymi się na cenę, jest całkowicie wystarczające dla dokonania ich weryfikacji i powiązania z poziomem zaoferowanej w ofertach ceny. Opisane okoliczności kalkulacji ceny poparto kosztorysami szczegółowymi, zawierającymi drobniogłowe składniki cenotwórcze, tj. złożono kalkulacje tabelaryczne obrazujące wyliczenie cen jednostkowych dla każdej pozycji kosztorysowej z uwzględnieniem robocizny, materiałów i sprzętu. Pokazano także poziom kosztów pośrednich, ogólnych, innych kosztów oraz zysk wykazując, że uwzględniono wszystkie wymagania dokumentacji postępowania i czynniki cenowe składające się na cenę oferty. Powyższe pozwala na prześledzenie i zweryfikowanie sposobu obliczenia ceny. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zawierają szczegółowe, adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym jednoznacznie i całościowo odpowiadają na treść wezwań do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia obydwu przystępujących zostały poparte również materiałem dowodowym. W konsekwencji zamawiający dysponował właściwym, adekwatnym i wystarczającym materiałem do stwierdzenia, że zaoferowane ceny są realne i zawierają wszystkie koszty niezbędne do właściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający zgadza się także z zamawiającym i przystępującymi, że odwołujący wymagali poziomu szczegółowości wyjaśnień kalkulacji ceny, którego sami nie spełnili składając swoje wyjaśnienia, których nie sposób

przyjąć za modelowe. Również stanowisko prezentowane przez odwołujących na rozprawie prowadzi do konkluzji, że ich kalkulacja także jest nieweryfikowalna. Przy tym wyjaśnień ceny nie weryfikuje się wobec siebie, a wywodzenie, że w swojej ocenie odwołujący złożyli szersze, bardziej szczegółowe wyjaśnienia – co nie znajduje potwierdzenia w materiale procesowym – nie spowoduje, że ich konkurencja złożyła wyjaśnienia ogólne i niewystarczające. Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie narzucają odwołujący innym wykonawcom, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że ceny przystępujących są rażąco niskie. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy i nie ma jednego, uniwersalnego wzorca – czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. W ocenie Izby przedłożone przez przystępujących wyjaśnienia potwierdzają, że zaferowana cena pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zrealizowany został cel, na jaki zostały one przedłożone.

Konkludując, skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę zaferowaną przez przystępującego DAR i przystępującego BRANDIV, w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniach, mając na uwadze określone w SWZ warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że stawiane w tym zakresie przez odwołujących zarzuty są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Skład orzekający stwierdził, że argumenty zawarte w odwołaniach mają charakter polemiki z omawianymi wyjaśnieniami, nie wykazują przy tym błędu, jaki mógłby stać się podstawą do uchylenia prawidłowej oceny zamawiającego, ograniczając się do przedstawienia własnej, konkurencyjnej do zamawiającego, a zarazem nieznaidującej aprobaty Izby oceny materiału procesowego, co powoduje, że obydwa odwołania zostały oddalone.

Ponadto, skład orzekający zaliczył na poczet materiału dowodowego złożone przez przystępujących zdjęcia, które okazały się nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Natomiast złożone przez zamawiającego dokumenty dotyczące udostępnienia odwołującym treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, znajdujących się w dokumentacji postępowania, zostały *ex lege* zaliczone na poczet materiału procesowego (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)).

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołania zostały przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

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 § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołujących, których odwołania zostały oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które w każdej ze spraw złożył się uiszczony wpis (15 000,00 zł) i koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł).

Przewodniczący:

.....