

WYROK

Warszawa, dnia 18 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.W. „RADPOL” z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczepińska 4/36, 53-655 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej we Wrocławiu, al. Śląska 1, 54-118 Wrocław**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **ABAPEST Zakład DDiD**

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ludwika Rydygiera 13 lok. 112, 01-793 Warszawa

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z dnia 13 maja 2022 r., poz. 1233) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z dnia 13 maja 2022 r., poz. 1233) (zarzut 3 odwołania).
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) (zarzut 1 lit. a) zd. drugie odwołania).
3. Oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.W. „RADPOL” z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczepińska 4/36, 53-655 Wrocław** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.W. „RADPOL” z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczepińska 4/36, 53-655 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Gminę Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej we Wrocławiu, al. Śląska 1, 54-118 Wrocław** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.W. „RADPOL” z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczepińska 4/36, 53-655 Wrocław** na rzecz **Gminy Wrocław – Zarządu Zieleni Miejskiej we Wrocławiu, al. Śląska 1, 54-118 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3911/23

Uzasadnienie

Gmina Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Monitoring i deratyzacja wybranych terenów zieleni miejskiej we Wrocławiu oraz prace interwencyjne w zakresie deratyzacji wskazanych terenów i interwencyjne usuwanie gniazd owadów”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00513934/01.

W dniu 27 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.W. „RADPOL” z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę ABAPEST Zakład DDiD Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą ABAPEST”, która to oferta podlegała odrzuceniu;
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na powtórnym wezwaniu wykonawcy ABAPEST do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo, iż wykonawca nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
- 3) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp, w postaci odrzucenia oferty wykonawcy ABAPEST;
- 4) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp, w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1), 2) w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp polegające na:

- a) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ABAPEST w sytuacji, gdy udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie udowadniają, iż podana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Dodatkowo Odwołujący po dokonaniu szczegółowej analizy dokumentacji postępowania stwierdza, iż wykonawca w złożonych przez siebie wyjaśnieniach przytacza nieprawdziwe informacje, a dodatkowo wskazał, iż zadanie będzie realizował z wykorzystaniem dwóch samochodów VW Caddy, które spalają 6 litrów oleju napędowego na 100 km, a Zamawiający wymagał realizacji zamówienia zapewniając wykorzystanie pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym na poziomach aktualnie wymaganych przez przepisy ustawy o elektromobilności – czym udowodnił, iż jego oferta winna być odrzucona w postępowaniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) jako, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia – jest to kolejne zaniechanie Zamawiającego;

- b) czynności dwukrotnego wzywania wykonawcy ABAPEST (oraz dodatkowo dwukrotnego wydłużenia terminu) do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny

w sytuacji, gdy pierwsze złożone wyjaśnienia były ogólne, zdawkowe, niezgodne z wezwaniem, nienawiązujące do przedmiotu zamówienia, niezawierające żadnych konkretnych danych cenotwórczych umożliwiających weryfikację ceny oferty, bez przedstawienia wyliczeń (np. kosztorysu, czy szczegółowego rozbicia ceny oferty), które mogłyby przekonać Zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny oraz bez dowodów potwierdzających przyjęte wielkości. Nie stanowią wyjaśnień cenowych, a w każdym razie wystarczających do wykazania (uzasadniających cenę) wyjaśnienia, które mają charakter ogólnych informacji o firmie wykonawcy i pozycji wykonawcy na rynku.

- 2) art. 16 pkt 1), 2) w związku art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy ABAPEST jako najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego,

- 3) art. 16 pkt. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp oraz w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ABAPEST jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy ABAPEST jako, iż wykonawca ABAPEST w złożonych pierwszych wyjaśnieniach nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, wobec czego podlega odrzuceniu, ponadto złożył ofertę, która podlega odrzuceniu także z innych powodów: jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego,
- 4) przeprowadzenie dowodu z pełnej dokumentacji postępowania na okoliczność potwierdzającą zarzuty podniesione przez Odwołującego

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż w dniu 14 grudnia 2023 r. Zamawiający podjął czynność ponownego wezwania wykonawcy ABAPEST, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo otrzymanych wcześniej wyjaśnień ogólnikowych, które w żaden sposób tej ceny nie uzasadniały, którą naruszył przepis

art. 16 pkt 1), 2) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8) Pzp, która skutkowałą zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy ABAPEST oraz nieprawidłowym wyborem jego oferty zamiast oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, czynności podjęte przez Zamawiającego oraz zaniechane dowodzą naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, a w szczególności: zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji dotyczy różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynika tu z działania zarówno Zamawiającego (dwukrotne wezwanie do wyjaśnień oraz dwukrotne wydłużanie terminu, zaniechanie odrzucenia oferty, wybór oferty Wykonawcy, która podlega odrzuceniu), jak również Wykonawcy ABAPEST (złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia). To na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców oraz nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji – jak to niestety miało miejsce w przypadku tego postępowania.

Wykonawca, który udziela wyjaśnień zdawkowych oraz nieprawdziwych, zawierających błędy i nie mających wiele wspólnego ze złożoną ofertą, jest wzywany po raz drugi do udzielenia wyjaśnień. Co więcej, dwukrotnie wydłużony jest termin na udzielenie tych wyjaśnień – zarówno w pierwszym wezwaniu, jak i w drugim, które w ogóle nie powinno mieć miejsca.

Nakaz przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców dotyczy tylko zamawiającego (tylko on może „traktować” wykonawcę). Zasada równego traktowania wykonawców zabrania Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek

z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji

o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Zasada ta również została

w postępowaniu naruszona, co zostanie wykazane poniżej. Odwołujący odwołał się także do treści art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego traktowania wykonawców oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2483/10.

W dniu 14 grudnia 2023 r. Zamawiający podjął czynność ponownego wezwania ABAPEST, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo otrzymanych wcześniej wyjaśnień ogólnikowych, które w żaden sposób tej ceny nie uzasadniały, którą naruszył przepis art. 16 pkt 1), 2) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8) Pzp, która skutkowałą zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy ABAPEST oraz nieprawidłowym wyborem jego oferty zamiast oferty Odwołującego. W wezwaniu tym Zamawiający szczegółowo opisał jakie elementy dotyczące ceny oferty budzą jego wątpliwości, a Wykonawca zobowiązany był na te wątpliwości odpowiedzieć i uzasadnić, iż jego cena oferty nie jest rażąco niska. Cena ofertowa wykonawcy ABAPEST jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia o ponad 53%.

W ramach wyjaśnień Zamawiający, żądał - wykazania wyliczeń - kosztów poszczególnych elementów mających wpływ na ukształtowanie zaoferowanej ceny wraz

z dowodami na poparcie prawidłowości i uprawnień do ich zastosowania tj., w szczególności:

- wyjaśnienie bardzo niskich cen jednostkowych za wykonanie deratyzacji na danym terenie: podane w kosztorysie ceny 1-krotnego zabiegu w okresie 01.01-31.03 (3 miesiące),

01.05-30.09 (5 miesięcy) i 01.11-22.12 (2 miesiące) budzą wątpliwości Zamawiającego,

- wykazanie środków, preparatów i urządzeń, które będą stosowane przy wykonywaniu usług wraz z ich cenami, w tym uwzględnienie uzupełniania urządzeń w przypadku ich dewastacji/kradzieży,

- wykazanie cen jednostkowych zakupu środków ochronnych niezbędnych do realizacji usługi deratyzacji oraz dezynsekcji,

- wykazanie obliczeń: czas potrzebny na obejście terenu będącego przedmiotem umowy (w wyliczeniach należy ująć ilość osób oraz powierzchnie terenu),

- wykazanie obliczeń: czas w jakim wykonawca zamierza przeprowadzić monitoring (w wyliczeniach należy ująć ilość osób oraz powierzchnie terenu),

- wykazanie pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia - marka, przystosowanie pojazdu do przewozu padłych zwierząt,

- wykazanie kosztów przejazdów, transportu - pozycje w kalkulacji muszą być ujęte nie tylko koszty paliwa, ale także inne koszty eksploatacyjne pojazdu (m.in. przeglądy, ubezpieczenia, naprawy, wymianę części, płynów itp.),

- przedstawienie kosztów sporządzenia oznakowania zgodnego ze wzorem z załącznika umowy,

- wykazanie kserokopii zawartej umowy na utylizację martwych zwierząt,

- wykazanie procedury usuwania padłych zwierząt,

- wykazanie kosztów pracowniczych: koszty zakwaterowania, wynagrodzenie osób biorących udział w realizacji przedmiotu zamówienia i kosztów związanych z zatrudnieniem osób na podstawie umowy o pracę,
 - określenie w jaki sposób będą podejmowane natychmiastowe działania - w szczególnie uzasadnionych przypadkach.
- W ofercie wskazano gotowość w ciągu dwóch godzin.

Dodatkowo sam Zamawiający przypomniał w wezwaniu, iż „zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy”.

Wykonawca ABAPEST zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, a Zamawiający zgodził się na to, wyznaczając mu nowy termin do dnia 12.12.2023 r. zgodnie z prośbą wykonawcy ABAPEST. Jednocześnie Zamawiający w tym samym piśmie zwrócił Wykonawcy uwagę, iż rzetelne wycieszenie kwot składających się na złożoną ofertę powinno mieć miejsce i być przygotowane już na etapie składania oferty.

W dniu 12.12.2023 r. wykonawca ABAPEST przedstawił Zamawiającemu swoje wyjaśnienia wraz z załącznikami, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a które Zamawiający częściowo odtajnił.

Z treści złożonych wyjaśnień nie wynikało, iż cena Wykonawcy nie jest rażąco niska, a wyjaśnienia poszczególnych elementów polegały głównie na odwoływaniu się do posiadanego doświadczenia, gdyż wykonawca ABAPEST realizował te same usługi w okresie od czerwca 2023 do końca 2023 roku (Odwołujący realizował je do końca maja 2023 r oraz wcześniej w latach 2022, 2021).

Po dokonaniu szczegółowej analizy dokumentacji postępowania Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca w złożonych przez siebie wyjaśnieniach przytacza nieprawdziwe informacje, a dodatkowo wskazał, iż zadanie będzie realizował z wykorzystaniem dwóch samochodów VW Caddy, które spalają 6 litrów oleju napędowego na 100 km.

Wykonawca ABAPEST wyciesza, iż koszty dotyczące eksploatacji pojazdu w postaci przeglądów, ubezpieczeń, napraw, wymiany części, płynów itp. oraz amortyzacji dla obu pojazdów wynoszą 400 zł miesięcznie. Nie wiadomo jednak w jaki sposób koszty te zostały wycieszone, ale biorąc pod uwagę niską cenę zakupu takiego pojazdu z roku 2014 w wysokości 33.000 zł (większość pojazdów kosztuje 75 tys zł i więcej), koszt amortyzacji miesięcznie dla 1 pojazdu wyniesie 20% ceny nabycia podzielonej przez 12 miesięcy (KŚT 741,742, podgrupa 74) = 550 zł stawka miesięczna amortyzacyjna dla 1 pojazdu. Tak więc dla dwóch wyniesie 1100 zł co oznacza, że sama amortyzacja przekracza miesięczne koszty eksploatacji wskazane przez ABAPEST w złożonych wyjaśnieniach – 400 zł. Już sam ten fakt stanowi

o niespójności i nieprawdziwości złożonych wyjaśnień, co winien był zauważyć Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w SWZ wskazał wymagania dotyczące elektromobilności. W przypadku zastosowania 1 pojazdu o napędzie elektrycznym, zgodnie

z wymaganiami Zamawiającego, cena nabycia wyniesie 103.840 zł netto, wtedy miesięczna amortyzacja wyniesie: 1730,67 zł dla jednego pojazdu. Koszt 1 przeglądu w roku plus przegląd tzw. olejowy z wymianą płynów i drobnych części wynosi 99 zł x 2 pojazdy = 198 zł plus roczny przegląd olejowy z wymianą eksploatacyjną to koszt dla jednego pojazdu wynoszący 705 zł (wymiana filtra powietrza 50 zł, filtra paliwa 50 zł, filtra kabinowego 40 zł, płynu hamulcowego 65 zł, wymiana oleju silnikowego z filtrem 300 zł, robocizna ok 200 zł) – przyjęto ceny uśrednione. Dla dwóch pojazdów będzie to kwota rocznie 1410 zł. Miesięcznie wyniesie 117,50. W przypadku samochodu elektrycznego lub napędzanego gazem ziemnym, kwota przeglądu będzie znacząco wyższa. Gdyby oferta była zgodna z SWZ

Koszt ubezpieczenia – bez AC wynosi 959 zł dla 1 samochodu, dla dwóch 1918 zł rocznie. W przeliczeniu na 1 miesiąc będzie to 159,83.

Gdyby był to elektryk, jak wymagał Zamawiający bądź pojazd na CNG, z pewnością ubezpieczenie dla jednego samochodu wynosiłoby co najmniej 6 razy więcej.

Zużycie paliwa w mieście, zwłaszcza zakorkowanym, na poziomie 6 l/100 km jest bardzo niewiarygodne. Z dostępnych na stronie AutoCentrum informacji wynika, iż takie spalanie osiągają jedynie najnowsze wersje V do teraz, ale gdyby przyjąć taki model miesięczny koszt amortyzacji będzie czterokrotnie wyższy, roczny koszt ubezpieczenia nie będzie niższy niż 6 tys zł, dojdzie ubezpieczenie AC, bo nowy pojazd oraz koszty serwisu w ASO (bo gwarancja) – nie 700 zł, a ponad 1000 zł dla jednego pojazdu. Z drugiej strony starsze pojazdy nie spełniają zadeklarowanej normy spalania.

Miesięczne koszty dojazdu (i eksploatacji) bez kosztów napraw wynoszą więc 1377,33, a więc o 977,33 zł więcej, niż założył Wykonawca ABAPEST. Zakładając z kolei eksploatację samochodów przez 12 miesięcy to nie doszacowano kosztów na kwotę 11.727,96 zł tylko i wyłącznie przy kosztach eksploatacji pojazdów.

Niedoszacowania występuje także przy paliwie, z uwagi na fakt, iż 6 l na 100 km pali jedynie Caddy V. Niedoszacowanie wynosi w całym okresie 3752,99*12 mcy = 45.035,88 zł.

Dodatkowo nie uwzględniono kosztów amortyzacji (lub zakupu) GPSa (dla każdego pracownika), który jest

niezbędny do realizacji zadania. Nie skalkulowano kosztów wydruków map i raportów oraz sprawozdań wymaganych przez Zamawiającego (papier, toner, energia elektryczna), nie przedstawiono kosztów wykonania tabliczek, wymaganych przez Zamawiającego. Nie uwzględniono kosztów polisy OC wymaganej przez Zamawiającego w trakcie realizacji usługi, a Wykonawca aktualnie poniósł koszty posiadanej polisy w wysokości 2381 zł, co wynika z polisy.

Wykonawca ABAPEST zakłada, że w ramach realizacji umowy wykona 2400 roboczo-godzin. Wykonawca ten nie pokazał kalkulacji cen parkowania, co więcej, zapewne tych cen nie znał.

Wykonawca ABAPEST przedstawia w wyjaśnieniach, iż osiągnie zysk w wysokości 11.883 zł na całym zamówieniu w okresie 12 miesięcy. Nie jest to prawdą, gdyż należy zauważyć, iż odniesienie następuje do kwoty brutto całego zamówienia. A zysk nie jest

w rzeczywistości żadnym zyskiem ponieważ: nie uwzględniono wszystkich kosztów oraz przedstawiono dane nie mające pokrycia w rzeczywistości i niezgodne z cenami rynkowymi.

Wykonawca ABAPEST nie uwzględnił amortyzacji (lub zakupu) GPSa (dla każdego pracownika), który jest niezbędny do realizacji zadania. Nie skalkulowano kosztów wydruków map i raportów oraz sprawozdań wymaganych przez Zamawiającego (papier, toner, energia elektryczna), nie przedstawiono kosztów wykonania tabliczek, wymaganych przez Zamawiającego. Nie uwzględniono kosztów polisy OC wymaganej przez Zamawiającego w trakcie realizacji usługi, a Wykonawca aktualnie poniósł koszty posiadanej polisy w wysokości 2381 zł, co wynika z polisy.

Co więcej ABAPEST nie uwzględnił podatku dochodowego 19% od uzyskanego wykonawcy ABAPEST. Gdyby to rzeczywiście było 11.883 zł rocznie to podatek wynosi w tym przypadku 2.257,77 zł. Pozostaje więc kwota 9625,23. Właściciel musi zapłacić ZUS oraz składkę zdrowotną, liczoną jako 9% od dochodu. Składka zdrowotna wyniesie 1069,47. Nie podlega odliczeniu od podatku ani od dochodu. Ta składka dotyczy tylko i wyłącznie dochodu z tej a nie innej działalności. Po opłaceniu składki zdrowotnej i www podatku dochodowego wykonawcy ABAPEST zostanie kwota wynosząca 8.555,76 zł dochodu rocznie. Należy pamiętać iż jeszcze dochodzi comiesięczna składka ZUS właściciela, która aktualnie wynosi 1418,48 zł miesięcznie. Dochód w wysokości 8.555,76 zł podzielony na 12 miesięcy świadczenia usługi daje kwotę w wysokości 712,98 miesięcznie, a jeszcze pozostaje do zapłaty ZUS wyżej wskazany czyli 1418,48. Po uwzględnieniu składki ZUS powstaje „zysk” w wysokości -705,50 zł. .

Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę na rok 2024 została ustalona na poziomie wynoszącym 4242 zł brutto (netto 3221,98), co oznacza, iż zarobi na tym kontrakcie wyłącznie pracownik, nie zaś przedsiębiorca, który ponosi stratę. Abstrahując już od płatności tej składki ZUS, to kwota 712,98 zł miesięcznie dochodu (bo nie zysku) jest absurdalna

i dumpingowa, bo należy pamiętać o niedoszacowaniu wykazanym powyżej, a dotyczącym kosztów eksploatacyjnych pojazdów, wynoszącym ponad 11 tys. zł.

Zaniżanie cen ofertowych w celu zdystansowania konkurentów w postępowaniu powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, który skutkuje odrzuceniem oferty. Zamawiający nie mogą tolerować takiego zjawiska. Oferowana cena powinna

w szczególności realnie uwzględniać koszty wykonania zamówienia. Wykluczone jest kalkulowanie „zysków” na ujemnym poziomie albo upatrywanie ich w źródłach zewnętrznych wobec realizacji danego zamówienia.

W związku z konkurowaniem na rynku wykonawca ABAPEST zastosował niezgodne z przepisami zaniżanie cen, o czym świadczy porównanie ofert wykonawcy ABAPEST na 6 miesięcy realizacji usługi w 2023 roku oraz teraz na 12 miesięcy realizacji usługi praktycznie takiej samej. Jedyna różnica polega na zwiększeniu liczby zabiegów dezynfekcyjnych o 10

w roku 2024, więc oferta powinna być droższa. Co więcej, powinna być droższa także z innych powodów: rosnących cen usług i towarów, wysokiej inflacji, zmian politycznych co może wpływać na rynki i ich wrażliwość, rosnące ceny nośników energii mające wpływ na wszystkie inne ceny, konfliktów zbrojnych na świecie w Gazie i w Ukrainie, mających wpływ na rynki, na ceny i przepływ towarów i osób. Minimalne wynagrodzenie za pracę będzie dwukrotnie podnoszone w roku 2024, a cena oferty niższa, niż w roku 2023. Ceny energii znacząco wyższe, cena oferty niższa.

Warto też wspomnieć, iż kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2024 r., tj. 4242 zł, oznacza wzrost o 752 zł w stosunku do kwoty obowiązującej od 1 stycznia 2023 r. (3490 zł), czyli o 21,5 proc. Podwyższenie płacy minimalnej od 1 lipca 2024 r. do 4300 zł oznacza wzrost o 700 zł w stosunku do kwoty z 1 lipca 2023 r. (3600 zł), czyli o 19,4 proc. Natomiast wykonawca ABAPEST obniża ceny usług tak znacznie, jak wykazano powyżej.

Wykonawca na 6 miesięcy w roku 2023 przewidział cenę 191.880 zł brutto, a na rok 2024 i to na 12 miesięcy już tylko 141.819 zł. W przeliczeniu na 1 miesiąc oferta na 2023 wynosiła 31.980 zł, a na 2024 w przeliczeniu na 1 miesiąc wynosiła 11.818,25 zł brutto! Co więcej, sam Zamawiający ma tego pełną świadomość, ale usankcjonował swoimi

działaniami i zaniechaniami naruszenie uczciwej konkurencji oraz naruszenie przepisów Pzp. Abstrahując od przedstawienia niejasnych i nierzetelnych wyjaśnień, dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest konieczne wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Wystarczy uznać, iż przedstawione wyjaśnienia nie udowadniają, iż cena nie jest rażąco niska, co w istocie nastąpiło po pierwszym wezwaniu.

W związku z tym, iż wykonawca ABAPEST w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, Zamawiający w dniu 14.12.2023 r. PONOWNIE WEZWAŁ ABAPEST do złożenia dalszych wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny.

Sam Zamawiający stwierdził, iż przedstawione przez wykonawcę ABAPEST wyjaśnienia wraz z dowodami z dnia 12.12.2023r. - nie uzasadniają w pełni podanej w ofercie ceny, wskazującej na to iż ma charakter rażąco niskiej ceny. Pomimo udzielonych wyjaśnień Zamawiający nadal miał wątpliwości co do wykazania przez Wykonawcę wszystkich kosztów mających wpływ na cenę oferty. Co więcej Zamawiający miał pełną świadomość,

iż Wykonawca nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia w cenie ofertowej, gdyż wyartykułował to w piśmie oraz miał świadomość jakie w istocie ceny np. preparatów stosowane są na rynku – i to na podstawie umowy realizowanej przez tego samego Wykonawcę. Abstrahując już od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający zdawał sobie sprawę

z tego, iż zaoferowana cena nie jest ceną realną i Wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w wydłużonym terminie. W takiej sytuacji Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp w związku z art. 224 ust 6 Pzp. Tym bardziej, iż jak pisze Zamawiający, Wykonawca poświadczył nieprawdę w złożonych pierwotnie wyjaśnieniach cyt. „wyjaśnień w zakresie podania takich samych cen i kosztów środków, materiałów i preparatów jak w poprzednim postępowaniu (marzec 2023). Wykonawca oświadczył, iż przyjął dane wynikające

z poprzednio/obecnie realizowanej umowy dla Zamawiającego, przy czym według wiedzy Zamawiającego, opartej na dokumentacji z realizowanej dotychczas umowy, faktyczne ceny zakupu preparatów deratyzacyjnych w roku 2023 znacząco różnią się od podanych

w wyjaśnieniach. Ponadto, w trakcie trwania dotychczasowej umowy wykazywano użycie dodatkowego preparatu do deratyzacji niż wykazano w tabeli Ad. 2 wyjaśnień, a także użycie innego środka do dezynsekcji, który jest znacznie droższy porównując do cen internetowych aktualnych na dzień 14.12.2023;

- wyjaśnień w zakresie braku uwzględnienia wzrostu kosztów zakupu środków, materiałów i preparatów w związku z inflacją;

- kosztu oraz rodzaju transportu na wyspę w Parku Stanisława Tołpy celem przeprowadzenia deratyzacji;

- kosztów polisy ubezpieczeniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (polisa przedstawiona w materiale dowodowym nie spełnia wymagań określonych we wzorze umowy).”.

Oznacza to, iż Zamawiający po raz drugi zwrócił się do Wykonawcy o przedstawienie kalkulacji kosztów np. dojazdu na wyspę, czego Wykonawca nie przedstawił. Zamawiający zakwestionował wyjaśnienia w zakresie kosztów preparatów, co wynika wprost ze zrealizowanej już usługi i jej kosztów – Zamawiający wiedział więc, że przedstawione wyjaśnienie są nieprawdziwe, pomimo tego wezwał Wykonawcę po raz drugi, dając mu niejako drugą szansę i naruszając zasadę równego traktowania Wykonawców. Ponadto Wykonawca nie przedstawił w pierwotnych wyjaśnieniach informacji w jaki sposób będą podejmowane działania natychmiastowe, do czego był wzywany – lub zostało to utajnione, a Odwołujący

o tym nie wie. Co więcej Zamawiający instruuje Wykonawcę, iż złożona polisa nie odpowiada jego wymaganiom i ponownie wzywa do dostarczenia tego dowodu zgodnego z wymaganiami. Takie postępowanie Zamawiającego nie powinno mieć miejsca. Zamawiający winien odrzucić ofertę gdyż z udzielonych wyjaśnień nie wynika, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający jednak tego nie zrobił, lecz ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czym naruszył dodatkowo art. 16 Pzp, a więc nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności postępowania.

Zamawiający i tym razem dał Wykonawcy dłuższy niż wyznaczony czas na złożenie wyjaśnień. Ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy więc to on powinien zadbać o jakość swoich argumentów, poprzez je stosownymi dowodami i kalkulacjami. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany był udzielić przekonujących wyjaśnień, w ramach których odnosiłby się w szczególności do kwestii wskazanych przez Zamawiającego w treści wezwania. Jednak to nie miało miejsca.

Zamawiający może wezwać do dalszych wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Taka sytuacja nie miała tutaj miejsca, co w swoim piśmie (drugie wezwanie) potwierdził sam Zamawiający. Kolejne wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia poziomu ceny nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla Wykonawcy. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu

wyjaśnień poziomu ceny, brak jest po stronie Zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień.

Treść wezwania skierowanego do Wykonawcy oraz treść jego pierwszych wyjaśnień stanowią wystarczające potwierdzenie, że Wykonawca złożył wyjaśnienia jakiegokolwiek, a nie merytoryczne i uzasadniające cenę oferty, co więcej w wyjaśnieniach tych powołał się na ten fakt, że je złożył i w związku z tym nie ma możliwości odrzucenia jego oferty – tylko pominął fakt, iż przytaczane przepisy są już nieaktualne, a obowiązują inne, nowe. To Wykonawca ma udowodnić, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w przeciwnym przypadku zostanie odrzucona. Wykonawca tego nie udowodnił, o czym świadczy drugie wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że nie stanowi, żadnego argumentu ratunkowego okoliczność, że cena oferty Wykonawcy, który nie złożył odpowiednich wyjaśnień jest zbliżona do cen innych ofert, czy też wyjaśnienia cenowe innego wykonawcy, którego cena oferty była zbliżona. Złożone przez wykonawcę ABAPEST (po raz pierwszy) wyjaśnienia wraz

z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Udzielone pierwsze wyjaśnienia są nierzetelne, niekonkretne, ogólnikowe, niewyczerpujące i niewystarczająco umotywowane, nie rozwiewają wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Ponadto wykonawca ABAPEST nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby prawidłowość i zasadność zaoferowanej ceny.

W szczególności dołączony certyfikat nie odnosi się do kosztów, ale do jakości realizowanych usług, w związku z tym nie stanowi żadnego dowodu na obniżenie kosztu wykonania zamówienia.

Wezwanie do wyjaśnień kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355

§ 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Zamawiający może wezwać 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 zdawkowy i ogólnikowy. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione. Nie może stanowić „ratowania” oferty wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne.

Odwołujący nadto wskazał, że Zamawiający dokonując oceny treści złożonych wyjaśnień zupełnie nie uwzględnił wskazanych niejasności i błędów w obliczeniach. Jako przykład wykazano koszty eksploatacji pojazdu, gdzie 400 zł miesięcznie dla dwóch pojazdów to koszty absurdalnie niskie. Drugim przykładem jest treść kolejnego wyjaśnienia (abstrahując już od tego, iż było nieuprawnione) – ale należy je wskazać po to, aby udowodnić, iż wykonawca ABAPEST nie udowodnił, iż cena jego nie jest rażąco niska, a Zamawiający nie zauważył, iż treść wyjaśnień nie jest ze sobą spójna. Mianowicie wykonawca ABAPEST wskazuje kalkulację środka transportu na wyspę, czego nie wskazał w pierwotnych wyjaśnieniach – jako dwa pontony. Odwołujący tego faktu nie kwestionuje, kwestionuje jedynie prawdziwość twierdzenia, jakoby pontony, które zostały zakupione 3 lata temu zostały już amortyzowane, gdyż nie może to być prawdą. Ponton zaklasyfikowany jest do podgrupy

77 tabor pływający, a jego KŚT to 773 tabor transportu śródlądowego, gdzie stawka amortyzacji wynosi 7%, co oznacza, iż ponton amortyzuje się całkowicie w okresie 14 lat.

A więc nie jest prawdziwe stwierdzenie, iż po 3 latach ponton został amortyzowany i nie rodzi kosztów.

Nadto odwołujący wskazał na fakt, iż Wykonawca w pierwszym wezwaniu został poproszony o wyjaśnienie bardzo niskich cen jednostkowych za wykonanie deratyzacji na danym terenie: podane w kosztorysie ceny 1-krotnego zabiegu w okresie 01.01-31.03

(3 miesiące), 01.05-30.09 (5 miesięcy) i 01.11-22.12 (2 miesiące) budzą wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca ABAPEST w złożonych wyjaśnieniach, których treść odtajniono, nie odniósł się do tej prośby, przedstawiał jedynie ogólne kalkulacje, których rzetelność, dokładność i wiarygodność zostały powyżej podważone przez Odwołującego. ABAPEST nie wskazał kosztów cen jednostkowych zakupu środków ochronnych niezbędnych do realizacji usługi deratyzacji oraz dezynsekcji, czego żądał Zamawiający – przynajmniej nie ma ich

w treści odtajnionej, a koszty te nie stanowią przecież żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wskazał także kosztów szkoleń BHP pracowników. Koszty przejazdu i transportu nie zostały prawidłowo skalkulowane, a ponadto nie zawierały (w pierwszych wyjaśnieniach) kosztów transportu wodą. Z dokumentów nie wynika, aby wykonawca ABAPEST przedstawił procedurę usuwania padłych zwierząt oraz nie określił w jaki sposób będą podejmowane natychmiastowe działania - w szczególnie uzasadnionych przypadkach. W ofercie wskazano gotowość w ciągu dwóch godzin, a wykonawca ABAPEST ma siedzibę w Warszawie.

Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopię odwołania wraz załącznikami w dniu 29 grudnia 2023r. drogą elektroniczną.

W dniu 2 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ABAPEST Zakład DDiD Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą ABAPEST”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 11 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz utrzymanie w mocy dotychczasowych czynności Zamawiającego powziętych w postępowaniu, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

W dniu 15 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ABAPEST złożył pismo procesowe w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy ABAPEST do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

- 1.dokumentacja postępowania,
- 2.korespondencja w sprawie wyjaśniania rażąco niskiej ceny,
- 3.oferta ABAPEST na rok 2023 na 6 miesięcy,
- 4.oferta ABAPEST na rok 2024 na 12 miesięcy.

Izba nie dopuściła dowodu zawnioskowanego i złożonego przez Odwołującego w załączeniu do odwołania, tj. odpisu wyroku KIO 2240/22 z dnia 13 września 2022 r. Nie może bowiem stanowić dowodu odpis orzeczenia lub decyzji administracyjnej wydany w innej sprawie i odzwierciedlający tok rozumowania innego składu orzekającego lub innego organu chyba, że mają charakter prejudycjalny w danej sprawie (np. prawomocny wyrok skazujący w warunkach art. 11 k.p.c. co w tym stanie faktycznym nie ma miejsca)..

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do złożonej w dniu 11 stycznia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

- 1.umowa nr DZ.400.12.2023.AP z dnia 24.05.2023r.;
- 2.protokół odbioru z dnia 11.04.2023r.;
- 3.protokół odbioru z dnia 01.06.2023r.;
- 4.faktura nr 179/2023 z dnia 02.06.2023r. wystawiona przez Odwołującego;
- 5.faktura nr 127/2023 z dnia 12.04.2023r. wystawiona przez Odwołującego.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego i załączone do złożonego w dniu 15 stycznia 2024 r. pisma procesowego dowody, tj.:

- 1.Oświadczenie Autoryzowanego Dealera VW CARSED Sp. z o.o. potwierdzające zużycie paliwa w cyklu miesięcznym.
- 2.Wybrane umowy na realizację usług DDD na terenie Wrocławia i okolic.
- 3.Umowy najmu samochodów.

4. Oferty handlowe na ponton.

Odwołujący cofnął na posiedzeniu zarzut 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp oraz w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut 3 odwołania). Postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega więc umorzeniu.

Odwołujący cofnął także w części zarzut nr 1 lit. a) od słów „Dodatkowo Odwołujący po dokonaniu szczegółowej analizy dokumentacji postępowania stwierdza, iż wykonawca w złożonych przez siebie wyjaśnieniach przytacza nieprawdziwe informacje, a dodatkowo wskazał, iż zadanie będzie realizował z wykorzystaniem dwóch samochodów VW Caddy, które spalają 6 litrów oleju napędowego na 100 km, a Zamawiający wymagał realizacji zamówienia, zapewniając wykorzystanie pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym na poziomach aktualnie wymaganych przez przepisy ustawy o elektromobilności – czym udowodnił, iż jego oferta winna być odrzucona w postępowaniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia – jest to kolejne zaniechanie Zamawiającego (zarzut 1 lit. a), zd. drugie odwołania). Postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega więc umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 374 976,60 zł netto, co stanowi równowartość 84 196,29 euro, w tym wartość zamówienia podstawowego wynosi 249 984,40 zł co stanowi równowartość 56 130, 86 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 307 480,81 zł brutto.

W postępowaniu złożono 2 oferty, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty złożona przez wykonawcę ABAPEST - 141 819,00 zł brutto i cena oferty złożona przez Odwołującego – 219 591,90 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 6 grudnia 2023 r., wezwał wykonawcę ABAPEST do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 8.12.2023 r.

Wykonawca ABAPEST, pismem z dnia 7 grudnia 2023 r., złożył wniosek o zmianę terminu na złożenie wyjaśnień i jego wydłużenie do dnia 12 grudnia 2023 r.

Zamawiający, pismem z dnia 7 grudnia 2023 r., wyraził zgodę na przedłużenie tego terminu do ww. daty.

Wykonawca ABAPEST w dniu 12 grudnia 2023 r., pismem z tej samej daty, złożył odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, zastrzegając część z nich jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 14 grudnia 2023 r., wezwał wykonawcę ABAPEST do udzielenia dalszych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 18.12.2023 r.

Wykonawca ABAPEST, pismem z dnia 15 grudnia 2023 r., złożył wniosek o zmianę terminu na złożenie wyjaśnień II i jego wydłużenie do dnia 19 grudnia 2023 r.

Zamawiający, pismem z dnia 15 grudnia 2023 r., wyraził zgodę na przedłużenie tego terminu do ww. daty.

Wykonawca ABAPEST w dniu 18 grudnia 2023 r., pismem z tej samej daty, złożył odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, zastrzegając część z nich jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o

udzielenie takich wyjaśnień.

W tym stanie faktycznym zaistniały obligatoryjne przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż cena oferty wykonawcy ABAPEST jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ponad 53%. Dlatego też Zamawiający uczynił prawidłowo i pismem z dnia 6 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę ABAPEST do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty.

Wezwanie skierowane do wykonawcy oznacza, że jest on (w tym przypadku wykonawca ABAPEST) zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wykonawca ma bowiem obowiązek złożenia wyjaśnień, które nie mogą mieć charakteru ogólnego. Wyjaśnienia są bowiem składane w celu wykazania, że zaoferowana cena jest ceną realną i pozwala na zrealizowanie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Tak więc wykonawca, udzielając odpowiedzi na takie wezwanie, powinien przedstawić okoliczności, które zdecydowały o takim a nie innym skalkulowaniu ceny, ale również dowody na ich poparcie i to tak aby na ich podstawie Zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia celem stwierdzenia, że cena oferty wykonawcy składającego wyjaśnienia nie jest rażąco niska. Takie wyjaśnienia wykonawca ABAPEST złożył, załączając do nich dowody dotyczące wyliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia te, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie są ani zdawkowe, ani też nie mające nic wspólnego ze złożoną ofertą a tym bardziej nie są nieprawdziwe. Okoliczności tej Odwołujący bowiem w żaden sposób nie wykazał. Tymczasem wykonawca ABAPEST w treści złożonych wyjaśnień odwołał się nie tylko do posiadanego doświadczenia i sposobu prowadzenia działalności, które samodzielnie rzeczywiście nie mogłyby stanowić dowodu na to, że cena nie jest rażąco niska, ale odniósł się do wszystkich elementów wyjaśnień ceny wskazanych w wezwaniu i oczekiwanych przez Zamawiającego. W treści wyjaśnień wykonawca ABAPEST zamieścił ogólne kalkulacje kosztowe, które następnie rozbił na bardziej szczegółowe, opisując je dodatkowo i załączając do nich stosowne dowody, które zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazał także w jaki sposób dokonywał kalkulacji ceny oferty, jak również jak zastosowana metodologia realizacji zamówienia i dotychczasowe doświadczenie wpłynęło na jej wysokość. Opisał bowiem i te zależności. Złożone przez wykonawcę ABAPEST wyjaśnienia - wbrew twierdzeniom Odwołującego - są wyjaśnieniami obejmującymi istotne elementy ceny oferty (to wyjaśnienia, zestawienia tabelaryczne dotyczące istotnych elementów ceny, rozpisanie tych elementów na kolejne tabele i wyliczenia odnoszące się do tych cen).

Warto przy tym zauważyć, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które zostały przekazane Odwołującemu na złożony przez niego wniosek w znacznej części objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, zasadności zastrzeżenia której Odwołujący nie kwestionował. Tak więc podnoszone przez niego zarzuty oparte są jedynie na części złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, gdyż z ich pełną treścią nie mógł się zapoznać.

Istotnie Zamawiający skierował do wykonawcy ABAPEST kolejne wezwanie – ponowne wezwanie do udzielenia dalszych wyjaśnień (pismem z dnia 12 grudnia 2023 r.), w tym do złożenia dowodów, podkreślając, że „przedstawione (...) wyjaśnienia wraz z dowodami z dnia 12.12.2023r. - nie uzasadniają w pełni podanej w ofercie ceny, wskazującej na to iż ma charakter rażąco niskiej ceny”. Podkreślił przy tym, że wyjaśnienia dotyczą ceny oferty, która musi obejmować wykonanie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, opisanego w dokumentacji postępowania, jak również koszty wpływające na cenę a wynikające ze sposobu, warunków i obowiązków Wykonawcy niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia w szczególności zgodnie z Wzorem umowy stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ”. W konsekwencji żądając wykazania wyliczeń/wyjaśnień - kosztów poszczególnych elementów mających wpływ na ukształtowanie zaoferowanej ceny wraz z dowodami (jeśli dotyczy) na poparcie prawidłowości i uprawnień do ich zastosowania, tj. w szczególności w zakresie:

- wyjaśnień w zakresie podania takich samych cen i kosztów środków, materiałów i preparatów jak w poprzednim postępowaniu (marzec 2023). Wykonawca oświadczył, iż przyjął dane wynikające z poprzednio/obecnie realizowanej umowy dla Zamawiającego, przy czym według wiedzy Zamawiającego, opartej na dokumentacji z realizowanej dotychczas umowy, faktyczne ceny zakupu preparatów deratyzacyjnych w roku 2023 znacząco różnią się od podanych w wyjaśnieniach. Ponadto, w trakcie trwania dotychczasowej umowy wykazywano użycie dodatkowego preparatu do deratyzacji niż wykazano w tabeli Ad. 2 wyjaśnień, a także użycie innego środka do dezynsekcji, który jest znacznie droższy porównując do cen internetowych aktualnych na dzień 14.12.2023;
- wyjaśnień w zakresie braku uwzględnienia wzrostu kosztów zakupu środków, materiałów i preparatów w związku z inflacją;
- kosztu oraz rodzaju transportu na wyspę w Parku Stanisława Tołpy celem przeprowadzenia deratyzacji;
- kosztów polisy ubezpieczeniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (polisa przedstawiona w materiale dowodowym nie spełnia wymagań określonych we wzorze umowy).”.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, że ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest możliwe tylko wówczas, jeżeli już pierwsze wyjaśnienia są rzetelne. Zamawiający może bowiem wystosować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień, ale tylko wtedy, gdy wzywa tego wykonawcę do wyjaśnienia jakiś nowych wątpliwości bądź też doprecyzowania pewnych kwestii. Istotne jest przy tym aby wyjaśnienia, które zostały złożone w odpowiedzi na pierwsze

wezwanie były konkretne, przekonujące, spójne i logiczne oraz poparte złożonymi dowodami. Może jednak dojść do sytuacji, że pomimo przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, pojawi się u Zamawiającego potrzeba ponownego wezwania do ich złożenia. I w tym stanie faktycznym tak też się stało. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są rzetelne, spójne i obejmują pełen zakres pierwszego wezwania. Natomiast ponowne wezwanie to w istocie wezwanie w zakresie wątpliwości jakie się pojawiły u Zamawiającego, które zostały rozwiane przez złożone wyjaśnienia. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdziły bowiem, że cena oferty wykonawcy ABAPEST została prawidłowo skalkulowana. Kolejne czy też ponowne wezwanie dotyczyło natomiast nowych jakościowo okoliczności. Koszt oraz rodzaj transportu na wyspę w Parku Stanisława Tołpy celem przeprowadzenia deratyzacji nie był wcześniej wyartykułowany (w pierwszym wezwaniu) jako ten, który miał być szczegółowo opisany, gdyż - jak wskazali Zamawiający i Przystępujący - nie stanowi on istotnego czynnika cenotwórczego. Koszt pontonu, który miałby przesądzać o tym, że cena jego oferty jest rażąco niska - jak wyjaśnił Przystępujący - waha się w granicach od 130 zł do 300 zł i koszt ten został już zamortyzowany. Natomiast pozostałe koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia na wyspie (koszty pracy i środków) zostały wyliczone w innych pozycjach kosztowych a dotyczących tych właśnie kwestii. To Odwołujący poza stwierdzeniem, że ponton amortyzuje się dopiero po 14 latach z uwagi na stawkę amortyzacji 7%, gdyż założył zakup przez Przystępującego pontonu o wartości powyżej 10 000,00 zł i wskazaniem, że twierdzenia Przystępującego w tym zakresie nie są prawdziwe nie przedstawił żadnych dowodów. Kolejną kwestię, która wzbudziła wątpliwości Odwołującego, była kwestia cen i kosztów środków, materiałów i preparatów. Niemniej jednak Odwołujący nie zauważył, że dotyczyła ona zupełnie odmiennej kwestii niż pierwotna. Odnosiła się bowiem do wcześniej realizowanej umowy na rzecz tego Zamawiającego i cen zakupu preparatów deratyzacyjnych w roku 2023, które - jak wskazał w ponownym wezwaniu Zamawiający - znacząco różnią się od cen podanych w wyjaśnieniach. Co więcej wątpliwości Zamawiającego dotyczyły użycia innego środka do dezynsekcji i braku informacji co do uwzględnienia wzrostu kosztów zakupu środków, materiałów i preparatów w związku z inflacją. Tymczasem kwestia ta została nie tylko, że szczegółowo wyjaśniona w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach, ale i poparta załączonymi do wyjaśnień dowodami (ofertami dystrybutorów preparatów, które to preparaty wskazano jako te, które będą użyte do realizacji przedmiotowego zamówienia). Odwołujący opisał także metodologię postępowania z tymi preparatami, która w zestawieniu z przedłożonymi dowodami potwierdza możliwość uzyskania oszczędności w zakresie organizacji niezbędnych materiałów i preparatów. A ponadto na stronie 4 udzielonych wyjaśnień szczegółowo odniesiono się do kwestii związanych z inflacją i ewentualnym wzrostem ceny preparatów, co pokazuje, iż kwestia ta uwzględniona została w kalkulacji ceny oferty. Podobna sytuacja dotyczy kosztu polisy, która - jak wskazano w ponownym wezwaniu - m.in. „nie spełnia wymagań określonych we wzorze umowy”, a która to kwestia została przez Przystępującego wyjaśniona adekwatnie do treści skierowanego do niego wezwania (str. 5 wyjaśnień na ponowne wezwanie).

Odwołujący, odnosząc się i kwestionując prawidłowość kalkulacji sporządzonej przez wykonawcę ABAPEST opierał się na własnych założeniach i sposobie kalkulacji właściwej dla swojej działalności, nie uwzględniając tego, że kalkulacja kosztów wykonawcy ABAPEST, uwzględniająca całość przedmiotu zamówienia, może być jednak oparta na innych założeniach i przewidywać inną metodologię działania a to z kolei może przekładać się na cenę oferty tego wykonawcy.

Wobec powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska, jak również do stwierdzenia, że poprzez ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii wydłużenia terminu na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, że przepisy ustawy Pzp nie regulują kwestii określenia terminu na udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wobec tego Zamawiający - jak słusznie podkreślił - ma swobodę w wyznaczaniu tego terminu a jego długość powinna uwzględniać zarówno rodzaj zamówienia, jak i stopień jego skomplikowania oraz złożoność i liczbę zagadnień do weryfikacji. Zawsze możliwe jest zatem przedłużenie terminu na dokonanie określonych czynności na umotywowany wniosek wykonawcy i nie stanowi to naruszenia zasad ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2) w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:

