Sygn. akt: KIO 2555/23

WYROK

z dnia 14 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 11 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 sierpnia 2023 roku przez odwołującego **Ł. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. Ł. Usługi dla Biznesu z siedzibą w Ełku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Ełk**, przy udziale wykonawcy **B. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „OCEAN" B. K. z siedzibą w Białymstoku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą, oraz kwotę **552 zł 00 gr** (słownie: pięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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: ……..…

Sygn. akt: KIO 2555/23

UZASADNIENIE

Gmina Miasto Ełk, (dalej:*„Zamawiający"*) w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi *„ADMINISTRATOR"* spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: *„Sprzątanie utrzymanie porządku na posesjach GMINY MIASTA EŁK, zarządzanych przez ADMINISTRATOR Sp. z o. o. w Ełku"*, nr postępowania: W/ADM/2/2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 8 sierpnia 2023 r., nr 2023/BZP 00345958.

W postępowaniu tym Ł. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. Ł. Usługi dla Biznesu z siedzibą w Ełku (dalej: *„Odwołujący"*) 30 sierpnia 2023 r., złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku w związku z art. 266 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez wybranie oferty wykonawcy *„Ocean"* B. K., bez przeprowadzenia czynności wyjaśnień rażąco niskiej części składowej ceny oferty, pomimo, że składowa ceny w wysokości 0,02 zł netto za 1 m2 za sprzątanie, koszenie i pielęgnację terenów zielonych wydaje się rażąco niska i nie pozwala na należyte, zgodne z warunkami zamówienia, zrealizowanie tej części usługi.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy *„Ocean"* B. K.,

b)wezwanie Wykonawcy „Ocean" B. K. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej części składowej ceny oferty za sprzątanie, koszenie i pielęgnacja terenów zielonych,

c)dokonanie ponownej oceny i badania ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, która w rankingu ofert sklasyfikowała się na 2 miejscu, po ofercie złożonej przez „Ocean" B. K. Na skutek niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem postępowania jest:

1) Sprzątanie i utrzymanie porządku na terenie posesji oraz przylegających do niej chodnikach: 122 681 m2,

2) Sprzątanie i koszenie trawników oraz konserwacja terenów zielonych (przycinanie krzewów, wycinanie uschłych gałęzi i konarów itp.): 58 906 m2.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ cenę oferty należało przygotować z rozbiciem na dwa w/w zakresy wchodzące w skład zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone oferty przez dwóch wykonawców, tj.

1)Odwołującego oferowaną ceną netto: 480 558,24 PLN + VAT, w tym:

- za sprzątanie i utrzymanie porządku na terenie posesji oraz przylegających do niej chodnikach – z ceną 0,24 zł za 1m2 łącznie 353 321,28 zł netto
- za sprzątanie i koszenie trawników oraz konserwacja terenów zielonych – z ceną 0,18 zł za 1m2 łącznie 127 236,96 zł netto

2)Wykonawcę „OCEAN" B. K. z oferowaną ceną netto: 470 510,76 PLN +VAT, w tym:

- za sprzątanie i utrzymanie porządku na terenie posesji oraz przylegających do niej chodnikach – z ceną 0,31 zł za 1m2 łącznie 456 373,32 zł netto
- za sprzątanie i koszenie trawników oraz konserwacja terenów zielonych – z ceną 0,02 zł za 1m2 łącznie 14 137,44 zł netto.

Odwołujący wskazał też, że Zamawiający poinformował, że przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 560.000,00 zł brutto. 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę "OCEAN" B. K., a czynności tej nie poprzedzały jakiekolwiek wezwania, a w szczególności wezwanie do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał też, że pismem z 28 sierpnia 2023 r. wezwał Zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wezwania wykonawcy "OCEAN" B. K. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 PZP. Zamawiający pismem z dnia 29.08.2023 r. wyjaśnił, że nie dokona oczekiwanych czynności, gdyż wybór oferty był zgodny z ustawą Pzp.

Odwołujący podkreślił, że cena oferty wybranej nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia, ani też średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Oznacza to, że w sprawie nie miał zastosowania art. 224 ust. 2 ustawy Pzp obligujący zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z tego powodu, że określone w tym przepisie zakresy relacji ceny całkowitej do wartości przedmiotu zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich cen nie zostały przekroczone.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zaznaczył, że Norma zawarta w art. 224 ust. 1 PZP stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten nie określa sztywnych reguł, dających podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy, lecz daje taką sposobność również wówczas, gdy zamawiający poweźmie lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Odwołujący argumentował, że istotność części składowych należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Odwołujący wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 519/17 oraz w wyroku z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 822/23.

Zdaniem Odwołującego okoliczności sprawy, a w szczególności:

- fakt, że Zamawiający dokonał w Rozdziale V SWZ opisu przedmiotu zamówienia z podziałem na dwa elementy tj. 1) sprzątanie posesji i chodników (…) oraz 2) sprzątanie i koszenie trawników (…) - zestawienia tych dwóch elementów zamówienia w zakresie obszaru do obsługi (pierwszy - 122 681 m2 drugi 58 906 m2)

- to, że obie te usługi w znaczniej mierze mają być wykonywane codziennie przez cały okres zamówienia (12 m-cy) – zgodnie z §3 ust. 3 pkt 1 i §3 ust. 1 pkt 1 projektowanych postanowień umownych (załącznik nr 3 do SWZ), bezwzględnie wskazuje na to, że usługa sprzątania i koszenia trawników jest istotną częścią zamówienia, a tym samym podana z ofercie cena za jej realizację jest istotną częścią składową ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał też na §3 ust. 10 projektowanych postanowień umowy (zał. 3 do SWZ) gdzie określono, że w ramach wchodzącej w skład zamówienia usługi pn. Sprzątanie i koszenie trawników oraz konserwacja terenów zielonych (przycinanie krzewów, wycinanie uschłych gałęzi i konarów itp.), na powierzchni 58 906 m2 wchodzi:

1) codzienne sprzątanie terenów zielonych, a w szczególności:

a) usuwanie zanieczyszczeń stałych, odpadów komunalnych itp.,

b) sprzątanie papierów, folii, butelek, zwierzęcych odchodów, resztek żywności, gruzu itp.,

2) koszenie trawy (wraz z jej grabieniem i usunięciem do odpowiedniego pojemnika na odpady tzw. BIO) – przy czym koszenie trawników winno się odbywać z taka częstotliwością, aby średnia długość trawy nie przekraczała 10 cm,

3) usuwanie na bieżąco trawy i innej roślinności z chodników, wzdłuż obrzeży i opasek budynków poprzez pielenie lub opryskiwanie środkami chemicznymi,

4) przycinanie krzewów i wycinanie uschniętych gałęzi wg. bieżących potrzeb i wskazań administratorów rejonów,

5) grabienie liści w okresie jesiennym.

Zdaniem Odwołującego z doświadczenia życiowego wynika, że wskazany wyżej zakres czynności, ze względu na znaczną obsługiwaną powierzchnię – prawie 6 ha w 119 różnych lokalizacjach Miasta Ełk (vide załączone do odwołania, pozyskane od Zamawiającego mapy terenu do obsługi – 168 posesji) oddalonych od siebie nawet kilka kilometrów, wymaga istotnego nakładu pracy nie tylko w postaci zaangażowania osób je wykonujących ale także sprzętu, materiałów (paliwa itd.,). Wynagrodzenie miesięczne w wysokości 1 178,12 zł netto (0,02 zł x 58 906 m2) jest kwotą nierealistyczną, niepozwalającą na zgodne z dokumentami zamówienia w szczególności codzienne sprzątanie terenów zielonych na obszarze prawie 6 ha oraz regularne koszenie tego obszaru, a w okresie gubienia liści przez drzewa (wrzesieńgrudzień) ich grabienie na całym w/w obszarze. Jeśli chodzi tylko o kwestie zaangażowania osób do wykonania najbardziej czasochłonnych części zamówienia to:

1) codzienne sprzątanie terenów zielonych z zanieczyszczeń, wymaga fizycznego przejścia codziennie przez wszystkie obsługiwane 168 posesji, łącznie prawe 6 ha, tylko do tych prac konieczne jest skierowanie co najmniej 1 osoby do realizacji,

2) jednokrotne skoszenie wszystkich terenów do obsługi zajmie to co najmniej 200 godzin roboczych a dodatkowo należy doliczyć co najmniej połowę w/w czasu 100 godzin na zebranie trawy (wymagane przepisami umowy) w celu jej zagospodarowania. Oznacza to, że potrzebnych jest co najmniej dwóch pracowników aby przez miesiąc skosić i zebrać trawę na obsługiwanym obszarze. Założyć należy, że trawę będzie trzeba kosić co najmniej raz w miesiącu w okresie czerwiec-sierpień, a maja-czerwiec oraz wrzesień nawet dwa razy,

3) codzienne w okresie wrzesień-grudzień grabienie liści – do zaangażowania co najmniej jedna osoba. Nawet jeśli liczyć, że w okresie zimowym a także wczesnowiosennym nie będzie czynności związanych z koszeniem traw ani grabieniem liści to i tak średnio w całym roku codziennie należy skierować co najmniej dwóch pracowników do obsługi w/w terenu, zatrudnionych na umowę o pracę (stosownie do obowiązku z Rozdziału XXXV SWZ). Oznacza to, że same koszty osobowe wyniosą prawie 9 tys. miesięcznie (płaca minimalna z kosztami pracodawcy 4.337,28 zł). Do tego należy doliczyć jeszcze koszty sprzętu, paliwa itd. Wybrany wykonawca zaś przeznaczyć w swojej ofercie na realizacje tej części zamówienia zaledwie 1 178,12 zł netto tj. 1 272,37 brutto.

Odwołujący podkreślił, że przytoczone wyżej przez Odwołującego okoliczności, nie mają na celu udowodnienie, że cena zaoferowana przez wykonawcę *„OCEAN"* B. K. jest rażąco niska za realizację części zamówienia jaką jest sprzątanie i koszenie trawników oraz konserwacja terenów zielonych, ale że taka się wydaje, a zamawiający powinien nabrać w tym zakresie wątpliwości i wdrożyć procedurę zweryfikowania tych okoliczności na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie czyniąc dopuścił się naruszenia wskazanych w zarzucie przepisów prawa.

W złożonej pismem z 6 września 2023 r., odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą *„OCEAN"* B. K. z siedzibą w Białymstoku (dalej: *„Przystępujący"*).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Stan sprawy przywołany w treści odwołania jest między Stronami bezsporny, a opisany przebieg postępowania znajduje potwierdzenie w aktach postępowania. Izba nie będzie wobec powyższego w tym miejscu powielać opisu tych okoliczności faktycznych.

Uzupełniająco, jako istotne dla rozstrzygnięcia Izba wskazuje następujące postanowienia dokumentacji zamówienia:

1. Rozdział V, pkt 5 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ"), zgodnie z którym szczegółowy zakres czynności objętych przedmiotem zamówienia i sposób ich realizacji wraz z wykazem posesji i terenów zielonych został wskazany w umowie – załącznik nr 3 do SWZ.
2. Rozdział V, pkt 6 SWZ, zgodnie z którym w ramach zaoferowanej ceny, wykonawca będzie zobowiązany: zaopatrzyć się w paliwo i wodę, w okresie zimowym zabezpieczyć piach (sól drogową) w niezbędnych ilościach, zapewnić serwis używanych przez siebie urządzeń, uczestniczyć w raz z przedstawicielem zamawiającego w kontroli jakości.
3. Rozdział VI: termin realizacji zamówienia 12 miesięcy, od 1 września 2023 r do 31 sierpnia 2023 r.
4. Rozdział XXI pkt 1 – Zamawiający wskazał, że cena oferty musi uwzględniać wszystkie zobowiązania oraz że musi być zgodna z załączoną kalkulacją cenową.
5. Kryterium oceny ofert zgodnie z Rozdziałem XXII była cena o wadze 100%.
6. Rozdział XXXV pkt 1 – Zamawiający wskazał wymóg zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących roboty związane ze sprzątaniem posesji i terenów zielonych, koszeniem trawników i usuwaniem skoszonej trawy, odśnieżaniem i utrzymaniem posesji w okresie zimowym, pielęgnacją drzew i krzewów na posesjach, inne czynności związane bezpośrednio z wykonywaniem prac objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał, że powyższy wymóg dotyczy tzw. pracowników fizycznych.
7. Rozdział XXXV pkt 2 – Zamawiający zawarł uprawnienia kontrolne w zakresie wskazanym w pkt 4.
8. §3 ust. 10 wzoru umowy wskazuje obowiązki zleceniobiorcy w zasady wykonywania umowy w zakresie mechanicznego koszenia terenów zielonych, konserwacji zielenie oraz utrzymania porządku na posesjach.
9. §4 ust. 5 wzoru umowy nakłada na wykonawcę wymóg posiadania aktualnej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności obejmującej ochroną zakres czynności wskazany we wzorze umowy na kwotę min. 200 000,00 zł.
10. §4 ust. 6 wzoru umowy zawiera obowiązki w zakresie zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę.
11. §5 ust. 1 wzoru umowy stanowi, że za wykonanie usługi zleceniodawca zapłaci zleceniobiorcy miesięczne wynagrodzenie według zryczałtowanych stawek – cena za 1 m^2 powierzchni za każdą z pozycji tam wskazanych, w tym za sporną pozycję.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do treści ust. 2 ww. regulacji 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.

Jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ceny jednostkowe mogą być kwestionowane jako rażąco niskie, o ile są istotnymi częściami składowymi ceny całkowitej. To, czy dana cena jednostkowa jest istotną częścią składową ceny całkowitej, wymaga każdorazowo oceny w danych okolicznościach faktycznych. Izba dokonując oceny w tym zakresie miała na uwadze, że sporna pozycja została wyodrębniona przez zamawiającego w formularzu ofertowym, gdzie wykonawcy mieli podać, obok ceny za sprzątanie i utrzymanie porządku na terenie posesji oraz przylegających do niej chodników, również cenę za sprzątanie, koszenie i pielęgnację terenów zielonych (trawników, krzewów drzew itp.). Cena miała być podana jako stawka netto za 1 m2 a następnie w pomnożona przez podaną ilość m^2 i przez 12 miesięcy. Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby w ramach zaoferowanej ceny wykonawcy zaopatrzyli się w paliwo, wodę w celu realizacji zamówienia, w okresie zimowym zabezpieczyli sobie sól drogową (piasek), zapewnili sobie obsługę serwisową urządzeń. Natomiast jak wynika z §5 ust. 1 projektu umowy za wykonanie usługi zamawiający zapłaci miesięczne wynagrodzenie według ryczałtowych stawek za 1 m2 powierzchni za każdą z dwóch wyodrębnionych (wyżej wskazanych) pozycji.

W związku z powyższym sporną pozycję należy uznać za istotną część składową ceny.

Następnie wskazać należy, że jak wynika z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (*vide* art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (*vide* wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2617/18). Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu. Powyższe rozważania analogicznie można odnieść do sytuacji, w które odwołujący formułuje zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnienia ceny, w sytuacji gdy w ocenie odwołującego cena wydaje się rażąco niska i powinna wzbudzić u zamawiającego wątpliwości, co powinno doprowadzić do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Wreszcie, Izba przypomina, że zgonie z treścią art. 555 ustawy Pzp Izba zobowiązana jest rozpoznać odwołanie w granicach zawartych w nim zarzutów. Na zarzut składa się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, lecz przede wszystkim wyczerpujące wskazanie i opisanie wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący czyni podstawę zarzutu.

Mając na uwadze opisane wyżej reguły dowodowe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w treści odwołania zasadności podniesionych zarzutów i z tego powodu odwołanie podlegało oddaleniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie zdołał wskazać, że istnieją obiektywne okoliczności, na podstawie których Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do zaoferowanej ceny za sporny zakres zamówienia. Argumentacja odwołania jest skonstruowana na dużym poziomie ogólności. Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania poszczególnych postanowień dokumentów zamówienia bez powiązania ich z jakąkolwiek kalkulacją czy podjętą w inny sposób próbą pokazania części składowych ceny za 1 m^2 sprzątania, koszenia i pielęgnacji terenów zielonych (trawników, krzewów, drzew itp.). Jedyne koszty jakie zostały wskazane przez Odwołującego to koszty pracy (zatrudnienia) dwóch osób do świadczenia tej części zamówienia, co jest w ocenie Izby niewystarczające. Nie wynika bowiem z dokumentów zamówienia chociażby okoliczność, że te same osoby nie mogą wykonywać również zakresu wskazanego w pkt 1 kalkulacji cenowej, a odnoszącego się do sprzątania i utrzymania porządku na terenie posesji oraz przylegających do niej chodników. Wówczas koszty ich pracy będą proporcjonalnie odnoszone do obu pozycji zamówienia. Izba w tym momencie zwraca uwagę na wykaz powierzchni stanowiący załącznik nr 1 do wzoru umowy, z którego wynika, że oba zakresy zamówienia dotyczą tych samych lokalizacji z tą różnicą, że nie wszystkie lokalizacje mają trawniki do koszenia. Odwołujący wymienił takie koszty jak koszty sprzętu i materiałów, w tym paliwa do kosiarki ale jednocześnie nie podał żadnej wysokości tych kosztów. Izba nie wie z czego Odwołujący wywodzi, że wynagrodzenie zaoferowane przez

Przystępującego za sporny zakres prac *„jest kwotą nierealistyczną, niepozwalającą na zgodne z dokumentami zamówienia w szczególności codzienne sprzątanie terenów zielonych na obszarze prawie 6 ha (…)”*. Twierdzenie to nie zostało w żaden sposób wykazane. Złożone podczas rozprawy dowody również nie mogły przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Odwołujący przedstawił zaledwie jedną ofertę celem wykazania, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest rynkowa. Wobec powyższego nie sposób stwierdzić, że z jednostkowej oferty można wywieźć cenę rynkową. Z kolej przedstawiona mapa z zaznaczonymi lokalizacjami posesji również nie wnosi niczego do sprawy, skoro nie wynika z niej określony kilometraż i nie zostały wskazane żadne koszty związane z pokonywaniem trasy.

Wreszcie odnotować należy, że jak wynika ze wzoru umowy stawki za $1m^2$ obu pozycji, stanowią miesięczne wynagrodzenie i są zryczałtowane. Mając to na uwadze, w ocenie Izby zasadnie Zamawiający zwrócił uwagę, że na potrzeby kalkulacji ceny oferty należało skalkulować wynagrodzenie w skali 12 miesięcy – czasu na jaki ma być zawarta umowa, podczas gdy np. koszenie czy grabienie liści to prace sezonowe wykonywane w wybranych miesiącach roku. Ponadto Izba wzięła też pod uwagę, że jak wskazał Zamawiający, Przystępujący aktualnie świadczy dla niego podobną usługę za taką samą stawkę, a także że mimo braku w tamtym postępowaniu obowiązku zatrudnienia personelu na umowę o pracę, jest między stronami bezsporne, że Przystępujący zatrudnia swój personel na umowę o pracę. Zestawiając powyższe z brakiem po stornie Odwołującego jakiejkolwiek inicjatywny zmierzającej do wykazania, że istnieją obiektywne okoliczności poddające w wątpliwość zaoferowaną przez Przystępującego cenę za sporną pozycję, odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodnicząca: ……..…