

WYROK
z dnia 22 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających w ramach spółki cywilnej **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUGOWY URZĄDZENIA I UTRZYMYWANIE ZIELEŃCÓW J. K., M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI KOMUNALNE M. K.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską Kościerzyna**

przy udziale wykonawcy **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. P.H.U. SAR-NAT** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu **Gminie Miejskiej Kościerzyna** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) oferty wykonawcy **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. P.H.U. SAR-NAT**, którego wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Gminę Miejską Kościerzyna** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Miejskiej Kościerzyna** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających w ramach spółki cywilnej **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUGOWY URZĄDZENIA I UTRZYMYWANIE ZIELEŃCÓW J. K., M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI KOMUNALNE M. K.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE:

Gmina Miejska Kościerzyna (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku wraz z pielęgnacją zieleni na terenie miasta Kościerzyna”, nr referencyjny: ZP 17/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2023 r. za numerem: 2023/S 152-486041.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia działających w ramach spółki cywilnej **J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUGOWY URZĄDZENIA I UTRZYMYWANIE ZIELEŃCÓW J. K., M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI KOMUNALNE M. K.** (dalej: „Odwołujący”) w dniu 11 grudnia 2023 r. wniesli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP:

1) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU SAR-NAT D. S., ul. Lęborska 37,

77-100 Bytów (dalej: „Sar-Nat”) po złożeniu przez niego wyjaśnień z dnia 4.10.2023 i skierowanie kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztowym, w sposób umożliwiający wykonawcy Sar-Nat, złożenie dodatkowych wyjaśnień cenowych, pomimo iż w wyznaczonym terminie udzielił wyjaśnień, które nie pozwoliły na obalenie domniemania posiadania przez zaoferowaną przez niego cenę przymiotów rażąco niskiej ceny (dalej: RNC),

- 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sar-Nat pomimo, że wykonawca ten złożonymi wyjaśnieniami (zarówno pierwszymi, drugimi, jak i odczytywanymi łącznie) nie obalił domniemania posiadania przez zaoferowaną przez niego cenę przymiotów RNC w sytuacji, w której zaoferowana cena wykazywała ustawowo określone symptomy ceny rażąco niskiej i wykonawca został przez Zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień,
- 3) poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez wybranie oferty złożonej przez Sar-Nat w sytuacji w której złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie tylko nie obaliły domniemania posiadania przez cenę przymiotów RNC, ale wręcz potwierdzają, że zaoferowana cena ma taki charakter, a w konsekwencji nieodzowne jest odrzucenie oferty nie tylko przyczyn formalnych ale również merytorycznych, gdyż zaoferowana przez wykonawcę Sar-Nat cena nie uniemożliwi realizacji przedmiotu zamówienia przy spełnieniu wszystkich wymagań stawianych przez Zamawiającego w sposób prawidłowy.

Odwolujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej dnia 29 listopada 2023 r.,
- 2) ponowienia badania i oceny ofert w tym podjęcie czynności odrzucenia oferty Sar-Nat z przyczyn wskazanych w zarzutach odwoławczych,
- 3) podjęcia dalszych czynności w Postępowaniu z pominięciem oferty Sar-Nat.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwolujący przytoczył treść postanowienia Rozdziału 1 ust. 5 SWZ. Wskazał, że w Rozdziale IV SWZ jak również w załączniku do SWZ, w szczególności: Załączniku do OPZ – S – utrzymanie czystości, Załączniku do OPZ – AZ – utrzymanie zimowe, Załączniku do OPZ – Z – utrzymanie zieleni dokonano szczegółowej parametryzacji przedmiotowej zamówienia, w zakresie rodzajowym oraz ilościowym.

Odwolujący przytoczył treść postanowienia Rozdziału 4 ust. V SWZ, § 4 wzoru umowy, Rozdziału 1 ust. 6 SWZ.

W ujęciu temporalnym zamówienie będzie realizowane od listopada 2023 r. (termin uwzględniany przy kalkulacji ceny ofertowej) do listopada 2025 r., a więc przez około 2 lata, z zastrzeżeniem, że we wskazanym okresie, natężenie świadczenia poszczególnych usług będzie zróżnicowane, co w szczególności determinowane jest potrzebami zakupowymi Zamawiającego uzależnionymi od warunków atmosferycznych. W ofercie wykonawcy zobowiązani byli do wskazania ceny sumarycznej (łącznej, globalnej) jak i cen częściowych odpowiadających poszczególnym kategorią usług objętych zamówieniem.

Odwolujący przywołał treść postanowień Rozdziału 1 ust. 10.8 pkt 2), Rozdziału I ust. 11 SWZ, Rozdziału 4 ust. VII SWZ, § 3, § 6 wzoru umowy. Wskazał również na postanowienia Rozdziału 4 ust. IV OPZ.

Odwolujący wskazał na definicję rażąco niskiej ceny przywołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W punkcie II uzasadnienia Odwołujący wskazał:

W Postępowaniu wpłynęły dwie oferty złożone przez Odwołującego i Sar-Nat. Oferta: 1) Sar-Nat opiewa na łączną kwotę 6.479.322,73 zł brutto,

2) Odwołującego opiewa na łączną kwotę 9.196.359,41 zł brutto.

Szacowana wartość zamówienia wyniosła 8.916.737,80 zł netto (po powiększeniu o podatek VAT odpowiada kwocie na sfinansowanie zamówienia, określonej na 9.630.076,82 zł brutto).

Zaistniała rozbieżność wartości cenowych stanowiąca ustawowo określony czynnik identyfikacji potencjalnego posiadania przez cenę ofertową przymiotu RNC dał asumpt do skierowania przez Zamawiającego do wykonawcy Sar-Nat wezwania z dnia 29.09.2023 r. (WIZP 271.17.6.2023). Wspomnianym wezwaniem wykonawca Sar-Nat został zobligowany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP. Skierowane przez Zamawiającego, wezwanie charakteryzowało się szczegółowością oraz wyspecyfikowaniem zarówno zakresu aspektów kosztowych jakie wyjaśnić ma wykonawca Sar-Nat, jak i kategorii cenowych, które powinny zostać wyjaśnione. Zamawiający uwzględnił przy tym, nie tylko rozbieżność globalną pomiędzy cenami, ale również rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi na podstawie, których nastąpi rozliczenie realizacji zamówienia.

W przedmiotowym piśmie Zamawiający zażądał w szczególności kalkulacji kosztów przyjętych przy sporządzaniu oferty (cen materiałów, sprzętu, robocizny, kosztów ogólnych) ze wskazaniem na jakim poziomie zostało przyjęte ryzyko i zysk w odniesieniu do wskazanych w wezwaniu pozycji formularzy cenowych: utrzymanie czystości, zimowe utrzymanie, pielęgnacja i utrzymanie zieleni. W zakresie formularza cenowego utrzymanie czystości wezwanie dotyczyło pozycji 1, 2, 3, 5, 6, 7, 11 wycenionych łącznie na 1 457 615 zł netto. W zakresie formularza cenowego zimowe utrzymanie wezwanie dotyczyło pozycji 1, 2, 7, wycenionych łącznie na 237 500 zł netto. W zakresie formularza cenowego pielęgnacja

i utrzymanie zieleni wezwanie dotyczyło pozycji 1, 2 wycenionych łącznie na 830 018,7 zł. Łączna wartość pozycji objętych wezwaniem wynosi 2 525 133,7 zł, co stanowi ok. 42% ceny ofertowej netto (5 999 372,9 zł; podano wartości netto z uwagi na brak wyceny z vat w odniesieniu do poszczególnych pozycji formularzy cenowych). Zamawiający nadto zażądał wyjaśnień, czy oferta w zakresie sprzątnięcia ulic zmiataarkami mechanicznymi (cena jednostkowa 95 zł netto za 1 km) obejmuje sprzątnięcie sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach, czy tylko jednokrotny przejazd wzdłuż ulicy, na co miała wskazywać zbliżona cena do ceny jednostkowej sprzątnięcia chodników zmiataarkami mechanicznymi (90 zł netto za 1km).

W odpowiedzi Sar-Nat przedłożył ogólnikowe, lakoniczne i niepoparte dowodami wyjaśnienia opatrzone kalkulacjami o wysokim stopniu ogólności, co samo w sobie już powinno uzasadniać odrzucenie oferty (szerzej w dalszej części odwołania). Zamawiający nie tylko zaniechał odrzucenia oferty Sar-Nat lecz dopuścił się kolejnego naruszenia regulacji PZP tj. pismem z dnia 16.10.2023 r. (WIZP 271.17.8.2023 uzupełnionym pismem korygującym omyłki pisarskie, z dnia 17.10.2023 r.; 271.17.9.2023) skierował do wykonawcy Sar-Nat kolejne wezwanie (w zakresie wszystkich usług określonych w poprzednim wezwaniu, z wyjątkiem poz. 3 formularza utrzymanie czystości oraz pozycji 1, 2, 7 formularza zimowe utrzymanie) zmierzające do uzyskania kolejnych wyjaśnień. W istocie pismo Zamawiającego, wzywające wykonawcę Sar-Nat to wyjaśnień stanowi zbiór okoliczności, które uzasadniają (po zapoznaniu się z ofertą i wyjaśnieniami wykonawcy Sar-Nat) odrzucenie oferty wskazanego wykonawcy, albowiem potwierdzają, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena ma przymiot RNC. W piśmie Zamawiający wyspecyfikował 9 okoliczności, które wprost potwierdzają, że zaoferowana cena ma charakter ceny rażąco niskiej. Zamawiający zamiast odrzucić ofertę wykonawcy Sar-Nat na tej podstawie, wezwał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, poprzez ustosunkowanie się przez wykonawcę Sar-Nat do argumentów przemawiających za posiadaniem przez zaoferowaną cenę przymiotu RNC. W odpowiedzi na powyższe Sar-Nat wskazał m.in., że nie zgadza się z założeniem Zamawiającego polegającym na odniesieniu liczby roboczogodzin przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji cen jednostkowych do Katalogu Norm Pracy, bowiem Zamawiający w postanowieniach Specyfikacji warunków zamówienia dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty nie wymagał, aby wykonawcy uwzględnili Katalog Norm Pracy podczas wyceny przedmiotu zamówienia. W Odpowiedzi na drugie wezwanie wykonawca Sar-Nat ograniczył się w istocie do ogólnikowego zanegowania stanowiska Zamawiającego oraz zaprezentowania, niepopartych dowodami, zapewnień odnoszonych do wykonywania tożsamego zakresu usług w ramach wcześniejszego postępowania Zamawiającego oraz doświadczeń przy innych zamówieniach, co nie stało w mniemaniu Zamawiającego na przeszkodzie wyborze oferty Sar-Nat, jako najkorzystniejszej, podczas gdy wyjaśnienia wykonawcy Sar-Nat jedynie potwierdzają, że okoliczności wyspecyfikowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16.10.2023 r. mają charakter realny, nie są jedynie wątpliwościami Zamawiającego, lecz realnie występującymi przesłankami uznania oferty wykonawcy Sar-Nat za obarczoną przymiotem oferty z RNC. Uwzględniając powyższe należy uznać, że:

- 1) wyjaśnienia wykonawcy Sar-Nat złożone dnia 4.10.2023 r. nie obalają domniemania posiadania przez zaoferowaną przez niego cenę przymiotu rażąco niskiej, a wręcz potwierdzają, że zaoferowana cena charakteryzuje się cechami ceny rażąco niskiej,
- 2) wezwanie wykonawcy Sar-Nat skierowanie do niego przez Zamawiającego dnia 16.10.2023 r. było nieuprawnione, a w konsekwencji samym skierowaniem kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający naruszyć regulacje PZP, a wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Sar-Nat dnia 19.10.2023 r. należy traktować jako złożone w warunkach nieuprawnionego naruszenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnieniowej wynikającej z art. 224 PZP,
- 3) wyjaśnienia wykonawcy Sar-Nat z dnia 19.10.2023 r., rozpatrywane samoistnie jak i wspólnie z wyjaśnieniami z dnia 4.10.2023 r., nie obalają domniemania posiadania przez zaoferowaną przez niego cenę przymiotu rażąco niskiej, a wręcz potwierdzają, że zaoferowana cena charakteryzuje się cechami ceny rażąco niskiej. W konsekwencji nawet w przypadku przyjęcia, że Zamawiający był uprawniony do skierowania wezwania do wyjaśnień z dnia 16.10.2023 r. i nie naruszył tym regulacji PZP to i tak naruszył regulacje PZP albowiem zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Sar-Nat na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP.

Dalej, Zamawiający pismem z dnia 16.10.2023 r. skierował do wykonawcy Sar-Nat wniosek o uzupełnienie wyjaśnień, czym dopuścił się naruszenia regulacji PZP a to ze względu na to, że wspomnianym pismem Zamawiający nie zmierza do uchylenia nowych wątpliwości, które pojawiły się u Zamawiającego w wyniku zapoznania się z wyjaśnieniami wykonawcy Sar-Nat z dnia 4.10.2023 r., lecz:

- 1) wyraża w piśmie szereg okoliczności, które bezpośrednio wskazują na posiadanie przez zaoferowaną cenę przymiotu RNC np. Zamawiający wskazywał, że z treści oferty w zakresie sprzątnięcia ulic zmiataarkami mechanicznymi (cena jednostkowa 95 zł netto za 1 km) może wynikać, że nie obejmuje sprzątnięcia sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach, lecz tylko jednokrotny przejazd wzdłuż ulicy, na co miała wskazywać zbliżona cena do ceny jednostkowej sprzątnięcia chodników zmiataarkami mechanicznymi (90 zł netto za 1km). W tym zakresie, formułując

drugie wezwanie, w którym zażądał dalszych wyjaśnień niniejszego składnika cenotwórczego, Zamawiający sam potwierdził, że przedstawiona kalkulacja: „nie potwierdza spełnienia warunku obejmującego sprzątanie sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia (Rozdział 4, pkt I.2. ppkt f) tiret 2), na co wskazuje metodologia kalkulacji ceny jednostkowej sprzątania chodników zmiataarkami mechanicznymi”, a nadto, że kalkulacja jest zaniżona: „Porównując metodologię ustalania ceny zmiatania mechanicznego ulic-sprzątanie sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach oraz ceny zmiatania mechanicznego chodników dla obu usług w założeniach obliczenia ceny przyjęto analogiczną normę roboczogodzin oraz to samo zużycie paliwa.”.

2) z naruszeniem reguły równego traktowania wykonawców, umożliwia wykonawcy Sar-Nat uzupełnienie argumentacji, oświadczeń i dokumentów w dodatkowo wyznaczonym terminie, pomimo, że w świetle wezwania datowanego na 29.09.2023 r., które charakteryzowało się szczegółowością i skonkretyzowaniem zarówno w zakresie wątpliwości jak i oczekiwanych wyjaśnień, wykonawca w pierwszych wyjaśnieniach winien odnieść się do wskazanych aspektów. Nie jest zasadne dawanie de facto „drugiej szansy” podmiotowi, od którego wymaga się umiejętności rzetelnego, a przede wszystkim profesjonalnego uzasadnienia przyjętych stawek i wykazania zasadności ich przyjęcia, w tym ich realności. Przykładowo już w pierwszym wezwaniu Zamawiający oczekiwał szczegółowego wyjaśnienia „czy Państwa oferta w zakresie sprzątania ulic zmiataarkami mechanicznymi (cena jednostkowa 95 zł netto za 1km) obejmuje sprzątanie sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach zgodnie z wymaganiami (...) czy kalkulacja w/w ceny jednostkowej obejmuje tylko jednokrotny przejazd wzdłuż ulicy, na co wskazuje zbliżona cena jednostkowa sprzątania chodników zmiataarkami mechanicznymi (cena jednostkowa 90 zł netto za 1km)”. Z kolei w drugim wezwaniu Zamawiający wskazał, że „kalkulacja ceny jednostkowej zmiatania mechanicznego ulic nie potwierdza spełnienia warunku obejmującego sprzątaniem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach zgodnie z wymaganiami (...) na co wskazuje metodologia kalkulacji ceny jednostkowej sprzątania chodników zmiataarkami mechanicznymi”.

Odwolujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2019 r., w sprawie o sygn. akt KIO 431/19 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2637/18.

Niezależnie od powyższego zarzutu, który wskazuje na samoistne naruszenie regulacji PZP przez Zamawiającego, Odwołujący w dalszej części odwołania wskazuje, że zarówno pierwsze wyjaśnienia, jak i drugie, a także oba rozpatrywane łącznie, nie uchyliły domniemania posiadania przez cenę przymiotu RNC, a wręcz przeciwnie potwierdziły, że zaoferowana cena taki przymiot posiada.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przytoczył tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz fragmenty komentarza Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na pierwsze z otrzymanych wezwań Sar-Nat w pierwszej kolejności złożył ogólnikowe i gołosłowne zapewnienia:

Powyżej przywołane ogólnikowe i hasłowe oświadczenia wykonawcy Sar-Nat doznały uzupełnienia w następujący sposób:

- względem poszczególnych kategorii usług.

Odwolujący wskazał, że wykonawca Sar-Nat:

1) nie wskazał podstaw dla przyjęcia określonego wymiaru roboczogodzin, zużycia paliwa czy też innych czynników kosztowych,

2) nie wykazał żadnymi dowodami, pomimo posiadania ku temu pełnej możliwości i sposobności wysokości poszczególnych kategorii kosztowych, np. wysokości stawki roboczogodzin (zanonimizowane umowy o pracę, co najmniej w zakresie osób wskazanych w wykazie osób dedykowanych do realizacji zamówienia), np. spalania pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia (pomimo deklarowania posiadania pojazdów na własność w wykazie sprzętu), nie wykazał specyfiki sprzętu, który będzie wykorzystywany do realizacji usług, co najmniej poprzez wskazanie konkretnych modeli pojazdów, które zgodnie z deklaracją wykonawcy pozostają w jego własności.

Odwolujący podkreślił, że Sar-Nat odpowiadając na wątpliwości Zamawiającego dotyczące ceny jednostkowej za sprzątanie ulic zmiataarkami mechanicznymi w ogóle nie wyjaśnił przyjętej wyceny ograniczając się do zapewnienia, że obejmuje ona zmiatanie ulic po obu stronach i przedłożył ogólnikową kalkulację dotyczącą tej i pozostałych pozycji cenowych, których wyjaśnień zażądał Zamawiający.

Przedstawione przez Sar-Nat wyjaśnienia, w tym kalkulacja są niepełne i nieoparte żadnymi dowodami, przez co nie jest możliwe ich pełne zweryfikowanie, pomimo, że Zamawiający zwrócił się o ich złożenie już w pierwszym zdaniu wezwania. Wykonawca w szczególności nie wskazał specyfikacji sprzętu, który będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia, co uniemożliwia sprawdzenie m.in. rzeczywistego zużycia paliwa, kosztów eksploatacyjnych, czy amortyzacji. Nie jest też jasne jaki okres pozostał przyjęty dla amortyzacji sprzętu. Co więcej Sar-Nat w ogóle nie przedstawił kosztów dzierżawy bazy materiałowej, pomimo jej wyszczególnienia w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy (złożonego wzoru formularza 3.1. stanowiącego załącznik

do SWZ).

W istocie wyjaśnienia wykonawcy Sar-Nat są zbiorem głośnych i hasłowych twierdzeń własnych wykonawcy, które nie ukazują oparcia w jakichkolwiek obiektywnych założeniach kalkulacyjnych, w tym dokumentach, które potwierdzałyby zasadność przyjęcia określonych wartości i wielkości (np. spalania pojazdów; określonego wymiaru roboczogodzin itd.).

Odwolujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3680/21.

Wykonawca Sar-Nat poprzestał na abstrakcyjnym wskazaniu kwot, które nie spełniają waloru kalkulacji, gdyż nie mają żadnego oparcia w czynnikach kosztowych, a jedynie stanowią deklarację wykonawcy Sar-Nat co do tego, że przy przyjęciu określonych danych, kalkulacja cenowa została sporządzona w sposób spójny z wartościami podanymi w ofercie oraz formularzach cenowych. W istocie zatem wyjaśnienia wykonawcy, stanowią jedynie dodatkową deklarację w zakresie rozbicia cenowo-kosztowego, której treść nie umożliwia weryfikacji tego czy przyjęte przez wykonawcę Sar-Nat koszty pozwalają na realne wykonanie zamówienia, z dochowaniem ustanowionych przez Zamawiającego wymagań. Deklaracja cenowo-kosztowa wykonawcy Sar-Nat, jedynie wskazuje na pewne wartości kwotowe / liczbowe, które nie mogą zostać racjonalnie i rzetelnie zweryfikowane przez Zamawiającego, ze względu na deficyt dowodowy, którym obarczone są wyjaśnienia wykonawcy. Jednocześnie wskazany deficyt w pełni obciąża wykonawcę Sar-Nat, który zaniechał przedstawienia i przedłożenia jakichkolwiek środków dowodowych, pomimo posiadania ku temu pełnej sposobności i możliwości, co najmniej w zakresie sprzętu i osób zadeklarowanych w wykazanie osób dedykowanych do realizacji zamówienia czy sprzętu wykorzystywanego na potrzeby wykonania usług. Ponadto wyjaśnienia wykonawcy Sar-Nat były niepełne, co stanowi dodatkowy argument uzasadniający odrzucenie oferty wykonawcy.

Zważywszy na samą niekompletność i nierzetelność wyjaśnień w ogóle nie popartych dowodami Zamawiający powinien już na tym etapie odrzucić ofertę bez wzywania do dalszych wyjaśnień.

Pomimo ogólnikowych, niepopartych dowodami wyjaśnień, które nie udowadniały przyjętych wycen, Zamawiający pismem z dnia 16.10.2023 r. (WIZP 271.17.8.2023 uzupełnionym pismem korygującym omyłki pisarskie, z dnia 17.10.2023 r.; 271.17.9.2023) wezwał Sar-Nat do złożenia kolejnych, odnosząc się do wątpliwości powstałych już na gruncie szczątkowych, hasłowych i niekompletnych wyjaśnień Sar-Nat, które określił w następujący sposób, nawiązując do przedstawionych elementów cenotwórczych:

Powyższe doprecyzowano uzupełnieniem omyłek pisarskich w drugim z w/w pism składających się na kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny:

Na kolejne wezwanie Sar-Nat odpowiedział jednak z jeszcze większym stopniem ogólności, również nie załączając żadnych dowodów, pomimo, że Zamawiający wprost wskazał, iż oczekuje skonkretyzowanych odpowiedzi na wyrażone przez siebie okoliczności, wykazujące, że cena zaoferowana przez wykonawcę posiada przymiot RNC, jak również że oczekuje uzupełniających wyliczeń. Dodatkowe wyjaśnienia wykonawcy Sar-Nat sprowadzają się do głośnego potwierdzenia prawidłowości poczynionej kalkulacji; hasłowego i arbitralnego zanegowania stanowiska Zamawiającego; hasłowego powołania się na posiadane doświadczenie oraz zadeklarowania realizacji zamówienia zgodnie z ustanowionymi wymaganiami. Przedłożone pismo w istocie nie czyni żadnych realnych wyjaśnień, a tym bardziej nie prezentuje, żadnych dowodów mogących uchylić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Przyjętą wycenę Sar-Nat uzasadniał głównie wydajnością posiadanego sprzętu (którego nie wskazał, pomimo posiadania ku temu pełnej sposobności gdyż wg. deklaracji jest to sprzęt będący w jego własności) i hasłowo powołanym doświadczeniem zdobytym podczas świadczenia podobnych usług (którego nie wykazał, a nadto nie wykazał, że usługi te realizuje w zbieżnych warunkach kontraktowych i to w sposób należyty), w tym dla Zamawiającego.

Do lakoniczności wyjaśnień i niedopuszczalności uzasadniania wyboru oferty doświadczeniem zdobywanym u Zamawiającego, Odwołujący zamierza odnieść się w dalszej części pisma albowiem okoliczności te i ich wpływ na rzetelne wykonanie zamówienia są najlepiej widoczne w zestawieniu z poszczególnymi elementami kalkulacji Sar-Nat, które nawet pomimo ich niepełnego charakteru świadczą o tym, że należyte wykonanie zamówienia w zaoferowanej cenie nie jest możliwe. Podkreślić należy, że na innych okolicznościach niż doświadczenie i wydajność sprzętu Sar-Nat oparł się jedynie w stosunku do usługi zmiatania mechanicznego ulic, jednak nawet w tym przypadku budzą one poważne wątpliwości z punktu widzenia podstawowej wiedzy osoby znającej specyfikę zamówienia.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sar-Nat ze względu na posiadanie przez zaoferowaną cenę przymiotu RNC

Zmiatanie mechaniczne ulic.

W pierwszym z wezwań Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy oferta w zakresie sprzątnięcia ulic zmiatarkami mechanicznymi (cena jednostkowa 95 zł netto za 1 km) obejmuje sprzątnięcie sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach, czy tylko jednokrotny przejazd wzdłuż ulicy, na co miała wskazywać zbliżona cena do ceny jednostkowej sprzątnięcia chodników zmiatarkami mechanicznymi (90 zł netto za 1km).

W odpowiedzi (poza kalkulacją) Sar-Nat podał jedynie, że w tej cenie wykonawca uwzględnił sprzątanie ulic sprzętem mechanicznym po obu stronach jezdni. Na podnoszone w kolejnym wezwaniu wątpliwości Zamawiającego Sar-Nat wskazał, że:

„Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących ceny jednostkowej za sprzątanie ulic zamiatarkami mechanicznymi ponownie informuję, że w cenie tej wykonawca uwzględnił sprzątanie ulic sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach. Mając na uwadze specyfikę usługi polegającej na zmiataniu mechanicznym chodników, tj. pokonywanie licznych przeszkód podczas jazdy sprzętem przeznaczonym do jej realizacji, co powoduje, że średnia prędkość poruszania się tego sprzętu jest dwukrotnie mniejsza od prędkości poruszania się sprzętu przeznaczonego do zmiatania mechanicznego ulic, czas niezbędny na jej prawidłowe wykonanie na odcinku 1 km jest zbliżony do czasu wykonania usługi polegającej na zmiataniu mechanicznym ulic na odcinku 1 km po obu stronach. W związku z tym założenia do ustalenia cen jednostkowych za ww. usługi wskazane w piśmie wykonawcy z dnia 04.10.2023 r. są prawidłowe.”

Założenie przyjęte przez Sar-Nat nie jest jednak prawdziwe i wskazuje na brak elementarnej znajomości specyfiki ulic miasta Kościerzyna. Odwołujący wskazuje, iż większość ulic przeznaczonych do zmiatania stanowią ulice osiedlowe. Specyfika wąskich oraz często zastawionych samochodami ulic osiedlowych powoduje, że wykonywanie prac wymaga dużej ilości manewrów i pokonywania licznych przeszkód (np. osiedle Norwida, Moniuszki). Na charakterystykę ulic wskazuje sam Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie dotyczące wyboru sprzętu do specyfikacji z dnia 13.09.2023 (pismo WIZP.271.17.4.2023).

Dalsza część ulic (np. ul. Dworcowa, ul. Wojska Polskiego, Skłodowska) stanowią ulice, które odbierają ruch z w/w ulic osiedlowych i są położone w centrum życia miasta. Dla tych ulic charakterystyczne jest występowanie bardzo intensywnego ruchu pojazdów i pieszych. Na ulicach położonych w centrum występuje wiele azylów dla pieszych, przejść dwuetapowych, rond, pasów wyłączonych z ruchu oraz wysepek, przy czym każdy z tych elementów musi zostać oczyszczony zgodnie z wymogami SWZ.

Z kolei pozostała, najmniejszą część stanowią ulice położone w przemysłowej części miasta (np. ul. Zakładowa, ul. Fabryczna), która charakteryzują się mniejszym ruchem i ilością infrastruktury dla pieszych, jednakże wymagają istotnego nakładu prac z uwagi na wysokie zanieczyszczenie spowodowane przejazdami ciężkiego sprzętu wykorzystywanego przez przedsiębiorstwa prowadzące działalność w ich obrębie.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że twierdzenie Sar-Nat jakoby zmiatarki miały poruszać się 2 razy szybciej po ulicy niż chodniku jest nieuprawnione. Co więcej bazując na standardowej dla działalności Odwołującego wiedzy, wskazuje on, iż dodatkowym utrudnieniem jest znaczna ilość odpadów występujących na tych ulicach (np. piasek nawożony pod kołami pojazdów; spływający z trawników oraz gromadzący się przy brzegu jezdni). Należy przy tym podkreślić, iż odpady gromadzące się na chodnikach z uwagi na ich strukturę są szybciej wciągane przez zmiatarki – na chodnikach dominują drobne odpady takie jak: niedopałki papierosów, liście, drobne śmieci, etc. Właśnie takim założeniem mógł się kierować Zamawiający rozgraniczając rodzaje zmiatarek na typ uliczny i chodnikowy, szczególnie, gdy producenci maszyn przeznaczonych na ulice przewidują większe zmiatarki z większą wydajnością i większym zbiornikiem na odpad niż na chodniki.

Sar-Nat bądź to umyślnie, bądź przez niedopatrzenie i nierzetelność, już na tym etapie wskazał zaniżoną ilość roboczogodzin wpływając na cenę oferty. Oznacza to, że Sar-Nat nie tylko zaniżył istotną pozycję formularza ofertowego, lecz również w dokonywanej wycenie ofertowej ujął jedynie wykonanie usługi po jednej stronie jezdni. Powyższe, co należy po raz kolejny podkreślić, potwierdził sam Zamawiający w drugim z wezwań:

„nie potwierdza spełnienia warunku obejmującego sprzątanie sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia (Rozdział 4, pkt 1.2. ppkt f) tiret 2), na co wskazuje metodologia kalkulacji ceny jednostkowej sprzątania chodników zamiatarkami mechanicznymi”,

„Porównując metodologię ustalania ceny zmiatania mechanicznego ulic-sprzątanie sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach oraz ceny zmiatania mechanicznego chodników dla obu usług w założeniach obliczenia ceny przyjęto analogiczną normę roboczogodzin oraz to samo zużycie paliwa.”

Prace ręczne (wskazane w pkt 2) – 5) wezwania)

Nie jest jasne na jakim podstawie Sar-Nat w ramach w/w prac podał ilość 6 roboczogodzin do wszystkich odnośnych prac, z wyjątkiem sprzątania ręcznego schodów. Wątpliwości Zamawiającego co do ilości godzin poświęconych na realizację przedmiotowych zadań należy uznać za w pełni zasadne. Szacując niezbędny i realny czas pracy na wykonanie w/w prac ręcznych należy odnieść się do normy na wykonanie usługi polegającej na zmiataniu dróg parkowych i powierzchni określoną w Katalogu Norm Pracy (Dział 13 Konserwacja terenów zielonych, rozdział II), która wynosi 12 roboczogodzin na 10000 m². Sar-Nat nie podał, żadnych przesłanek potwierdzających, że dysponuje jakimkolwiek unikatowymi lub innowacyjnymi środkami, pozwalającymi na posprzątanie o połowę szybciej 1ha powierzchni niż przewiduje to Norma Pracy.

Kalkulację uwzględniającą rzeczywisty i realny nakład pracy Odwołujący przedstawia poniżej:

SAR-Nat		Katalog Norm Pracy i założenia Sar-Nat	
Ilość czasu potrzebna do posprzątania 1ha powierzchni	6h	Ilość czasu potrzebna do posprzątania 1ha powierzchni	12h
Roboczogodzina 33zł/ha	6x33= 198zł/ha	Roboczogodzina wg najniższej krajowej od 01.01.2024 30,41 zł/h	12h * 30,41 zł/h = 364,92zł/ha
Koszt materiałów, sprzętu, wywozu piasku, dowozu i odwozu pracowników	20zł/ha	Koszt materiałów, sprzętu, wywozu piasku, dowozu i odwozu pracowników	20 zł/ha
Ryzyko	27 zł/ha	Ryzyko	27 zł/ha
Zysk 30%	105zł	Zysk 30%	123,58 zł/ha
Cena	350zł/ha	Cena	535,5 zł/ha

Odwołujący podkreślił, że powierzchnia przeznaczona do sprzątania w ramach niniejszego zamówienia jest szczególnie zanieczyszczona w sezonie letnim, z uwagi na znaczną ilość turystów oraz rozstawionych ogródków gastronomicznych, przy czym powierzchnia ta nie należy do prac mechanicznych, tylko do prac ręcznych, z uwagi na ochronę nawierzchni kostki, co wymusza zastosowanie odkurzaczy i mioteł.

Nie sposób uznać zasadność stanowiska Sar-Nat wyrażonego w drugim z złożonych wyjaśnień, który stwierdził, że: „nie zgadza się z założeniem Zamawiającego polegającym na odniesieniu liczby roboczogodzin przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji cen jednostkowych do Katalogu Norm Pracy, bowiem Zamawiający w postanowieniach Specyfikacji warunków zamówienia dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty nie wymagał, aby wykonawcy uwzględnili Katalog Norm Pracy podczas wyceny przedmiotu zamówienia.” (...)

Koszenie trawników (pkt 7 wezwania)

Odwołujący zwraca również uwagę, że wycena przedmiotowej pozycji znacząco odbiega od standardów rynkowych. Wykonanie wskazanego zadania wymaga użycia zarówno kosiarek, jak i wykaszarek. Odwołujący ustalił, iż średnia cena w kraju wg. Portalu oferteo mieści się w przedziale 50-70 gr za m2 za koszenie kosiarką i 1,20 zł za m2 za koszenie kosą spalinową⁹, przy czym cena zaproponowana przez Sar-Nat to 0,45 g na m2.

Koszty dojazdu

Odwołujący wskazuje także, iż Sar-Nat w swojej kalkulacji w ogóle nie uwzględnił kosztów dojazdu pracowników z Bytowa (stałe miejsce wykonywania działalności gospodarczej Sar-Nat) do miejsc wykonywania usług, a także bazy sprzętowej zlokalizowanych w Kościerzynie. Brak ten nie może być pominięty, zważywszy, że Kościerzyna znajduje się ok. 30 kilometrów od Bytowa, a zamówienie ma być realizowane od końca bieżącego roku do listopada 2025 r. Zważywszy na realizację podobnych usług (w ramach zamówienia podzielonego na części) Odwołujący regularnie mija pracowników Sar-Nat z Bytowa w drodze do pracy.

Usługi realizowane dotychczas u Zamawiającego

Nie jest dopuszczalne następujące twierdzenie Sar-Nat odnoszące się do wydajności sprzętu oraz wycenionych roboczogodzin wyrażone w drugich złożonych wyjaśnieniach: *Powyższe stanowisko wykonawcy odnosi się również do wątpliwości Zamawiającego wyrażonych w punktach 7), 8), 9) pism z dnia 16.10.2023 r. oraz z dnia 17.10.2023 r., przy czym w tym miejscu wykonawca wskazuje, że wydajność posiadanego przez niego sprzętu przeznaczonego do realizacji usług gwarantuje należyte ich wykonanie w założonej przez wykonawcę liczbie roboczogodzin, a Zamawiający w tym zakresie posiada wiedzę, ponieważ obecnie wykonawca realizuje na rzecz Zamawiającego tożsamy zakres usług.* (...)

Odwołujący wskazał, że obecna współpraca Sar-Nat z Zamawiającym w zakresie realizacji zadań zbliżonych do przedmiotu niniejszego Postępowania budzi istotne wątpliwości co do jej rzetelności. Sar-Nat od 2021 roku realizuje zamówienie o niemalże tożsamym zakresie w części zamówienia poświęconej Strefie I.

Należy przy tym wskazać, że aktualnie zaoferowane przez Sar-Nat ceny jednostkowe są niższe niż ceny jednostkowe dotychczas ofertowane przez wskazany podmiot i za które realizuje zbieżne rodzajowo usługi. (...)

Skoro wykonawca Sar-Nat odwołuje się do dotychczasowego doświadczenia przy realizacji dotychczas wykonywanej umowy, powinien jednocześnie wskazać i wykazać powody przyjęcia stawek niższych niż dotychczasowe, w szczególności, że Wykonawca uprzednio (w toku realizacji zamówienia) wnioskował o waloryzację cen realizacji zamówienia, a nadto czynniki makroekonomiczne nie pozwalają na obiektywne przyjęcie, że koszty świadczenia usług będą niższe (tendencja jest wręcz przeciwna). (...)

Odnosząc się z kolei do pozostałego, innego niż zdobyte u Zamawiającego doświadczenia, na które powołuje się Sar-Nat – tj.: 12 - letnie doświadczenie w zakresie świadczenia usług polegających na utrzymaniu czystości i porządku oraz pielęgnacji zieleni na terenach: Rafinerii i Gdańskiej sp. z o. o., Morskiego Portu Gdańsk SA, miasta Bytów, gminy Miastko, miasta Sopot, Lotosu Kolej sp. z o. o. w Gdańsku oraz dróg gminnych, wojewódzkich i krajowych, Odwołujący podaje, że bez wskazania referencji lub innych dowodów na ich rzetelne wykonanie, nie może stanowić nawet pobocznej okoliczności uzasadniającej podaną przez Sar-Nat wycenę oferty. W szczególności nie może być podawane w wyjaśnieniach jako jeden z głównych argumentów, obok szczytkowych (i zaniżonych) kalkulacji oraz wątpliwych twierdzeń dotyczących znacznie szybszego zmiatania jezdni (po obydwu stronach) niż chodników. Co więcej, wykonawca Sar-Nat pomimo dysponowania taką możliwością, nie powołał się na dowodowy wykazujący, że świadczenia realizowane na rzecz ww. podmiotów są wykonywane na zbieżnych warunkach kontraktowych, w tym są zbieżne w zakresie przedmiotowym i jakościowym, a nadto są realizowane przez wykonawcę za zbliżone ceny, a wykonanie zamówień następuje w sposób należyty. Pomimo, że wykonawca Sar-Nat posiadał ku temu pełną sposobność i łatwość w wykazaniu wskazanych aspektów (np. przesłanie umów, kalkulacji cenowych, faktur itd.) to działań takich zaniechał, powołując się jedynie w sposób gołosłowny na realizację usług na rzecz innych podmiotów, co *per se* nie stanowi argumentu za nieposiadaniem przez zaoferowaną cenę przymiotu RNC. (...)

W złożonej pismem z 19 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający potwierdził, że na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp zastosował wobec wykonawcy P.H.U. Sar-Nat D. S. procedurę wyjaśniania oferty pod kątem badania potencjalnie występującej rażąco niskiej ceny. Obligatoryjność tej procedury wynikała z tego, że cena całkowita spornej oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Należy mieć na uwadze okoliczność, iż zostały złożone tylko dwie oferty: oferta P.H.U. Sar-Nat D. S. o wartości całkowitej brutto 6.479.322,73 zł brutto oraz oferta odwołującego Usługi Komunalne J. K., M. K. s.c. o wartości całkowitej brutto 9.196.359,41 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 8.916.737,80 zł netto (9.630.076,82 zł brutto, z podatkiem VAT). Wartość ta po pomniejszeniu o 30% wynosi 6.741.053,78 zł. Wartość oferty P.H.U. Sar-Nat D. S. wynosiła 6.479.322,73 zł brutto, była więc mniejsza od tej kwoty. Zauważyć natomiast trzeba nie jest to wielka różnica: zaledwie ok. 260.000 zł. (...)

Należy podnieść, że wyliczenie zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia prowadziło do wysokiej wartości, gdyż było wykonane z uwzględnieniem waloryzacji wynagrodzeń, które zostały zażądane przez obydwu wykonawców, którzy wykonują tę usługę poczynawszy od 2021 r. Przy czym żądania waloryzacyjne były wysuwane głównie przez wykonawcę Usługi Komunalne J. K., M. K. s.c., któremu zamawiający zwaloryzował wynagrodzenie aż trzykrotnie z powołaniem się na różne podstawy prawne, w tym na siłę wyższą związaną z wybuchem konfliktu zbrojnego na terenie Ukrainy (aneksy z dnia 15.04.2022 oraz z dnia 29.12.2022) oraz z powołaniem się na procedurę waloryzacyjną z art. 439 ustawy pzp – wskaźnik waloryzacyjny GUS). Tymczasem wykonawca P.H.U. Sar-Nat D. S. w trakcie realizacji swojej umowy żądał jedynie waloryzacji z uwagi na art. 439 ustawy pzp z powołaniem się na wskaźnik waloryzacyjny GUS.

W toku tej procedury badania rażąco niskiej ceny zostało najpierw wystosowane pismo z dnia 29.09.2023 r., WIZP.271.17.6.2023, na które wykonawca P.H.U. Sar-Nat D. S. udzielił odpowiedzi pismem z dnia 04.10.2023 r., w którym odniósł się do wszystkich pozycji formularzy ofertowych wskazujących przez zamawiającego jako wzbudzające wątpliwości. Wykonawca co do wszystkich pozycji przeprowadził wyliczenia wskazując na koszty, amortyzacje, ryzyko i zysk. W każdej pozycji kosztowej wykonawca przewidywał uzyskanie zysku na poziomie co najmniej 10-30%. W kolejnym zapytaniu zamawiający (pismo z dnia 16.10.2023 r., WIZP.271.17.8.2023, oraz pismo zawierające sprostowanie omyłek pisarskich z dnia 17.10.2023 r., WIZP.271.17.8.2023), zwrócił się o kolejne wyjaśnienie, jednakże nie pierwotnych wątpliwości, ale wątpliwości odnoszących się do pisma wykonawcy z 4.10.2023 r. i tylko w zakresie wątpliwości, które wcześniej nie zostały dostatecznie wyraźnie wyartykułowane przez zamawiającego. W orzecznictwie KIO i doktrynie prawa zamówień publicznych powszechnie przyjęte jest, że nie zawsze jest niedopuszczalne ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Ponowne wezwanie jest możliwe, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. Obowiązek wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień zachodzi również w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie miało ogólny charakter (zob. wyrok z dnia 16 października 2017 r. KIO 2030/17). W pierwotnym wezwaniu zamawiający nie poinformował wykonawcy, że jego wątpliwości budzi to, czy są prawidłowo zastosowane przez wykonawcę ewentualne normy czasu pracy. W odpowiedzi (pismo wykonawcy z 19.10.2023 r.) wykonawca wyjaśnił, że przy kalkulacji kosztów nie posługiwał się katalogami norm pracy, ale własnym doświadczeniem wynikającym z wieloletniego uczestnictwa w rynku tego rodzaju usług, również wykonywanych na rzecz zamawiającego w niniejszym

postępowaniu. Wytknął też zamawiającemu, że nie wymagał posługiwania się przy kalkulacji oferty katalogami norm czasu pracy.

Zamawiający ostatecznie przyjął wyjaśnienia wykonawcy P.H.U. Sar-Nat D. S. i uznał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający doszedł do wniosku, że posługiwanie się zestandaryzowanymi normami czasu pracy nie będzie prowadziło w niniejszym postępowaniu do zadowalających rezultatów z kilku powodów. Po pierwsze, normy takie nie mają normatywnego, ustawowego charakteru, po drugie brak jest norm zachowujących względną aktualność i dostosowanie do aktualnych warunków technologicznych i społeczno-gospodarczych. Jak łatwo zauważyć, odwołujący wskazuje w odwołaniu na normy opracowane jeszcze w latach 80-tych ubiegłego wieku, a więc w zupełnie innych uwarunkowaniach cywilizacyjnych, technicznych, społecznych i kultury pracy. Po trzecie wreszcie, zamawiający nie dysponuje nadto żadnym aparatem ani metodologią, które mogłyby zweryfikować poprawność takich norm i ich zastosowalność do warunków, w jakich będzie wykonywana konkretna usługa na jego rzecz.

Zamawiający uznał wreszcie wyjaśnienia wykonawcy odnoszące się do ceny sprzątania ulic sprzętem mechanicznym wzdłuż krawędzi jezdni po obu stronach. Zamawiający uznał jego wyjaśnienia sprowadzające się do twierdzenia o około dwukrotnie niższej prędkości poruszania się sprzętu po chodnikach w stosunku do prędkości wykonywania usługi na ulicy za wiarygodne. Twierdzenia odwołującego, że większość ulic w mieście Kościerzyna to wąskie uliczki osiedlowe nie odpowiada prawdzie, gdyż Gmina Miejska Kościerzyna poczyniła w ostatnich latach (i nadal czyni) sporo inwestycji drogowych, które zdecydowanie poprawiły przepustowość oraz drożność głównych i bocznych ciągów drogowych. Mniejsza prędkość poruszania się sprzętu po chodnikach w sposób oczywisty wynika też z zasad bezpieczeństwa, gdyż, co jest oczywiste, to właśnie na chodnikach odbywa się główny ruch pieszny.

Zdaniem Zamawiającego nie ma też odwołujący racji wskazując, że sporna oferta nie uwzględnia kosztu dojazdu pracowników z Bytowa. Zamawiający nie wymagał zatrudniania pracowników z żadnej konkretnej miejscowości, nie mógłby nawet postawić takiego warunku. Odwołujący a priori założył, że do wykonywania usług będą skierowani pracownicy z Bytowa. Niedopuszczalne jest stawianie takiego zarzutu na podstawie przypuszczeń. Można się natomiast spodziewać, że racjonalny wykonawca będzie dążył do zatrudnienia pracowników z miejscowości położonych jak najbliżej miejsca wykonywania usługi. Trzeba również przypomnieć, że zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o zamówienie posiadania bazy sprzętowej na terenie miasta Kościerzyna. Odpadają więc koszty logistyki poza miejscowość Kościerzyna.

Zamawiający nie poddawał w wątpliwość wszystkich pozycji cenowych wszystkich formularzy cenowych, ale tylko niektóre z nich. Jak zauważył to również odwołujący, wezwanie zamawiającego dotyczyło tylko 7 pozycji z formularza „utrzymanie czystości” (wycena na 1.457.615 zł netto), 3 pozycji z formularza „zimowe utrzymanie” (wycena na 237.500 zł netto) i tylko 2 pozycji z formularza „pielęgnacja i utrzymanie zieleni” (wycena na 830.018,70 zł). Nawet jeśli, jak zauważa odwołujący, dotyczy to ok. 42% ceny oferty, to nadal są to zastrzeżenia do mniej niż połowy jej wartości. Nawet jeśli przyjąć, że niektóre z tych pozycji są zaniżone, to nie będzie to wpływało na ocenę oferty jako całości. Racjonalny wykonawca przygotowujący ofertę często stosuje zapas cenowy w niektórych fragmentach oferty na wypadek, gdyby wycena innej części zadania oscylowała na granicy opłacalności. Innymi słowy nie musi taka sytuacja wpływać na ocenę całości ceny oferty.

W tym wypadku zamawiający uznał, że cena spornej oferty jest, co prawda niska w stosunku do oferty konkurenta, ale trudno przypisać jej cechę „rażąco” niskiej ceny. Wykonawca nie tylko skalkulował koszty, amortyzację, ale przewidział również uzyskanie dla siebie zysku. Warto zwrócić też uwagę, że zamawiający w projekcie umowy § 6 ust. 2 przewidział możliwość aż dwukrotnej waloryzacji umowy (stosownie do art. 439 ustawy pzp): pierwszej w dniu 1.02.2024 r., drugiej w dniu 1.02.2025 r. Waloryzacja ma być przeprowadzana w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Waloryzację ma uruchamiać zmiana tego wskaźnika (w stosunku do wskaźnika z poprzedniego roku) nawet o 2%. Wykonawca nie był więc zmuszony kalkulować zysku na wysokim poziomie, gdyż mechanizm umowy zabezpiecza go przed ryzykiem wzrostu cen materiałów i kosztów w trakcie realizacji umowy.

Jak sam przyznaje odwołujący w konkluzji odwołania, powołując się na poglądy literatury, obowiązek zamawiającego eliminacji niektórych ofert dotyczy tylko tych, które rzeczywiście są „nierealne”. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 451/21. (...)

Zamawiający podniósł również, choć jest to okoliczność jedynie poboczna, że wykonawca P.H.U. Sar-Nat D. S., poczynawszy od listopada 2021 r. realizuje tożsame usługi na terenie części miasta Kościerzyna na podstawie umowy z 5.11.2021 r., (WIZP.272.15.część1.2021) i usługi te są wykonywane należycie. Opisany przez odwołującego incydent z 07.09.2023 r. miał charakter incydentalny. Zamawiający wystawił temu wykonawcy pozytywne referencje w dniu

07.03.2023 r., w których stwierdził, że wykonawca „realizuje w/w umowę z należytą starannością i w ustalonych terminach.” Nie może ująć też uwadze, że p. D. S. wykonuje usługę należycie pomimo tego, że tylko jednokrotnie skorzystał z waloryzacji swoich cen w trakcie trwania umowy, co było podnoszone na wstępie.

Wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. P.H.U. SAR-NAT (dalej: „SAR-NAT”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 19 grudnia 2023 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Uczestnika postępowania, wyjaśnienia Uczestnika postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. P.H.U. SAR-NAT. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. Katalog Norm Pracy wizualizacja; zestawienie kosztów Odwołującego, skan oferty i aneksu waloryzacyjnego Sar-Nat; skan oferty Sar-Nat z 2021 r.; skan aneksu waloryzacyjnego Sar-Nat oraz na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, tj. trzy pisma Burmistrza Miasta Kościerzyny; kalkulacja ceny zamiatarki.
2. Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym z dnia 19 grudnia 2023 r., tj. SWZ z wzorem umowy z postępowania 2023 r.; informacje z GUS oraz na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, mianowicie: oferty z innych postępowań.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów złożonych przez Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym z dnia 19 grudnia 2023 r., tj. kalkulacji ceny oraz na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, mianowicie: CV; umów o pracę oraz faktur za czynsz. Wskazane wyżej dowody związane są ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest składać dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie wskazanym przez zamawiającego. W związku z powyższym Izba uznała dowód za niedopuszczalny na tym etapie.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodu złożonego przez Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym z dnia 19 grudnia 2023 r., tj. referencji, jako nieistnego dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba pominęła twierdzenia Odwołującego dotyczące skierowania do Uczestnika postępowania drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień jako spóźnione.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami w dużej mierze nie był sporny.

Poza sporem było w szczególności, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest całoroczne utrzymanie czystości i porządku wraz z pielęgnacją zieleni na terenie miasta Kościerzyna.

Poza sporem było też to, że:

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

1. Wykonawcy SAR-NAT na łączną kwotę 6 479 322,73 zł brutto.

2. Odwołującego na łączną kwotę 9 196 359,41 zł brutto.

Szacowana wartość zamówienia wynosiła 8 916 737, 80 zł netto, 9 630 076,82 zł brutto)

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp wezwał Uczestnika postępowania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień skierował do Uczestnika postępowania kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie jak w treści pisma. Wskazane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Uczestnika postępowania treść wezwań kierowanych do SAR-NAT jak również treść wyjaśnień ww. wykonawcy odpowiadają rzeczywistości,

wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Osią sporu pomiędzy Stronami było to, czy Uczestnik postępowania złożonymi wyjaśnieniami obalił domniemanie posiadania przez zaoferowaną cenę przymiotów rażąco niskiej ceny.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz dowodom przedłożonym przez Strony przy pismach oraz na posiedzeniu niejawnym gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. W ust. 3 art. 224 ustawy Pzp wskazano czego mogą dotyczyć wyjaśnienia. Zgodnie z ust. 4 art. 224 ustawy Pzp W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.*

Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp *odrżuceniu, 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.*

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Art. 537 ustawy Pzp stanowi, że *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.*

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień. Przy czym, nawet skierowanie do wykonawców wezwanie o standardowej treści, bez skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które w zakresie przedstawionych przez niego informacji są konkretne, spójne i wyczerpujące.

Wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający (a w postępowaniu odwoławczym Krajowa Izba Odwoławcza) był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami.

W ocenie Izby wyjaśnienia udzielone przez Uczestnika postępowania nie były szczegółowe, kompletne ani też rzetelne. Uczestnik postępowania nie przedłożył żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację oraz czynniki sprzyjające. Podkreślić należy, jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Przed wszystkim należy podkreślić, że Zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. art. 224 ust. 6 na podstawie treści wyjaśnień, nie zaś na podstawie wiedzy własnej. Sam fakt, że wykonawca realizował/realizuje podobną usługę na rzecz Zamawiającego jest niewystarczające do bezrefleksyjnego przyjęcia wyjaśnień tegoż wykonawcy.

Argumentacja Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania w dużej mierze sprowadza się do tego, że wartość zamówienia została znacznie zawyżona. Powyższe spowodowało konieczność wezwania Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wbrew twierdzeniom Uczestnika postępowania brak jest podstawy faktycznej i prawnej aby Izba, w przedmiotowej sprawie, dokonała analizy czy Zamawiający prawidłowo wyliczył wartość zamówienia.

Uczestnik postępowania w swoich wyjaśnieniach przyjął założenia na które nie przedłożył żadnego dowodu (co ciekawe, na posiedzeniu z udziałem Stron dowody złożył). Przypomnieć należy, że Uczestnik postępowania chcąc wykazać realność ceny bądź jej istotnych elementów składowych nie może ograniczać się do przedstawienia ogólnych założeń i powoływać się na swoje doświadczenie.

Odnosząc się do Katalogu Norm Pracy – poza sporem było to, że Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca uwzględnił Katalog Norm Pracy przy wycenie przedmiotu zamówienia. Obowiązek taki nie wynika również z obowiązujących przepisów. Jednak, skoro Uczestnik postępowania przyjął pewne założenia (w tym konkretną liczbę roboczogodzin) to powinien co najmniej wyjaśnić dlaczego jego założenia są prawidłowe. Jak już wspomniano wyżej, samo twierdzenie Uczestnika, że *„w kwestii doboru podstaw wyceny poszczególnych elementów składających się na usługę będącą przedmiotem zamówienia, posłużył się własnym doświadczeniem zawodowym, bowiem zatrudniona przez niego kadra oraz posiadany przez niego sprzęt wspomagający pracę ludzi dają gwarancję należytego wykonania usług w założonej przez wykonawcę liczbie roboczogodzin, a Zamawiający w tym zakresie posiada wiedzę, ponieważ obecnie wykonawca realizuje na rzecz Zamawiającego tożsamy zakres usług”* jest niewystarczające, bowiem nie da się zweryfikować ani przez Zamawiającego ani też Krajową Izbę Odwoławczą.

Oceniając w sprawie stan faktyczny Izba stwierdziła, że oferta Uczestnika postępowania winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) i d) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: