

WYROK

z dnia 29 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 26 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 czerwca 2023 roku przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Usług Socjalnych „PUS” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Jastrzębie - Zdrój** przy udziale **M. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AndDecor Plus M. P. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę M. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AndDecor Plus M. P. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju, w tym ponowne wezwanie wykonawcy M. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AndDecor Plus M. P. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju do złożenia wyjaśnień oferty wraz z dowodami, w tym w szczególności w zakresie szczegółowej kalkulacji kosztów pracy, tj. podanego w wyjaśnieniach średniego wynagrodzenia 26 zł/godzina brutto, przyjętych kosztów soli na potrzeby zimowego odśnieżania dróg, a także wskazanej w załączniku 1p do oferty, tabela 1, kolumna c, ceny jednostkowej brutto za 100m² koszenia w wysokości 16,20 zł, a następnie ponowne badanie i ocenę ofert.
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego i Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterdzieści dziewięć złotych dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonych wpisów od odwołania oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą.
- 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:

UZASADNIENIE

Miasto Jastrzębie - Zdrój, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: „Utrzymanie letnie i zimowe miasta Jastrzębie-Zdrój”, nr postępowania: BZP.271.17.2023.

Przedmiotowe postępowanie 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 wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 14 marca 2023 r., nr 2023/S 052-154305.

W postępowaniu tym Przedsiębiorstwo Usług Socjalnych „PUS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju (dalej: „Odwołujący”) 12 czerwca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AndDecor Plus M. P. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt. 8), oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANDDECOR PLUS M. P., która przedstawia rażąco niską cenę oraz jest sprzeczna z ustawą z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 roku

2)art. 239 ust. 1 przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,

3)art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania naszej firmy w stosunku do innego uczestnika postępowania, który złożył ofertę w postępowaniu.

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

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty wykonawcy ANDDECOR PLUS M. P..
- wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, po pierwsze że na skutek wadliwych czynności Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia. Stanowi to naruszenie interesu Odwołującego przez nieuzasadnione pozbawienie nas zamówienia, a tym samym utratę korzyści wynikających z jego realizacji.

Następnie Odwołujący wskazał, że analiza oferty wybranej jako najkorzystniejsza i złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń wskazuje, że wykonawca AndDecor Plus nie udowodnił, że złożona przez niego cena oferty lub jej istotnych części składowych nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również w stosunku do jego części a zatem, że nie budzi również wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający wezwał AndDecor Plus do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt. 1 – 7 gdyż, jak stwierdził, cena w zakresie realizacji zadania jest niższa od wartości przedmiotowego zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, pomniejszonej o 30%, to jest kwoty na poziomie 2 079 642,39 zł. Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych dotyczących w szczególności okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt. 1 – 7 uPzp. Wykonawca złożył wyjaśnienia nie poparte żadnymi wiarygodnymi dowodami.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że po pierwsze wyjaśnienia zawarte w pkt. 1) – 10) niczego do sprawy nie wnoszą, gdyż przedstawiają stan organizacyjny firmy, który, gdyby był inny, mógłby dyskwalifikować Wykonawcę, jako uczestnika postępowania. Nie są to bowiem żadne innowacyjne rozwiązania organizacyjno – techniczne lecz stanowiące aktualnie obowiązujący, przeciętny standard w zakresie działalności gospodarczej. Na uwagę mogłoby zasługiwać oświadczenie, że wykonawca posiada wysokowydajną kosiarkę spalinową do pracy w trudnym terenie (skarpy). Niestety i ta informacja nie może wpłynąć na obniżkę kosztów przy realizacji przedmiotowego zadania, bowiem dostępne kosiarki tego typu nie mogą pracować na pochyleniach skarp większych niż 500 (dowód: załącznik nr 3 - linki do stron internetowych przykładowych producentów tego typu kosiarek:

- <https://kosiarka.pl/4290-agria-9500-basic.html> - nachylenie zbocza max 40-450
- https://www.agropartner.pl/news-140-robot_do_koszenia_skarp_peruzzo.html - nachylenie zbocza max 500.

Dodatkowo Odwołujący załączył oświadczenie użytkownika jednej z ww. kosiarek, który oferując Odwołującemu sprzedaż przeprowadzał testy na skarpie, która występuje w Kwartale 16. Odwołujący wskazał, że kosiarka ta pod ciężarem własnym zsuwała się w dół. (dowód : załącznik nr 1 - oświadczenie). Przyczyna tego, leży po stronie pochylenia skarp na tym (1:1 do 1: 1,5), co oznacza w stopniach 45 do 66,7 stopni.(dokumentacja budowy jest w posiadaniu Zamawiającego).

Po drugie, Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia AndDecor Plus są niewiarygodne, ponieważ Wykonawca ten wyjaśnił, że zgromadził zapasy materiałowe, tj. ok. 370 t soli oraz 160 t kruszywa przeznaczonych do akcji zima nie przedstawiając na to żadnych dowodów, co jest jedynie pustym oświadczeniem, podczas gdy zamawiający wzywał do przedstawienia konkretnych dowodów.

Po trzecie, Odwołujący zakwestionował twierdzenie AndDecor Plus o tym, że oszczędność kosztów przyniesie zatrudnienie emerytowanych górników. Zdaniem Odwołującego ten zakres wyjaśnień niczego do sprawy nie wnosi, ponieważ emerytowani górnicy są w aktualnym stanie prawnym traktowani na równych prawach z wszystkimi pracownikami jeżeli chodzi o obciążenie płacy leżące po stronie pracodawcy. Dotyczy to również stosowania minimalnej płacy krajowej. Oznacza to, że znaczącej oszczędności w tym zakresie nie należy się spodziewać, tym bardziej, że Wykonawca wskazał, iż przyjął do kalkulacji stawkę 26 zł/godz. brutto, co nawiasem mówiąc jest sprzeczne z prawem, gdyż od 1 lipca br. minimalna stawka wynosić będzie 28,25 zł / godz. I ta stawka dotyczy również zdolnych do ciężkiej

pracy emerytowanych górników (stosowne wyliczenie Odwołujący przedstawił w załączniku nr 2).

Po czwarte, Odwołujący w zakresie twierdzenia AndDecor Plus, odnośnie obniżenia kosztów pracowniczych, przez wykonywanie niektórych prac osobiście przez właścicielkę firmy, wskazał, że oczywistym jest, że osoba prowadząca działalność gospodarczą, wykonująca lub nie niektóre prace osobiście, z tej działalności oczekuje zysku, z którego zapewnia sobie również swoje osobiste wynagrodzenie. Tak więc, tym bardziej, oczekiwany powinien być godziwy zysk i nie można zakładać, że wykonywanie osobiście niektórych czynności odbywa się w ramach wolontariatu, czy też działalności charytatywnej.

Następnie Odwołujący podniósł, że AndDecor Plus nie przedstawił dowodów na korzystne ceny materiałów, a faktura proforma załączona do wyjaśnień nie jest w ocenie Odwołującego takim dowodem, gdyż nie jest to żaden dokument księgowy, a nadto faktura ta nie zawiera w swej cenie kosztów transportu, które są niebagatelne. Tak więc i to wyjaśnienie to jedynie próba manipulacji i nie może się ostać.

Odwołujący zakwestionował też prawidłowość wskazanego przez AndDecor Plus wynagrodzenia na poziomie 26 zł/godz. brutto. Odwołujący wskazał, że według obowiązujących przepisów prawa, uwzględniając obciążenia pracodawcy, minimalna stawka godzinowa wynosi 28,15 zł/godz. lub 27,55 zł/godz. Oznacza to, że AndDecor Plus kalkulując cenę swojej oferty nie uwzględnił nawet minimalnej stawki godzinowej, która obowiązywać będzie od 1 lipca br., a więc samo to już przesądza, iż cena jest rażąco niska. Zastosowanie w ofercie stawki godzinowej na poziomie 26 zł / godz. brutto oznacza również, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2002 Nr 200 poz. 1679), oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 roku (Dz. U. 2022 poz. 1952).

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia odnośnie posiadanego doświadczenia są bezprzedmiotowe, ponieważ te kwestie należą do ogólnie obowiązujących standardów dla firm prowadzących działalność w przedmiotowej branży, tym bardziej, że Zamawiający w tym zakresie postawił określone wymagania, które zobowiązani byli spełnić wszyscy uczestnicy postępowania.

Odnosząc się do „*wybranej, istotnej kalkulacji*” Odwołujący stwierdził, że jest ona sporządzona przy błędnych założeniach kosztów jednostkowych, a tym samym jest całkowicie niewiarygodna, ponieważ przedstawia nieprawdę i służyć ma jedynie wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Powyższe zdaniem Odwołującego zostało przez niego wykazane twierdzeniami wskazanymi wyżej dotyczącymi zapasów materiałowych, w tym zapasu soli oraz korzystnymi cenami materiałów. Ze względu na powyższe w ocenie Odwołującego, przedstawiona przez AndDecor Plus „*wybrana istotna kalkulacja*” zawiera istotne błędy, bowiem nie można uwzględnić posiadanych zapasów, jeżeli nie przedstawiono dowodów na ich posiadanie, a nawet, gdyby AndDecor Plus rzeczywiście posiadał legalne zapasy, to i tak nie ominie go poniesienie kosztów związanych z ich uruchomieniem. Jeżeli natomiast Wykonawca posiada niezinventaryzowane zapasy, to jest to przestępstwo karne skarbowe, o co nie można podejrzewać wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Zatem informacje o oszczędnościach z tytułu posiadanych zapasów należy przyjąć jako zwykłą beletrystykę i dlatego nie mogą się ostać jako uzasadnienie obniżki kosztów realizacji zamówienia. Ponadto w ocenie Odwołującego przyjęcie zużycia jedynie 30 t soli na sezon jest błędem, na co przedstawił dowód w postaci załącznika 3 do odwołania.

W ofercie AndDecor Plus w załączniku nr 1p (Szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej brutto) – w tabeli 1. W kolumnie c – cena jednostkowa brutto za 100 m² za koszenie Wykonawca przyjął do kalkulacji cenę jednostkową 16,20 zł / 100 m² (1 ar). Aby wykazać nierealność tej ceny Odwołujący posługując się danymi dotyczącymi obsługi w zakresie koszenia terenów zielonych z 3 Kwartałów na podstawie naszej 3 – letniej umowy 2020 – 2023 przedstawił stosowne wyliczenia w załączniku nr 4 do odwołania.

W złożonej pismem z 22 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W złożonych pismach procesowych wykonawca M. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AndDecor Plus M. P. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, wnosił jak Zamawiający.

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, skutecznie zgłosił wykonawca M. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AndDecor Plus M. P. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności 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.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert, Izba ustaliła, że w Części XVI – Utrzymanie letnie i zimowe Kwartału nr 16 – Droga Główna Południowa, oferty złożyli następujący wykonawcy:

Firma Handlowo-Usługowa DROMET II A. Ł., cena: 2.450.355,20 zł

Przystępujący cena: 1.923.382,91 zł,

Odwołujący, cena: 2.361.568,59 zł

SAMTRAK sp. z o.o. sp.k., cena: 2.586.016,54 zł

Na podstawie informacji z 1 czerwca 2023 r., Izba ustaliła, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przystępującego.

Następnie ustalono, że w toku postępowania o udzielnie zamówienia, Zamawiający wszczął wobec Przystępującego procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Pismem z 4 maja 2023 r., Zamawiający wezwał przystępującego w następujący sposób:

„Informuję, że zaoferowana przez Państwa cena w zakresie realizacji zadania jest niższa od wartości przedmiotowego zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług pomniejszony o 30%, tj. kwoty na poziomie 2.079.642,39 zł. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, dotyczących w szczególności:

- 1. zarządzania procesem świadczonych usług;*
- 2. wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;*
- 3. oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;*
- 4. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7. zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.*

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Oznacza to, że Wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.”

Przystępujący pismem z 9 maja 2023 r. odpowiedział na powyższe wezwanie.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że w rozdziale 5 SWZ, Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„1. Wymagania dot. zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 ustawy Pzp, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia:

1) Sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób:

a. na etapie złożenia oferty – stosowne oświadczenie złożone przez Wykonawcę;

b. na etapie realizacji zadania - sposób weryfikacji określony został w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 9 do SWZ.

2) Uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem osób oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań określone zostały w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 9 do SWZ.

3) Rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia:

a. zmiatanie całej powierzchni nawierzchni utwardzonych,

b. usuwanie pojawiających się roślin (chwasty, trawa, mech itp.) z całej powierzchni nawierzchni utwardzonych,

c. uzupełnianie ubytków na powierzchniach utwardzonych,

d. utrzymanie czystości wpustów kanalizacji deszczowej i odwodnień liniowych,

e. powierzchniowe usuwanie zanieczyszczeń z nawierzchni utwardzonych, w tym min. zmiatanie, zbieranie papierów,

niedopałków, drobnych gałęzi, liści, butelek, worków foliowych i innych zanieczyszczeń,
f. utrzymanie czystości i porządku w obrębie terenów wskazanych przez Zamawiającego, na których odbywać się będą imprezy okolicznościowe organizowane dla mieszkańców w tym: zmiatanie nawierzchni utwardzonych, zbieranie zanieczyszczeń z terenów zielonych oraz opróżnianie koszy ulicznych,
g. powierzchniowe usuwanie zanieczyszczeń z terenów zielonych, w tym zbieranie papierów, niedopałków, drobnych gałęzi, liści, butelek, worków foliowych, pozostawionych części roślin, odpadów wielkogabarytowych, odpadów podrzuconych, zniszczonych elementów nienadających się do naprawy, wieńców/zniczy i innych zanieczyszczeń,
h. grabienie liści, trawy,
i. uzupełnianie trawników siewem, w miejscach przedeptów oraz w miejscach wskazanych przez Zamawiającego,
j. pielęgnacja żywopłotów, drzew i krzewów, bylin,
k. wyrównywanie powierzchni piaskowej placu zabaw, usuwanie pojawiających się roślin, liści, gałęzi, usuwanie zanieczyszczeń, koszenie trawy w tym podłoża z ażurowych płyt gumowych,
l. usuwanie wywrotów/złomów, konarów i gałęzi drzew w sytuacjach zagrożenia zdrowia i życia z rejonu tras komunikacyjnych,
m. powierzchniowe czyszczenie lustera stawów oraz linii brzegowej z roślin oraz innych zanieczyszczeń na Kwartał 1,
n. pielęgnacja różanek na Kwartałach 4,5,6,7,9 i 15,
o. utrzymanie estetyki donic na Kwartałach 5,6,9, w tym powierzchniowe czyszczenie, drobne naprawy,
p. koszenie trawy, bieżące usuwanie skoszonej trawy,
q. utrzymanie powierzonego terenu w okresie zimowym w ramach 0, 1 i 2 stopnia zagrożenia zimowego,
r. prace porządkowe w obrębie min. ławek, koszy ulicznych, słupów ogłoszeniowych, wiat rowerowych, stojaków na rowery, parku rekreacyjno-treningowego dla psów

Szczegółowy zakres zadania ujęto w opisie przedmiotu zamówienia.”

W rozdziale 25 SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał, że: „1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu Ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ obliczonej na podstawie załącznika nr 1a do 1p do SWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia.

2. W celu obliczenia wartości zadania przyjmuje się we wszystkich Częściach zamówienia poniższe zasady, między innymi:

Wielkości poszczególnych terenów i ilości koszy, ławek, studni kanalizacji deszczowej podane są w załącznikach do SWZ i stanowią podstawę do obliczenia ceny oferty. Obmiarów dokonano na podstawie pomiarów ortofotomapy oraz oględzin na terenie - możliwy błąd pomiaru (+ -) 10%.

3. Załączniki od nr 1a do nr 1p do SWZ stanowią elektroniczne kalkulatory służące do wyliczenia wartości zadania. Dokument przygotowany jest w taki sposób, że po wpisaniu przez wykonawcę wartości cenowych zostanie wyliczona automatycznie wartość zadania.”

Ponadto Zamawiający podał wzory, wg. których miało nastąpić obliczenie wartości danego zadania. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że: „6. Wykonawca przy obliczaniu ceny oferty winien uwzględnić wysokość minimalnego wynagrodzenia oraz minimalnej stawki godzinowej, które obowiązywać będą w roku 2023, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, tj.: 1) stawkę wyjściową wyliczoną zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 (Dz. U. z 2022 r. poz. 1952), która w roku 2023, w przeliczeniu na 1h/m-c, wynosi 25,05 zł. (UWAGA: do wskazanej stawki należy obowiązkowo dodać obciążenia ponoszone przez pracodawcę, w związku z zatrudnieniem pracownika) 2) obligatoryjne obciążenia płac wynikające z przepisów:

a) Ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. 2022 r. poz. 1009, z późn. zm.),

b) Ustawy z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2189)

c) Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 listopada 2002 r. w sprawie różnicowania stopy

procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 740).

d) Ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz.U.2021 poz. 1100 z późn. zm.)

e) Ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz.7).

7. Ewentualne upusty oferowane przez wykonawcę, muszą być zawarte w cenach jednostkowych. Cena jednostkowa po zastosowaniu upustu nie może być niższa, niż koszty wytworzenia lub koszty własne. 8. Podana cena brutto jest obowiązująca przez cały okres realizacji zamówienia i nie będzie podlegać waloryzacji, z zastrzeżeniem okoliczności, o których mowa w § 9,10,11,12 projektowanych postanowień umownych.”

Jak natomiast wynika z OPZ.,12) W ramach realizacji zamówienia w okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do: a) zakupu piasku, kruszyw naturalnych i sztucznych oraz środków chemicznych dopuszczonych do stosowania zgodnie z przepisami prawa w ilości niezbędnej do prawidłowego prowadzenia utrzymania zimowego, aktualnie na dzień ogłoszenia postępowania: Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U.2005.230.1960)) (...)” (vide str. 57 OPZ).

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. Stosownie do treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Natomiast jak wynika 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. Zgodnie z 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ustawa Pzp przesądza również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (vide art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a ponadto 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 (vide art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Reasumując powyższe, gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na

powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że same wyjaśnienia nie są wystarczające ustawodawca przesądził bowiem że muszą być one poparte dowodami zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze.

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 przerwania na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, jednak konsekwencją tego uwzględnienia nie powinno być w okolicznościach tej sprawy odrzucenie oferty lecz kontynuowanie procedury wyjaśnienia ceny oferty z Przystępującym.

W ocenie składu orzekającego, udzielone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą być oceniane w oderwaniu od treści wezwania do złożenia wyjaśnień, gdyż udzielona odpowiedź na takie wezwanie jest determinowana treścią wezwania. Okoliczność ta sprawia, że nie można w ocenie Izby obarczyć wykonawcy negatywnymi konsekwencjami udzielonych wyjaśnień skoro samo wezwanie było wadliwe.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego w zakresie podanej przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stawki za 1 roboczogodzinę na poziomie 26 zł, Izba wskazuje że w pkt 9 wyjaśnień z 9 maja 2023 r. Przystępujący wskazał, że zapewnia zaplecze socjalne, posiłki regeneracyjne i napoje, odzież i sprzęt ochronny, a także szkolenia BHP. Nie może jednak umknąć uwadze, że Przystępujący nie podał kosztów z tym związanych. Ponadto Przystępujący oświadczył, że przestrzega przepisy wynikające z prawa pracy. Zgodzić się należy z Odwołującym, że stanowisko co do zatrudnienia emerytowanych górników przedstawione przez Przystępującego w wyjaśnieniach jest zaprezentowane na dużym poziomie ogólności i w ogóle nie podał on w treści wyjaśnień kalkulacji stawki 26 zł brutto. W szczególności nie jest jasne jakie składniki tworzą stawkę na podanym poziomie, a także z uwagi na niepodanie wieku zatrudnianych osób, nie jest jasne, czy i jak Przystępujący może te składniki obniżyć. Natomiast w treści wezwania Zamawiający sprecyzował, że żąda wyjaśnienia kosztów pracy (*vide* pkt 4 i 6 wezwania) jednak nie zostało wskazane w treści wezwania na jakim poziomie szczegółowości mają być udzielone te wyjaśnienia. Okoliczność ta przesądza w ocenie Izby, że w tym zakresie Przystępujący powinien zostać ponownie wezwany do udzielenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie pkt 4 i 6 pierwotnego wezwania, w tym przedstawienia szczegółowej kalkulacji stawki za godzinę pracy z uwzględnieniem wszystkich jej części składowych, a także wskazania na jakim poziomie ponoszone są przez niego koszty wskazane w pkt 9 wyjaśnień z 9 maja 2023 r. Ponadto, wobec podniesionej przez Odwołującego wątpliwości w zakresie zatrudnienia emerytowanych górników, Izba doszła do przekonania, że wyjaśnienia w tym zakresie udzielone przez Przystępującego też są lakoniczne i na dużym poziomie ogólności. Zatem ponowne wezwanie powinno obejmować zapytanie o wskazanie w jakim wieku są zatrudnieni pracownicy z tej kategorii, w tym jak szczegółowo przedstawiają się ich koszty zatrudnienia. Ponadto słusznie podniósł Odwołujący, że poza twierdzeniem że osobiste zaangażowanie Przystępującego w wykonanie części prac wygeneruje oszczędności nie zostało wskazane jak do tego dojść i jak pozwoliło to obniżyć cenę oferty. Mimo, że mamy do czynienia z pracą właściciela nie sposób zapomnieć, że nadal pewien koszt jest przez niego ponoszony, zatem okoliczność ta powinna zostać szczegółowo wyjaśniona.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanego na rozprawie, że wskazana przez Przystępującego stawka 26 zł jest wyższa od stawek wynikających w rozporządzenia

Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r., w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r., wskazać należy, że ocena wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinna być dokonana bardziej wnikliwie, w szczególności że z wezwania wynikało, że Zamawiającemu zależało na tym zakresie wyjaśnień (a zatem był to dla Zamawiającego istotny koszt). Nie jest wystarczające ograniczenie się do stwierdzenia że stawka jest wyższa niż wskazana w rozporządzeniu, mając na uwadze tak niewielką różnicę. Zwrócić uwagę Zamawiającego należy na treść rozdziału 25 pkt 6 SWZ, gdzie Zamawiający wprost wskazał jak należy wycenić koszty pracy. Zatem wezwanie do tego zakresu wyjaśnień oraz weryfikacja udzielonych wyjaśnień powinny być dokonane z uwzględnieniem tych postanowień SWZ.

Co do zaniechania uwzględnienia przez Przystępującego kosztów transportu materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia w tym soli i kruszywa, nie sposób pominąć, że w treści pkt 4 wyjaśnień z 9 maja 2023 r., Przystępujący wskazał, że na terenie Jastrzębia – Zdroju posiada własną bazę, w której składowane są sól i kruszywo. Niemniej jednak rację ma Odwołujący, że w wyjaśnieniach Przystępujący, który powołał się na posiadane zapasy soli i kruszywa zupełnie pominął w treści wyjaśnień ogólnie pojętą kwestię kosztów uruchomienia tych zapasów. Na uwagę zasługuje, że Przystępujący podkreślił w treści wyjaśnień, że zapasy te są prawidłowo magazynowane. Pomijając więc podniesione przez Odwołującego kwestie podatkowe, zasadnym jest pytanie, czy słusznie Przystępujący pominął w kalkulacji koszt posiadanych zapasów soli, skoro w sytuacji gdy sól ta jest magazynowana, posiada przynajmniej wartość magazynową. Kwestia ta w ocenie Izby wymaga dalszego wyjaśnienia. Dlatego też ponowne wezwanie powinno obejmować szczegółowe wyjaśnienie kosztów w zakresie magazynowanej soli, która stanowi zapas Przystępującego, w tym ustalenie dlaczego zaniechanie ujęcia tego kosztu w kalkulacji nie stanowi straty Przystępującego.

Zarzut się również potwierdził w zakresie w jakim dotyczy niewłaściwej ilości soli przewidzianej w przedstawionej w wyjaśnieniach ceny kalkulacji, czego konsekwencją powinno być wezwanie wykonawcy do dalszego wyjaśnienia tego aspektu. Z wyjaśnień udzielonych 9 maja 2023 r. nie wynika bowiem w sposób niewątpliwy, aby Przystępujący uwzględnił postanowienia rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach z dnia 27 października 2005 r. (Dz.U. Nr 230, poz. 1960), na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący w treści odwołania, przedstawiając dodatkowo wyliczenia w tym zakresie w załączniku nr 3 do odwołania. Jak wynika z tych wyliczeń potrzebna ilość soli na sezon to 82 tony albo 284 tony w zależności od stopnia utrzymania zimowego. Natomiast Przystępujący wyjaśnił, że posiada zgromadzony zapas soli na poziomie ok 370 ton. Dodatkowo w treści „wybranej istotnej kalkulacji” w pkt h) wskazał, że „średnie zużycie soli na okres sezonu zimowego (przy uwzględnieniu panujących warunków atmosferycznych, minimalnych zużycia i praktycznych wynikach uzyskanych w minionych sezonach 150 t. Uwzględniając posiadane zapasy, na jeden sezon musimy dokupić na potrzeby tego zadania tylko 120 t soli”. W „dobowej kalkulacji” przyjął do wyliczenia ceny 30 ton soli, a następnie wyliczony w ten sposób koszt wskazał jako „razem koszt zimowego utrzymania ulic (98931 m²) na 1 sezon (okres): 56986 zł brutto”. Z powyższego nie wynika w sposób jednoznaczny jaką ilość soli Przystępujący przyjął na potrzeby kalkulacji ceny oferty w tym zakresie, mając na uwadze że ta wycena obejmuje tylko ilość którą należy dokupić a nie obejmuje posiadanego zapasu soli. Izba dostrzega, że Przystępujący nie był przez Zamawiającego wprost wezwany do wyjaśnienia tego zakresu ceny oferty. Jednak nie sposób zignorować, że w treści dokumentów zamówienia, Zamawiający wyraźnie wskazał, że „12) W ramach realizacji zamówienia w okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do: a) zakupu piasku, kruszyw naturalnych i sztucznych oraz środków chemicznych dopuszczonych do stosowania zgodnie z przepisami prawa w ilości niezbędnej do prawidłowego prowadzenia utrzymania zimowego, aktualnie na dzień ogłoszenia postępowania: Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U.2005.230.1960)) (...)” (vide str. 57 OPZ). Natomiast z udzielonych wyjaśnień nie wynika aby ta okoliczność ponad wszelką wątpliwość została przez Przystępującego uwzględniona w kalkulacji kosztów zimowego utrzymania.

Zarzut w zakresie wskazanej w załączniku 1p w tabeli 1 w kolumnie c ceny w wysokości 16,20 zł za 100 m² koszenia potwierdził się w tym sensie, że Odwołujący wykazał, że cena może budzić wątpliwości. Odwołujący przedstawił własną kalkulację w załączniku nr 4 do odwołania, natomiast w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołał się na swoje założenia. Jest okolicznością bezsporną, że każda ze stron przyjęła własne założenia. Żadna ze stron nie kwestionuje prawdziwości założeń drugiej strony, jednak w ocenie Odwołującego czasookres obejmujący ostatni rok nie jest miarodajny. Jednocześnie Odwołujący nie wskazywał aby z treści SWZ wynikały dane na podstawie których należy bazować wyceniając tę pozycję. Niemniej jednak, mając na uwadze że w wezwaniu z 9 maja 2023 r. Zamawiający wskazał że zaszły obligatoryjne przesłanki do wyjaśnienia ceny, wobec podniesionej wątpliwości, a także wobec okoliczności że prawidłowość ceny za ten zakres jest uzależniona od przyjętych przez wykonawcę założeń, Izba uznała że jest zasadne wezwanie Przystępującego również do wyjaśnienia tego zakresu usługi.

Jednocześnie Izba wskazuje, że w postępowaniu zaszła przesłanka o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, wobec powyższego zakres ponownego wezwania określony przez Izbę choć ma dla Zamawiającego charakter

wiążący, nie ma charakteru zamkniętego i nie powinien powstrzymywać go przed wyjaśnieniem wszystkich wątpliwych zdaniem Zamawiającego składników ceny. Kluczowe jest aby w wezwaniu Zamawiający precyzyjnie wskazał co Przytępujący ma obowiązek wyjaśnić. Nie należy również zapomnieć o obowiązku wezwania do złożenia odpowiednich dowodów.

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 § 7 ust. 1 pkt 2) związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w związku z § 5 pkt 1) i 2) lit b) 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: