

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2018 r. przez wykonawcę

B.S.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SWING B.S., ul. Owsiana 2, 15-837 Białystok

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok

przy udziale wykonawcy M.T.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OSTROVIA M.T.Ostrów Północny 49, 16-113 Szudziałowo zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego pod stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Białystok unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty M.T.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OSTROVIA M.T.na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Białystok i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez B.S.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SWING B.S. tytułem

wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Białystok na rzecz B.S.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SWING B.S. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 534/18

Zamawiający - Miasto Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „konserwację i utrzymanie placów zabaw, skateparku, boisk sportowych, siłowni plenerowych, street workout oraz naprawy małej architektury na terenie parków i skwerów miasta Białegostoku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 grudnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 246-515005. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący - B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą SWING B.S. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności w związku z działaniami i zaniechaniami Zamawiającego, skutkującymi dalszymi zarzutami jak niżej

oraz opisanymi w uzasadnieniu,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podjęcie wadliwej decyzji polegającej na błędnym uznaniu, że oferta wykonawcy M.T.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OSTROVIA M.T.odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, iż oferta wykonawcy M.T.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OSTROVIA M.T.nie zawiera rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie powinna być przez Zamawiającego odrzucona, gdyż wykonawca podał w formularzu ofertowym rażąco niską cenę i nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego szczegółowych wyjaśnień,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, iż oferta wykonawcy M.T.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OSTROVIA M.T.nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz poprzez błędne uznanie, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są wystarczająco logiczne i spójne,

5. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że oferta złożona przez wykonawcę Marka Trwogę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OSTROVIA M.T.nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji wyboru oferty wykonawcy M.T.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OSTROVIA Marek Trwoga,

2. zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie ww. oferty,

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego,
4. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający, szacując całkowitą wartość zamówienia, wskazał, że będzie to 1.481.438,16 zł netto, natomiast w chwili otwarcia ofert poinformował oferentów, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1.518.474 zł brutto.

Mając na uwadze poziom cen zaoferowanych w postępowaniu, Zamawiający wezwał obydwu wykonawców, tj. Odwołującego i Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący przedstawił bardzo szczegółowe wyjaśnienia, a cena zawarta w ofercie została skalkulowana prawidłowo z uwzględnieniem realnych kosztów wykonania usługi oraz z uwzględnieniem wszystkich czynników cenotwórczych i nie ma charakteru rażąco niskiej. Do kalkulacji ceny oferty Odwołujący posłużył się analizą stawek obowiązujących w tożsamych pracach prowadzonych na terenie Białegostoku. Z doświadczenia Wykonawcy, wynika, że obowiązujące stawki i koszty mieszczą się w kwotach zaproponowanych w ofercie, nie mogą być jednak niższe. Szczegółowe wyliczenia zamieszczone w poszczególnych tabelach stanowiących załączniki do złożonych Zamawiającemu wyjaśnień zdecydowanie obrazują, że zaproponowana cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych posiadała walor wystarczających wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, musi być w miarę szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę. Wykonawca, który składa powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych. Podstawą do skalkulowania ceny podanej w ofercie Odwołującego były szczegółowe wyliczenia dotyczące ilości przejechanych codziennie kilometrów, wykonanych czynności porządkowych i konserwacyjnych, a także szczegółowe wyliczenia dotyczące czynników cenotwórczych z podziałem na średniomiesięczne zapotrzebowanie na składniki cenotwórcze, a także średniomiesięczne wyliczenie przewidywanych kosztów oraz przychodów. Stosując opisaną wyżej metodologię wyliczenia przychodów i kosztów, wykonawca dokonał podziału roku kalendarzowego na dwa okresy - od kwietnia do października i od listopada do marca, co pozwala na szczegółowe ustalenie zakresu prac, nakładów rzeczowych i osobowych w każdym okresie roku kalendarzowego w trakcie obowiązywania umowy. Dokonując szczegółowego wyliczenia nakładów rzeczowych i osobowych w poszczególnych miesiącach obowiązywania umowy Odwołujący ustalił dokładnie liczbę roboczogodzin, liczbę przejechanych kilometrów, składniki cenotwórcze przy czynnościach konserwacyjnych, składniki cenotwórcze przy czynnościach utrzymania czystości i porządku, a także dokładne stawki wynagrodzenia za każdą przepracowaną godzinę. Ponadto dokonał szczegółowej analizy wykorzystania sprzętu z uwzględnieniem zużycia paliwa, narzędzi, materiałów i sprzętu. Wyliczenia te pozwalają dokładnie zobrazować zakres przedmiotowy i podmiotowy poszczególnych czynności objętych umową, a także poniesione z tego tytułu koszty i osiągnięte przychody oraz wyraźnie wskazują, że zaproponowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej, a dokonane i zaprezentowane obliczenia powinny stanowić wystarczający dowód do uznania przez Zamawiającego, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Odwrotnie należy podejść do oferty i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Cena zaproponowana przez niego jest rażąco niska i nie odzwierciedla realnych kosztów wykonania usługi, a złożone przez niego wyjaśnienia nie spełniają wymogów określonych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych i są sprzeczne z orzecznictwem KIO i stanowiskiem Prezesa UZP w tej mierze.

Za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert. Wynika z tego, że o cenie rażąco niskiej można mówić jedynie, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Dokonując wyceny swoich usług wykonawca miał obowiązek takiej kalkulacji, która nie naruszałaby zasad uczciwej konkurencji oraz powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności w zakresie wysokości wynagrodzenia należnego pracownikom

wykonawcy. Ustawodawca zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie

obowiązujących. Przepis nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Oznacza to, że nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej do obliczenia ceny oferty muszą być przyjęte kwoty wynagrodzeń minimalnych. Rozwiązanie to nie ingeruje w umowy wykonawców z zatrudnianymi osobami,

odnosi się wyłącznie do kształtowania ceny oferty i eliminacji nierealnie niskich cen. Przepis ma charakter powszechny i nie zwalnia z obowiązku kształtowania cen ofert

z uwzględnieniem minimalnych kosztów pracy w Polsce. W 2018 r. wynagrodzenie minimalne wynosi 2.100,00 zł brutto, a całkowity koszt zatrudnienia pracodawcy to 2.532,81 zł, tj. 15,14 zł za godzinę.

Wykonawca ma obowiązek złożenia szczegółowych wyjaśnień odnoszących się do wysokości zaproponowanej ceny oferty, które muszą w sposób jednoznaczny rozstrzygnąć wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca jako podmiot zajmujący się profesjonalnie wykonywaniem umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych powinien dołożyć należytej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne i zwięzłe, a także zawierały odpowiednie kalkulacje.

W złożonych niezwykle lakonicznych wyjaśnieniach Przystępujący powołuje się na wykonane prace w latach ubiegłych. Działanie takie jest lakonicznym i ogólnikowym wyjaśnieniem, niemającym potwierdzenia w żadnych faktycznych wyliczeniach. Zdaniem Odwołującego nie można porównywać wykonanych usług w latach 2014-2016 do niniejszego zamówienia, kiedy to usługa ma być wykonywana w latach 2018-2021. Między obydwojema zamówieniami nastąpiła dwuletnia przerwa. Na rynku ogólnopolskim oraz na rynku lokalnym nastąpił znaczący wzrost cen materiałów, kosztów prowadzenia działalności gospodarczej oraz kosztów pracowniczych. Przykładowo całkowity koszt zatrudnienia pracownika na umowę o pracę w 2014 r. wynosił 2.028,43 zł, natomiast w 2018 r. wynosi 2.532,81 zł. Jest to wzrost o prawie 25%. Ponadto należy dodać, że we wcześniejszym zamówieniu nie obowiązywał wymóg zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, co ma miejsce w niniejszym zamówieniu, a co nie zostało skalkulowane i dostatecznie wyjaśnione przez Przystępującego.

Przystępujący, wyjaśniając poziom wynagrodzenia ryczałtowego za konserwację i utrzymanie obiektów powołuje się na poniesione koszty w latach 2014-2016. Pomimo że założenie to jest błędne, gdyż opiera się na nierealnych kosztach, wykonawca ten w kolejnych przetargach obniżył ceny ryczałtowe za konserwację i utrzymanie obiektów w stosunku do oferty z 2013 roku.

Wykonawca nie wyjaśnił metodologii liczenia oferowanych cen w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Dowodzi to, że, wyjaśniając rażąco niską cenę dotyczącą wynagrodzenia ryczałtowego za konserwację i utrzymanie obiektów, Przystępujący zrobił to niezwykle lakonicznie nie odnosząc się do meritum sprawy. Skoro posłużono się kalkulacją kosztów z lat 2014-2016, to oferta złożona w niniejszym postępowaniu nie odzwierciedla realnych kosztów wykonania usługi objętej niniejszym postępowaniem przetargowym. Wykonawca dokonał zaniżenia wybranych cen ryczałtowych w stosunku do lat ubiegłych - z obliczeń Odwołującego wynika, że zaniżył ceny w stosunku do roku 2016 średnio o 24,53%. Oferowane ceny są chaotyczne, wyliczenia niespójne, a obniżki cen nieuzasadnione i niewyjaśnione. Procentowe zaniżenie wartości zaoferowanej ceny oscyluje pomiędzy 10,63% a nawet 44,5%. W jednym tylko przypadku wartość wzrosła o 8,85%. Dodatkowo Przystępujący w sposób lakoniczny wyjaśnia wyliczenie cen jednostkowych powołując się na kalkulację własną oraz wieloletnie doświadczenie swojej firmy. Nie podaje przy tym żadnych konkretnych, a jedynie załącza kilka ofert, obrazując sposób wyliczenia 6 cen spośród 51 cen jednostkowych. Dodatkowo zamieszcza ofertę na płyty PE-HD, które nawet nie są objęte niniejszym zamówieniem.

Zdaniem Odwołującego ceny za utrzymanie i konserwację obiektów, jakie zaproponował Przystępujący są poniżej kosztów, a przede wszystkim poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę i poniżej poziomu opłacalności. W takim wypadku wykonawca zamierza wykonywać usługi poniżej kosztów opłacalności, a w szczególności poniżej kosztów pracowniczych bądź niezgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, dokonując wezwania do złożenia wyjaśnień i przyjęcia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego doprowadził do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w zarzutach odwołania, ponieważ złożone wyjaśnienia nie są kompleksowe, szczegółowe i logiczne, a wręcz odwrotnie są lakoniczne i ogólnikowe, co pozwala wnosić, że Przystępujący zaoferował wykonanie usługi za rażąco niską cenę, a Zamawiający nie spowodował, że wykonawca wyjaśnił w sposób szczegółowy

zaoferowaną cenę, co stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i stoi w sprzeczności z dotychczasowym orzecznictwem KIO.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uznał odwołanie za niezasługujące na uwzględnienie i wniósł o jego oddalenie. Sprostował, że wartość zamówienia bez nakładów dodatkowych to 1.234.531,18 złotych netto, natomiast kwota podana w odwołaniu uwzględnia zamówienia uzupełniające.

Obie oferty złożone w postępowaniu są ofertami wykonawców, których uważa za doświadczonych i rzetelnych, a zatem uważa, że zamówienia wykonają w sposób należyty. Zamawiający o wyjaśnienia cen zwrócił się tylko ze względu na fakt przekroczenia 30%, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślił, że ceny kształtuje rynek. Zostały złożone tylko dwie oferty i nie można powiedzieć, żeby się znacząco różniły. Zamawiający ocenił wyjaśnienia Odwołującego pozytywnie i nie odrzucił jego oferty.

Wezwał wykonawców do wyjaśnień w zakresie całości ceny, a nie poszczególnych cen jednostkowych. Na cenę ofertową składało się 65 pozycji. Wyjaśnień Przystępującego nie musi oceniać na podstawie wyjaśnień Odwołującego, gdyż każda ocena dokonywana jest indywidualnie. Nie ma przeszkód, aby ceny w bieżącej ofercie były odnoszone do cen z lat ubiegłych, ponieważ wykonawca wie, które koszty mogą być wyższe lub niższe, nie jest prawdą, że muszą one tylko rosnąć. Producent może wyeliminować koszty pośrednie. Nie uważa, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są niewyczerpujące i są ogólnikowe, ich treść nie budzi żadnych zastrzeżeń.

Przedstawił własną analizę kosztów w konspekcie wyjaśnień Odwołującego - stosując tę samą metodę Zamawiający skorygował obliczenia Odwołującego.

Zamawiający podzielił okres realizacji zamówienia na okres letni i zimowy, przy czym w zimie należy utrzymać 5 z 13 obiektów. Odwołujący wyliczył, że latem wykonanie usługi będzie wymagało 664,5 godziny, a zimą 672,5 godziny, pomimo że jest mniej obiektów. Zdaniem Zamawiającego na utrzymanie zimowe 5 obiektów wystarczy 336,25 godziny, co średnio daje w skali roku 558 godzin. Tym samym jedna roboczogodzina w ofercie Przystępującego to 16,33 zł, co nie narusza prawa pracy i zapewnia zysk.

Zamawiający wymaga zatrudnienia osób na umowę o pracę, ale nie wskazuje wymiaru czasu pracy (etatów). W jego ocenie zaoferowane ceny dają gwarancję należytego wykonania zamówienia, a wykonawca z doświadczeniem i posiadający doświadczonych pracowników łatwiej może zrealizować zamówienie.

Szacując wartość przedmiotu zamówienia zastosował maksymalną cenę celem między innymi zabezpieczenia tej kwoty w planie finansowym, poza tym brał pod uwagę takie czynniki jak fakt, że firma może nie być lokalna.

## III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazał, że wyjaśnienia obu wykonawców zostały uznane za wystarczające do uznania, że żadna z zaoferowanych cen nie jest rażąco niska i nie narusza uczciwej konkurencji, a dotychczasowa współpraca pozwala na ocenę ofert jako rzetelnych i możliwych do wykonania, a także, że Przystępujący ma potencjał do wykonania takiej umowy. Obniżenie ceny oferty w stosunku do lat poprzednich nie powoduje niemożliwości wykonania zamówienia. Zamówienie składa się z dwóch części - ryczałtu oraz zleceń napraw. Głównym surowcem do napraw jest drewno, zatem Przystępujący ma możliwość obniżenia ceny jako producent ze względu na tańszy surowiec, posiadany park maszynowy oraz doświadczenie. Ceny utrzymania w obu ofertach nie zawierają znaczących różnic, natomiast kalkulacja jest indywidualna. Kalkulacja Odwołującego nie może być podstawą do oceny innej oferty - jest ona zawyżona co do liczby roboczogodzin. Odwołujący nie rozdzielił okresów utrzymania zimowego i letniego, podczas gdy zimą pracy jest mniej o 30% niż latem. Średnia miesięczna powinna więc być skorygowana.

Średnia miesięczna Przystępującego to 16.912 złotych za 13 placów, zatem uwzględniając owe 30%, średnia w miesiącach letnich to 21.982 zł, czyli jest to kwota wyższa niż wskazana przez Odwołującego jako średnia miesięczna. Ustalenie liczby i organizacji pracy pracowników

jest indywidualne - Przystępujący przewidział dwie brygady po dwie osoby, czyli cztery osoby, które będą dokonywały obchodu rano i wieczorem, natomiast w ciągu dnia mogą być skierowane do innych prac. Zatem nie cały koszt ich wynagrodzenia miesięcznego będzie odnosił się do wykonania niniejszego zamówienia. Przy kalkulacji cenowej uwzględnił dni z opadami i mrozem, kiedy dzieci nie powinny się bawić na placach zabaw. Założył też, że jedną z najbardziej czasochłonnych czynności jest opróżnianie śmietników - będzie to dokonywane w obchodzie wieczornym, zatem rano jest niepotrzebne, a Odwołujący uwzględnił w swojej kalkulacji opróżnienie poranne i wieczorne. Podkreśla też, że Przystępujący ma większy potencjał niż Odwołujący.

Przedstawił pisemne założenia swojej kalkulacji.

Do wyjaśnień zostały złożone akurat oferty, które obejmują elementy, które musi zakupić, dobrał je na podstawie swojego doświadczenia dotyczącego elementów, które musiał wymienić podczas realizacji zamówienia w latach 2014-2016. Faktury na płytę PE-HD zostały dołączone do wyjaśnień z tego względu, że wykonuje z nich elementy zabawek dla dzieci.

Obaj wykonawcy potrafią skalkulować swoje oferty. Odwołujący wykroczył poza zakres prac określonych w specyfikacji. Do elementu gry rynkowej należy podjęcie ryzyka, między innymi tego, ile przewidzi dni śnieżnych. Przystępujący nie zakładał, że nie będzie sprzątał w dni deszczowe, ale że nie będzie wykonywał niektórych czynności, jak np. mycie.

#### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania, w szczególności jego przebieg i treść złożonych dokumentów, nie jest sporny pomiędzy Stronami.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty - przez Odwołującego oraz Przystępującego. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 924.713,32 zł brutto, a Przystępującego na kwotę 748.336,79 zł brutto. Wartość zamówienia (bez zamówień uzupełniających) została obliczona na kwotę 1.234.531,18 zł netto. Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 1.518.474,00 zł brutto.

W ofertach wykonawcy podawali miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe za utrzymanie i konserwację placów zabaw i tym podobnych obiektów na terenie poszczególnych parków miejskich oraz cenę jednostkową na utrzymanie i konserwację 1 m<sup>2</sup> tych obiektów, a także ceny jednostkowe za wymianę i montaż poszczególnych elementów placów zabaw itp. Obiektów, jak np. mata gumowa na trampolinie, karuzela, elementy huśtawki itd. - według podziału dokonanego przez Zamawiającego w tabeli stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale XVIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny”, ust. 1 i 4, Zamawiający wskazał, że ceny wymienione w ofercie powinny obejmować pełny zakres zamówienia określonego w rozdziale III oraz zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. W wyniku nieuwzględnienia okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę przedmiotu zamówienia, wykonawca ponosić będzie skutki błędów w ofercie. Wykonawca powinien zapoznać się z przedmiotem zamówienia w celu skalkulowania ceny oferty z należytą starannością.

Zamawiający skierował do obu wykonawców wezwanie do wyjaśnień o następującej treści: w związku z tym, iż cena Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (tj. od kwoty 1.062.931,88 zł), działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy. Wyjaśnienia należy złożyć w formie określonej w rozdziale XIII pkt 1 specyfikacji w terminie do dnia ... Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Przystępujący złożył wyjaśnienia następującej treści: 1. Kalkulacja cenowa miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za przeglądy, naprawy, konserwacje i bieżące utrzymanie czystości poszczególnych obiektów została opracowana na podstawie kosztów poniesionych w latach 2014-2016 w ramach umów nr DOS-IV.272.74.2013, DGK-IV.272.41.2015

zawartych z Mastem Białystok.

2. Wyliczenie cen jednostkowych napraw elementów placów zabaw oraz małej architektury opiera się w głównej mierze na kalkulacji własnej z uwagi na fakt, iż jesteśmy producentem urządzeń na place zabaw, firmą z wieloletnim doświadczeniem. Posiadamy nowoczesny, bardzo wydajny park maszynowy do obróbki drewna. Wszystkie elementy z drewna wykonujemy na terenie własnego zakładu produkcyjnego, z surowca zakupionego w Lasach Państwowych. Posiadamy również warsztat do wykonywania i naprawy elementów metalowych, centrum obróbcze CNC do profesjonalnej obróbki drewna oraz tworzyw sztucznych, co umożliwia nam eliminację kosztów pośrednich.

Współpracujemy z producentami nietypowych podzespołów do urządzeń zabawowych i otrzymaliśmy od nich bardzo korzystną ofertę cenową. Niektóre oferty w załączeniu: Załącznik nr 1 - oferta na maty do trampoliny firmy HUCK, załącznik nr 2 - faktura VAT za linę zbrojoną firmy JUST FUN, załącznik nr 3 - oferta na siedzisko łóżko firmy HUCK, załącznik nr 4 - faktura VAT za siedzisko typu bocianie gniazdo firmy MP-PLAY, załącznik nr 5 - faktura VAT za płyty PE-HD firmy THYSENKRUP.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych opisuje procedurę wyjaśnień poziomu ceny: 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2017 r.; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powyższych przepisów, zastosowanie procedury wyjaśnień poziomu ceny w stosunku do danego wykonawcy wynika przede wszystkim z dokonywanej przez

zamawiającego oceny, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W ust. 1a art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych opisano obowiązkowe sytuacje, w których zamawiający musi się zwrócić o udzielenie wyjaśnień, jak też okoliczności, w których może od wyjaśnień odstąpić.

W przedmiotowej sprawie, jeśli żadna z zaoferowanych cen nie budziła wątpliwości Zamawiającego, a różnica 30% pomiędzy cenami ofert a wartością szacunkową zamówienia wynikała z widocznego zawyżenia tej ostatniej, Zamawiający mógł od wyjaśnień odstąpić. Jeśli jednak zdecydował się tę procedurę przeprowadzić, zobowiązany był ją przeprowadzić z pełnymi konsekwencjami swojej decyzji, jak też dokonać oceny tych wyjaśnień.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył pismo, w którym wskazał, że:

1. kalkulacja cenowa miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego została opracowana na podstawie kosztów poniesionych w latach 2014-2016 w ramach umów zawartych z Miastem Białystok,
2. wyliczenie cen jednostkowych napraw opiera się na kalkulacji własnej i fakcie bycia producentem urządzeń oraz firmą z wieloletnim doświadczeniem oraz zapleczem technicznym, co umożliwia eliminację kosztów pośrednich,
3. współpracuje z producentami nietypowych podzespołów do urządzeń zabawowych i otrzymał od nich bardzo korzystną ofertę cenową, na dowód czego załączył pięć przykładowych faktur.

Jak wynika z powyższego, złożone „wyjaśnienia” nie zawierają żadnych konkretnych informacji na temat zastosowanej przez Przystępującego wyceny oferty i poziomu zastosowanych przez niego cen jednostkowych za poszczególne elementy realizacji przedmiotu zamówienia, jak choćby kosztów robocizny czy materiałów. Nawet przykładowo załączone faktury nie zostały w żaden sposób wprowadzone do wyjaśnień poprzez odniesienie się do ich wpływu na koszt realizacji zamówienia.

Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odnosi się jedynie do przedstawienia zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie wykonawcy.

Pismo Przystępującego w widoczny sposób takich informacji nie zawiera, zatem pomimo tego, że zostało ono złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz zostało zatytułowane „Wyjaśnienia”, takich, odpowiednich, wyjaśnień - i wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - nie stanowi. W żadnym zaś razie złożonego pisma nie można uznać za złożenie wyjaśnień co do poziomu ceny ze względu na brak w nim jakiegokolwiek kalkulacji, nawet w najbardziej ograniczonym zakresie, czy też wskazania, w jaki sposób wskazane okoliczności, np. fakt bycia producentem, wpłynęły na poziom cen.

Tym samym należy uznać, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień na żądanie Zamawiającego, a zatem zachodzi przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postaci braku złożenia wyjaśnień.

Należy tu podkreślić, że wezwanie Zamawiającego było co prawda bardzo lakoniczne i nie wskazywało na konkretne informacje, które wykonawca powinien był zawrzeć w wyjaśnieniach, zatem wyjaśnienia te nie musiały być tak rozbudowane jak wyjaśnienia złożone przez Odwołującego czy Przystępującego podczas rozprawy, ale powinny były one zawierać choćby jakiegokolwiek konkrety i dane liczbowe (oczywiście adekwatne do



przedmiotu zamówienia i wyjaśnianej sytuacji), które ewentualnie mogłyby stanowić podstawę do zwrócenia się przez Zamawiającego o ich doprecyzowanie, rozbudowanie, czy uszczegółowienie. Tymczasem w zaistniałej sytuacji Zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych do dokonania pozytywnej oceny złożonych wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też wystosowania kolejnego wezwania, o którym mowa powyżej. W tej sytuacji Zamawiający musiałby bowiem jedynie ponowić swoją czynność, co jest niedopuszczalne w świetle zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zwłaszcza w sytuacji, w której art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień.

Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż w sentencji, nakazując odrzucenie odrzucenia oferty Odwołującego, wskazała na prawidłową podstawę tego odrzucenia, tj. art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszący się do braku udzielenia wyjaśnień - będący samodzielną podstawą odrzucenia oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym trudno bowiem odnieść się do wskazanego przez Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, mówiącego o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, z tego względu, że wobec braku wyjaśnień trudno dokonać weryfikacji i oceny w tym zakresie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: .....