

Sygn. akt: KIO 23/24

WYROK

Warszawa, dnia 25 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawcę RADFAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Głogowska 31/33, 60-702 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Fagus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Aleja Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie pierwszej części zamówienia dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę RADFAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 2.2.** zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy na rzecz RADFAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 938 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Prace ogrodniczo - porządkowe na terenie międzywala Wisły /554,47 ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby brzegowej”, numer referencyjny: 64/PN/2023 (dalej: „Postępowanie”). Zamówienie zostało podzielone na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 września 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 168-529492.

Pismem z 20 grudnia 2023 r. Zamawiający przekazał w zakresie pierwszej części zamówienia informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Fagus Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy RAFDAR Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”), który wniósł odwołanie wobec tych czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 16 pkt 1 poprzez przeprowadzenie Postępowania, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji poprzez wybór oferty Fagus Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, jak również poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 18 ust. 1 poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 253 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny;
- 4) art. 224 ust. 5 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 5) art. 224 ust. 6 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 6) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 7) art. 239 poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł w zakresie pierwszej części Postępowania o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty Fagus sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4) ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do uzasadnienia czynności odrzucenia jego oferty wskazał w zakresie argumentu Zamawiającego, dotyczącego podwykonawstwa Odwołującego w ramach umowy ZZW/B/III/3/1/U-41/20/DW/PN, tj. że w okresie od 29 kwietnia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r., „bulwary były praktycznie wyłączone z użytkowania ze względu na liczne ograniczenia dotyczące pandemii COVID-19”, a co za tym idzie, w ocenie Zamawiającego, zakres prac ogrodniczo-porządkowych, realizowanych w tymże czasie przez Odwołującego na terenie bulwarów wiślańskich, był niewspółmierny do zakresu prac ogrodniczo-porządkowych wchodzących w pierwszej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania oraz, że Odwołujący nie prowadził prac na bulwarach nadwiślańskich, w latach po pandemii, w ocenie Zamawiającego, znacząco wyższe były ilości odpadów, ponadto większa była skala dewastacji oraz więcej było powierzchni do czyszczenia. Odwołujący stwierdził, że w okresie od 29 kwietnia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2020 r., realizował na rzecz Pana W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze z siedzibą w Pułtusku, jako podwykonawca, prace ogrodniczo-porządkowe, na terenie bulwarów wiślanych, których przedmiot (rodzaj i zakres) odpowiada pierwszej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania. Powyższe zostało wykazane przez niego w ramach wyjaśnień z 20 listopada 2023 r., wraz z którymi przedłożył faktury VAT wystawione jako podwykonawcę Pana W. F. . Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, bulwary nadwiślańskie, w okresie od dnia 20 kwietnia 2020 r. włącznie do dnia 31 grudnia 2020 r., były odwiedzane przez ponadprzeciętną liczbę osób w celach rekreacyjnych, a to z uwagi, na fakt, że począwszy od dnia 20 kwietnia 2020 r. przestał obowiązywać na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a wynikający pierwotnie z dyspozycji § 17 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 31 marca 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, zakaz korzystania z pełniących funkcje publiczne i pokrytych roślinnością terenów zieleni, w szczególności: parków, zieleńców, promenad, bulwarów, ogrodów botanicznych, zoologicznych, jordanowskich i zabytkowych, a także plaż. Okoliczność, że ponadprzeciętna ilość osób zaczęła korzystać z bulwarów nadwiślańskich począwszy od dnia 20 kwietnia 2020 r., co jest faktem powszechnie znanym, była spowodowana tym, że przez okres prawie trzech tygodni, tj. od dnia 1 kwietnia 2020 r. do dnia 19 kwietnia 2020 r. włącznie,

obowiązywał zakaz korzystania z pełniących funkcje publiczne i pokrytych roślinnością terenów zieleni, w tym również z bulwarów nadwiślańskich. Niezależnie od powyższego Zamawiający nie udowodnił twierdzenia, że okresie od dnia 29 kwietnia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2020 r., „bulwary były praktycznie wyłączone z użytkowania ze względu na liczne ograniczenia dotyczące pandemii COVID–19”. W szczególności Zamawiający nie wskazał, aby w całym tym okresie funkcjonowały regulacje (czy to w postaci aktów prawa powszechnie obowiązującego, czy to w postaci aktów prawa miejscowego), wyłączające możliwość korzystania z bulwarów nadwiślańskich w jakimkolwiek celu, w tym w celach rekreacyjnych. Nadto Zamawiający stwierdził też, że Odwołujący „nie prowadził prac na bulwarach w latach po pandemii, gdzie z powodu dużo większej liczby użytkowników bulwarów znacząco wyższe były ilości odpadów, ponadto większa była skala dewastacji oraz więcej było powierzchni do czyszczenia. Jednakże Zamawiający nie wykazał jaki okres jest przez niego traktowany jako „lata po pandemii”, a w szczególności nie wykazał, kiedy miało miejsce zakończenie pandemii. Ponadto teza Zamawiającego o tym, że w tym okresie powstały znacząco wyższe ilości odpadów, jak również, że miała miejsce większa skala dewastacji, oraz że więcej było powierzchni do czyszczenia, pozostaje nieudowodniona. W podsumowaniu tego zakresu Odwołujący stwierdził, że w okresie od 29 kwietnia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. realizował, na terenie bulwarów nadwiślańskich, prace ogrodniczoporządkowe, a znaczny zakres tych prac był wywołany ponadprzeciętną ilością osób korzystających w tym czasie z bulwarów nadwiślańskich w celach rekreacyjnych, po ustaniu zakazu korzystania z tych bulwarów, który obowiązywał w okresie od 1 kwietnia 2020 r. włącznie do 19 kwietnia 2020 r. włącznie.

W odniesieniu do argumentacji dotyczącego kontenerów, Odwołujący podał, że Zamawiający stwierdził, że Odwołujący skalkulował, w złożonych wyjaśnieniach, koszt odbioru, transportu i utylizacji śmieci, przyjmując przy tym średnią liczbę kontenerów na rok 288 sztuk, nie podając jaka ilość śmieci przypada na dany kontener w tonach lub metrach sześciennych (zgodnie z wytycznymi Zamawiającego wynikającymi z postanowień załącznika nr 1A do SWZ w pkt I podpunkt 14). Tymczasem treść dokumentu Odwołującego oznaczonego jako „DOC-20231111-WA0004”, przedłożonego przez wraz z wyjaśnieniami z 20 listopada 2023 r., obejmuje ofertę Pana M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Progres M. B. z siedzibą w Sulejówku, skierowaną do Odwołującego, na odbiór (wywóz), transport i utylizację odpadów komunalnych zmieszanych, której adresatem jest Odwołujący. Z treści tego dokumentu wynika wprost, że koszt odbioru (wywozu), transportu i utylizacji śmieci, z wykorzystaniem wskazanego tam kontenera typu KP-7, wynosi 800,00 zł (słownie: osiemset złotych) netto, co po uwzględnieniu stawki podatku vat w wysokości 23%, daje koszt w wysokości 984,00 zł. (słownie: dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote) brutto.

Ponadto z treści tego dokumentu wynika wprost, że wskazany tam kontener typu KP-7, wypełniony śmieciami, waży od 1,5 tony do 2 ton. Odwołujący, w swojej kalkulacji przyjął, że zapewni odbiór (wywóz) i utylizację śmieci zebranych do 288 kontenerów typu KP-7. Przyjmując, że każdy taki kontener, wypełniony śmieciami, waży średnio 1,75 tony, to daje to wynik w postaci 504 ton i z tego tytułu Odwołujący poniesie koszt 283.392,00 zł (słownie: dwieście osiemdziesiąt trzy tysiące trzysta dziewięćdziesiąt dwa złote) brutto, który został uwzględniony w cenie oferty Odwołującego.

Jeśli chodzi o koszty zużycia paliwa, Odwołujący podał, że Zamawiający twierdzi, że z jego wiedzy i doświadczenia wynika, że Odwołujący, w treści swoich wyjaśnień z 20 listopada 2023 r., podał za niskie koszty zużycia paliwa takich urządzeń jak: ciągnik, myjka ciśnieniowa, motokosy oraz odzieży roboczej, podczas, gdy w formularzu cenowym Odwołującego (pn. Zakres prac i wykaz cen na okres od 1.12.2023 do 30.11. 2024 r. zawarte są dwie pozycje dotyczące koszenia, tj. nr 31 - 15,82 ha, jest to 3 krotne koszenie i nr 32 - 1,46 ha, jest to 10 krotne koszenie. W odniesieniu do pozycji nr 31 Odwołujący podał, że z jego doświadczenia branżowego i wiedzy, wynika, że przy użyciu jednego ciągnika i czterech motokos jest w stanie dziennie skosić teren o powierzchni minimum 2 ha. W związku z powyższym w przypadku konieczności skoszenia powierzchni 15,82 ha Odwołujący zrealizuje tą usługę w ciągu 8 dni roboczych. Jedna motokosa spala na 1 godzinę pracy około 0,5 l paliwa. W przypadku 8 godzin pracy (dzień roboczy) motokosy, jej zużycie paliwa wyniesie 4 l, a w przypadku użycia 4 motokos zużycie paliwa, w ciągu 8 godzin pracy (dnia roboczego), wyniesie 16 l. Zużycie paliwa w 4 motokosach, w ciągu 8 dni roboczych ich pracy (tj. każdego dnia roboczego po 8 godzin pracy każdej motokosy), wyniesie 128 l (na jedno koszenie), co przemnożone przez 3 koszenia (zgodnie z pozycją nr 31 formularza cenowego Odwołującego) wyniesie 384 l paliwa. Łączny zatem koszt zakupu 384 l paliwa dla 4 motokos, za cenę wynoszącą 8,00 zł. brutto za litr (Odwołujący przyjął średnią cenę paliwa z odpowiednią „górką”) wyniesie 3.072,00 zł. (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt dwa złote) brutto. W odniesieniu do użycia małych ciągników, to Odwołujący dysponuje małymi ciągnikami, spełniającymi wymagania Zamawiającego, o masie do 2,5 tony każdy. Tego rodzaju ciągniki charakteryzują się odpowiednio niższym zużyciem paliwa. Z doświadczenia branżowego Odwołującego i jego wiedzy, wynika, że tego rodzaju ciągnik, w ciągu jednego dnia roboczego (tj. w ciągu 8 godzin pracy), spali 30 l paliwa. Odwołujący założył zatem, że tego rodzaju ciągnik, pracując przez 8 dni, (po 8 godzin każdego dnia), spali 240 l paliwa, co przy konieczności wykonania 3 koszeń daje 720 l zużytego paliwa. Łączny zatem koszt zakupu paliwa, dla tego ciągnika, za cenę wynoszącą 8,00 zł. brutto za litr (Odwołujący przyjął średnią cenę paliwa z odpowiednią „górką”), wyniesie 5.760,00 zł (słownie: pięć tysięcy siedemset sześćdziesiąt złotych) brutto (na skutek omyłki rachunkowej

Odwołujący, w treści wyjaśnień z dnia 20 listopada 2023 r., wskazał kwotę 4.000,00 zł brutto). W odniesieniu do pozycji nr 32 Odwołujący podał, że z jego doświadczenia branżowego i wiedzy, wynika, że przy użyciu czterech motokos Odwołujący jest w stanie dziennie (tj. w ciągu 8 godzin roboczych) skosić teren o powierzchni minimum 1,46 ha. Jedna motokosa pali na 1 godzinę pracy około 0,5 l paliwa. W przypadku 8 godzin pracy (dzień roboczy) te same motokosy zużycie paliwa wyniesie 4 l, a w przypadku użycia 4 motokos zużycie paliwa, w ciągu 8 godzin pracy (jednego dnia roboczego), wyniesie 16l, co przemnożone przez 10 koszeń (zgodnie z pozycją nr 32 formularza cenowego Odwołującego) wyniesie 160 l paliwa. Łączny zatem koszt zakupu 160 l paliwa dla 4 motokos, za cenę wynoszącą 8 zł. brutto za litr (Odwołujący przyjął średnią cenę paliwa z odpowiednią „górką”) wyniesie 1.280,00 zł (słownie: tysiąc dwieście osiemdziesiąt złotych) brutto. Z powyższego wynika zatem, że realny koszt zakupu paliwa dla motokos, na potrzeby realizacji koszeń opisanych w pozycji nr 31 i 32 formularza cenowego Odwołującego (pn. Zakres prac i wykaz cen na okres od 1.12.2023 do 30.11. 2024 r.), wyniesie 4.352,00 zł. (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt dwa złote 00/100). Natomiast Odwołujący skalkulował te dwie pozycje, w kontekście motokos, z odpowiednią „górką”, tj. na kwotę 9.600,00 zł. (słownie: dziewięć tysięcy sześćset złotych 00/100) brutto, co Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach z 20 listopada 2023 r. Jeżeli chodzi o koszt użycia ciągnika, to w przypadku pozycji nr 32, ten koszt nie występuje, ponieważ Odwołujący przyjął, że koszenie w ramach pozycji nr 32 zostanie zrealizowane bezpośrednio przez operatorów motokos.

Następnie Odwołujący stwierdził, że argumentacja Zamawiającego, w zakresie w jakim posługuje się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ogólnymi twierdzeniami, a z których wynika jedynie, że w ocenie Zamawiającego, Odwołujący posłużył się jakoby niejasną kalkulacją cenową, czy też, że Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić czy w cenie oferty Odwołującego zostały ujęte wszystkie istotne składniki cenotwórcze, oraz czy zaoferowane przez Odwołującego wynagrodzenie pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, a tym samym czy gwarantuje jego rzetelne wykonanie, nie może stanowić wiarygodnego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jako rzekomo zawierającej rażąco niską cenę. W ten sposób Zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak również dyspozycji art. 18 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp.

Tytułem uzupełnienia stanowiska, w kontekście prawidłowości wyliczenia ceny oferty, a w szczególności w kontekście udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazał, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Zamawiającego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. Prace ogrodniczo - porządkowe na terenie międzywala Wisły /356,88 ha/ w granicach m.st.

Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej (nr sprawy: 3/PN/2021, nr ogłoszenia o zamówieniu: 2021/S 035-086666), Zamawiający dokonał ostatecznie wyboru oferty Pana W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze z siedzibą w Pułtusk, jako najkorzystniejszej w zakresie pierwszej części zamówienia, objętego przedmiotem tegoż postępowania. Przedmiot tegoż postępowania, w zakresie jego pierwszej części, odpowiada pierwszej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania. Pan W. F., w ramach ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nr sprawy: 3/PN/2021, nr ogłoszenia o zamówieniu: 2021/S 035-086666), w ramach pierwszej części zamówienia, objętego przedmiotem tegoż postępowania, zaoferował: za prace przypadające w okresie od dnia 1 grudnia 2021 r. do dnia 30 listopada 2022 r. cenę w wysokości 2.663.463,25 zł; za prace przypadające w okresie od dnia 1 grudnia 2022 r. do dnia 30 listopada 2023 r. cenę w wysokości 2.638.419,46 zł. Tymczasem Odwołujący, za prace przypadające w okresie od dnia 1 grudnia 2023 do dnia 30 listopada 2024 r., zaoferował cenę w wysokości 2.483.607,57 zł. Jak zatem wynika z powyższego cena oferty Odwołującego, w zakresie obejmującym analogiczny okres, jak w przypadku prac ogrodniczo - porządkowych objętych przedmiotem postępowania 3/PN/2021 (nr ogłoszenia o zamówieniu 2021/S 035-086666), nie odbiega istotnie od ceny oferty, która została ostatecznie wybrana jako najkorzystniejsza w tymże postępowaniu. Powyższe świadczy o tym, że cena oferty Odwołującego jest realna, została obliczona w sposób rzetelny i zawiera wszystkie elementy cenowe i kosztotwórcze, a jednocześnie gwarantuje realizację przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem zysku oczekiwanego przez Odwołującego.

Do pisma zostały załączone: Umowa podwykonawcza nr 1/2020 z dnia 29 kwietnia 2020 r. zawarta pomiędzy Odwołującym a Panem W. F.; Osiem potwierdzeń zapłaty faktur VAT wystawionych przez Odwołującego jako podwykonawcę Pana W. F.; Ogłoszenie o zamówieniu z 19 lutego 2021 r. nr 2021/S 035-086666; Specyfikacja warunków zamówienia w postępowaniu nr 3/PN/2021; Kosztorys cenowy za 2021 r. w postępowaniu nr 3/PN/2021; Kosztorys cenowy za 2022 r. w postępowaniu nr 3/PN/2021; Kosztorys cenowy za 2023 r. w postępowaniu nr 3/PN/2021; Informacja z otwarcia w ofert w postępowaniu nr 3/PN/2021; Formularz ofertowy Pana W. F. złożony w w postępowaniu nr 3/PN/2021; Formularz cenowy Pana W. F. za okres od dnia 1 grudnia 2021 r. do dnia 30 listopada 2022 r.; Formularz cenowy Pana W. F. za okres od dnia 1 grudnia 2022 r. do dnia 30 listopada 2023 r.; Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nr 3/PN/2021.

Zamawiający w pisemnym stanowisku wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że dokonał wyboru oferty wykonawcy Fagus Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i odrzucił trzy oferty, w tym ofertę

Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę. Zamawiający podczas badania oferty Odwołującego stwierdził, że cena jego oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a także jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Dlatego wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przysłał wyjaśnienia. Na wstępie zakwestionował ustalenia Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny twierdząc cyt. „ponieważ oferty największych spośród startujących w postępowaniu firm, były niewspółmiernie wysokie do tej samej średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, Zamawiający powinien je pominąć. Wtedy okazałoby się, że średnia arytmetyczna pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu to 8 838 023,44 zł brutto.” Gdyby Zamawiający przyjął takie rozwiązanie, cena zaoferowana przez Odwołującego nie byłaby rażąco niska. Według Zamawiającego rozumowania Odwołującego nie sposób przyjąć, gdyż Zamawiający prawidłowo ustalił średnią ofert biorąc pod uwagę wszystkie złożone oferty. Średnia ta wynosiła 11 686 054,92 zł, zaś 70% tej kwoty to 8 180 238,44 zł. Ponadto wartość szacunkowa ustalona przez Zamawiającego wynosi 12 240 206,94 zł, a 70% tej kwoty to 8 568 144,86 zł. Z przedstawionych wyliczeń wynika, że cena zaoferowana przez Odwołującego w wynosząca 7 444 276,66 zł jest rażąco niska. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie pozwoliły Zamawiającemu na przyjęcie w sposób bezsprzeczny, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest realna, została wyliczona rzetelnie i uwzględnia wszystkie niezbędne składniki cenotwórcze. To na Odwołującym spoczywał obowiązek przekonania Zamawiającego, że jest w stanie rzetelnie wykonać przedmiot zamówienia mimo zaoferowania w postępowaniu przetargowym rażąco niskiej ceny, czego nie dopełnił w wyjaśnieniach przesłanych na wezwanie Zamawiającego. Zaniechanie to Odwołujący próbuje usunąć w odwołaniu, w którym przedstawia wiele nowych argumentów, nie zawartych w wyjaśnieniach przekazanych Zamawiającemu. Działanie takie nie może zostać uznane za prawidłowe bowiem Odwołujący winien udowodnić swoje racje już na etapie składania wyjaśnień i dowodów, to dopiero w odwołaniu. Odwołanie nie może stanowić „drugiej szansy” na wyjaśnienie ceny. Skoro Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na złożenie wyjaśnień i dowodów, to Odwołujący nie może oczekiwać, że jakakolwiek nowa argumentacja, zawarta w odwołaniu złożona po jego upływie będzie wzięta pod uwagę. Wykonawca udzielając wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien mieć świadomość, że nie jest to tylko formalność, którą należy załatwić przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Im bardziej szczegółowe i konkretne będą wyjaśnienia, tym większa szansa, że przekonają one Zamawiającego o realności ceny. Zamawiający musi mieć podstawy, aby móc stwierdzić, że cena oferty jest rażąco niska. Jeżeli wykonawca złożył szczegółowe i rzetelne wyjaśnienia, odpowiadające

wzwaniu zamawiającego, oraz poparte dowodami, to nie ma podstaw do ich kwestionowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczą z 1 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 27/23). Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne i wyczerpujące. Powinny rozwiewać wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania: jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu obniżyć cenę oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny być poparte stosownymi dowodami. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 kwietnia 2023 r.) Wyjaśnienia Odwołującego były ogólnikowe i zawierały kluczowe błędy dla rzetelnego oszacowania kwoty oferty.

I. Podwykonawstwo Odwołującego w ramach umowy ZZW/B/III/3/1/U-41/20/DW/PN

Odwołujący wyjaśnił, że przy kalkulowaniu ceny oparł się na doświadczeniu, kiedy to jako podwykonawca odpowiedzialny był za wykonywanie 50% prac ogrodniczo-porządkowych w ramach umowy zawartej 29 kwietnia 2020 r. a trwającej do 31 grudnia 2020 r., a więc wykonywał umowę przez 8 miesięcy. Zamawiający uznał ten sposób kalkulacji ceny za niewiarygodny, gdyż we wskazanym okresie miejsce, gdzie wykonywane były prace było mniej uczęszczane niż obecnie. Odwołujący nie wykonywał prac w późniejszym okresie, kiedy większa była ilość odpadów do wywiezienia, więcej dewastacji następowało i więcej było powierzchni do czyszczenia. Możliwe, że Odwołujący nie był w stanie tego ocenić, ponieważ nie prowadził żadnych prac na terenie bulwarów przed 20 kwietnia 2020 r. Trudno mu zatem porównać ilość osób korzystającą z bulwarów przed okresem pandemicznym i po 31 grudnia 2020 r. kiedy to, po 8 miesiącach zakończył pracę na bulwarach. Zgodnie z danymi statystycznymi <https://warsawtour.pl/raporty-i-badania/turystyka-w-roku-2020>:

- spadła o 67% w stosunku do 2019 (z 10 mln do 3,3 mln),
- w 2021 wzrosła o 51% w stosunku do 2020 r (z 3,3 mln do 5,0 mln),
- w 2022 wzrosła o 78% w stosunku do 2021 (z 5,0 mln do 9,0 mln).

Prawdą jest, że w momencie rozpoczęcia prac przez Odwołującego na bulwarach nie istniały już regulacje zakazujące wstępu, natomiast ze względu na wprowadzony uchwałą nr XXVIII/833/2020 z 19 marca 2020 r. związany z pandemią zakaz picia alkoholu na bulwarach i konieczność utrzymania odstępów między osobami oraz ograniczoną działalność żeglugi

pasażerskiej jest oczywistym, że ilość osób na bulwarach była zdecydowanie mniejsza niż przed pandemią i niż ta, która odwiedza bulwary obecnie. Wynika to także z powszechnego zjawiska jakim było unikanie przez gro osób miejsc publicznych z obawy przed zarażeniem się wirusem SARS-CoV-2. Dla Zamawiającego, jako gospodarza tego terenu powyższe jest wiedzą powszechną popartą również jego wiedzą i doświadczeniem. Faktury złożone przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami wystawione przez niego jako podwykonawcę nie stanowią dowodu na okoliczność, że Odwołujący prawidłowo skalkulował cenę oferty. Stanowią jedynie dowód, że Odwołujący wykonywał w okresie od maja do grudnia 2020 r., a więc zaledwie 8 miesięcy prace ogrodniczo-porządkowe na bulwarach. A ten czas w ocenie Zamawiającego ze względów przedstawionych powyżej nie może być miarodajny dla prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej.

II. Kontenery

Odwołujący wyjaśnił, że bazując na swoim doświadczeniu z wykonywania tego samego zakresu obowiązków na obszarze wskazanym w niniejszym przetargu od maja do grudnia 2020 r., jako podwykonawca założył ilość kontenerów KP-7, które będą potrzebne do realizacji przedmiotowego zamówienia w ilości 288 sztuk, przyjmując koszt odbioru i utylizacji śmieci w wysokości 984,00 zł za tonę, co dawało w każdym roku wykonywania zamówienia kwotę 283 392,00 zł (288 szt. kontenerów x 984,00 zł za tonę). Kwotę tę podał następnie Odwołujący w podsumowaniu wyjaśnień wskazując w każdym roku wykonywania zamówienia koszt utylizacji śmieci w wysokości 283 392,00 zł wyliczony za 288 ton. Zamawiający na podstawie tych wyjaśnień miał pewność, że zakładana przez niego wielkość 500 t odpadów rocznie wskazana w załączniku nr IA do SWZ w pkt 1 podpunkt 14 nie została uwzględniona w cenie ofertowej Odwołującego. Oznacza to, że cena ofertowa w zakresie ilości odpadów nie została przez Odwołującego skalkulowana prawidłowo. Nadto załączona do wyjaśnień oferta cenowa na odbiór odpadów nie zawiera informacji jakiego okresu dotyczy i czy w latach kolejnych będzie obowiązywać ta sama cena. Wykonawca nie uwzględnił w swoich obliczeniach wzrostu cen w kolejnych latach realizacji zamówienia. Dopiero w odwołaniu Odwołujący uzupełnił, że w swojej kalkulacji przyjął, że zapewni odbiór (wywóz) i utylizację śmieci zebranych do 288 kontenerów typu KP-7 przyjmując, że każdy taki kontener, wypełniony śmieciami waży średnio 1,75 tony, co daje wynik w postaci 504 ton. Jednakże w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te należy uznać za spóźnione.

III. Koszty zużycia paliwa

Odwołujący w wyjaśnieniach podał liczbę posiadanych samochodów i urządzeń do wykonania zamówienia. Ponadto poinformował, że ma zawartą umowę na najem placu na swoją bazę w odległości od 12-15 km od miejsca, gdzie zamówienie ma być wykonywane i

zakłada, że 365 dni w roku będzie raz dziennie dojeżdżał do niej z bulwarów i wracał. Podał także zakładaną cenę litra paliwa. Zamawiający uznał informacje podane w wyjaśnieniach Odwołującego wraz z kosztami zakupu paliwa za zaniżone. Odwołujący nie uwzględnił wzrostu kosztów utrzymania samochodów i urządzeń oraz ich ubezpieczenia w poszczególnych latach wykonywania zamówienia. Następnie w odwołaniu Odwołujący uzupełnił wyjaśnienia poprzez wskazanie jaki będzie koszt zużycia paliwa dla pozycji 31- 15,82 ha (3 krotne koszenie) i pozycji 32- 1,46ha (10 krotne koszenie). Kalkulacja Odwołującego podana w wyjaśnieniach zakłada przejechanie w ciągu roku jednym samochodem 11880 km (odległość od bazy do bulwarów to 12-15 km) co daje 32,5 km dziennie - 15 km x 2 + 2,54 km po bulwarze. Każde to domniemywać, że Odwołujący założył jednokrotny przejazd samochodem dziennie na odcinku baza-bulwar-baza (15 km x 2 x 365 dni) = 10950 km/rok + (2,54 x 365) 927 km = 11 877 km. Z obliczeń Zamawiającego wynika, że przejazd z bazy Odwołującego do krańca bulwaru to 14 km, czyli w obie strony 28 km (28 km x 365 dni = 10220 km). W okresie od czerwca do września każdego roku wykonywania zamówienia w piątki, soboty i niedziele jest dodatkowe, popołudniowe sprzątnięcie, które wymaga dodatkowego przyjazdu na bulwary (28 km x 40 dni = dodatkowe 1120 km. Ponadto wjazd na niektóre tereny objęte zamówieniem np. Skwer Kahla, Skwer Cubryny, Port Czerniakowski wymaga dodatkowych przejazdów. Wiąże się to z kolejnymi kosztami nie ujętymi w kalkulacji. Np. pojedynczy wjazd na Skwer Kahla i powrót na bulwar najkrótszą drogą wiąże się z koniecznością przejechania 2,8 km. (2,8 km x 365 dni = dodatkowe 1022 km) + (2,8 km x 40 dni = dodatkowe 112 km). Obsługa bulwarów oraz wykonanie wszystkich prac będzie wymagała dodatkowych przejazdów pomiędzy bulwarem, a bazą oraz w obrębie bulwaru (wywóz zebranych odpadów, pokosu, liści, gałęzi, dowieszenie sprzętu, pracowników, materiałów tj. np. ziemia, kora, rośliny, woda do podlewania). Zakładając, że tylko w sezonie najintensywniejszych prac między kwietniem, a październikiem będzie trzeba zrobić 1 dodatkowy kurs dziennie liczba przejechanych kilometrów znacznie wzrasta (28 km x 214 dni = dodatkowe 5992 km). Wiadomo jednak, że w okresie letnim, kiedy jest dużo odpadów takich kursów trzeba wykonać więcej. +Sytuacja wygląda podobnie w okresie intensywnych prac ogrodniczych, które generują duże ilości odpadów zielonych np. pielienie, grabienie liści, trawy, przycinanie krzewów, wycinanie zarośli nadwodnych. Wywiezienie urobku oznacza wykonanie wielu dodatkowych przejazdów. Poruszania się samochodem wymaga także dowóz roślin, ziemi, kory czy wody do podlewania. Z uwagi na coraz cieplejsze lata w okresie letnim rośliny wymagają częstego podlewania. Np. jednokrotne podlanie drzew zgodnie z kosztorysem wymaga: 100 szt. x 50 l wody = 5000 l. W zbiorniku mieści się 1000 l. A więc jednokrotne podlanie wszystkich drzew będzie wymagało dodatkowych 5 kursów po wodę. W 2023 r. wykonano 57 podlewań drzew, a w 2022 r. 43 (średnio 50 rocznie). Przy założeniu, że w najbliższych latach będzie podobnie: 50 x 5 x 28

km = dodatkowych 7000 km. Podlewania wymagają także krzewy i byliny więc liczba koniecznych przejazdów będzie znacznie większa. Wykonywanie różnych prac wymaga także przejazdów w obrębie bulwaru (zbieranie zebranych odpadów, zamiatanie, grabienie, koszenie, rozwożenie pracowników przydzielonych do poszczególnych zadań). Długość bulwaru to ok 7,2 km. Zakładając, że w ramach wykonywanych prac wykonawca będzie zmuszony jednokrotnie przejechać bulwar w obie strony daje to dodatkowe 14,4 km, ($14,4 \times 365 = 5256 \text{ km} - 927 \text{ km} = \text{dodatkowe } 4329 \text{ km}$). Liczba wszystkich dodatkowych przejazdów jest niemożliwa do oszacowania. Kalkulacje Zamawiającego, które i tak wydają się bardzo ostrożne wykazują, że koszty zużycia paliwa w ofercie Odwołującego są mocno niedoszacowane. Koszty zużycia paliwa bez podlewania (wykonawca może zdecydować się na zakup wody z ujęcia na bulwarze) kształtują się następująco: $10220 + 1120 + 1022 + 112 + 5992 + 4329 = 22797 - 11877 = \text{dodatkowe } 10910 \text{ km}$. Zgodnie z założeniami przyjętymi w kalkulacji Odwołującego oznacza to konieczność zakupu $1310,16 \text{ l}$ paliwa $\times 8 \text{ zł} = \text{dodatkowe } 10484,8 \text{ zł}$ (koszty zakupu paliwa założone przez Odwołującego to 11404,8 zł). Zgodnie z tym wyliczeniem koszt transportu obliczony dla 1 samochodu właściwie się podwaja. W przypadku założenia, że Odwołujący będzie dowoził wodę do podlewania koszty zużycia paliwa wzrosną jeszcze bardziej: $10220 + 1120 + 1022 + 112 + 5992 + 7000 + 4329 = 28773 \text{ km} - 11877 = 16896 \text{ km}$. Według kalkulacji Odwołującego oznacza to konieczność zakupu $2027,52 \text{ l}$ paliwa $\times 8 \text{ zł} = \text{dodatkowe } 16220,16 \text{ zł}$

W zakresie myjek ciśnieniowych Zamawiający przedstawił szereg adresów stron internetowych dotyczących ofert ich sprzedaży wraz z cenami i podstawowymi parametrami i podał, ze wskazaniem na przykładowe myjki ciśnieniowe z podanym przez producenta zużyciem paliwa w kg/h: kolejno 5,3 l; 7,1 l; 2,4 l; 5,6 l. wskazując: Średnia masa litra benzyny jest równa 0,75 kg. Po przeliczeniu kg na l spalanie będzie wyglądać następująco: $5,3 : 0,75 = 7,06 \text{ l na h}$ pracy; $7,1 : 0,75 = 9,46 \text{ l/h}$; $2,4 : 0,75 = 3,2 \text{ l/h}$; $5,6 : 0,75 = 7,46 \text{ l/h}$. W swojej kalkulacji Odwołujący przyjął, że zużyje 360 l na 960 rbh pracy dwóch myjek ciśnieniowych (0,37 l na 1 rbh). Przyjmując spalanie najmniejszego z przykładowych modeli, czyli $3,2 \text{ l/h} \times 960 \text{ rbh} = 3072 \text{ l}$; $3072 \text{ l} \times 8 \text{ zł} = 24576 \text{ zł}$ (założenie Odwołującego to 2880 zł). Niedoszacowanie kosztu paliwa wynosi: $24576 \text{ zł} - 2880 = 21696 \text{ zł}$

W odniesieniu do kos spalinowych zamawiający stwierdził, że oparł się na testach spalania wykonanych na dwóch modelach kos: kosa spalinowa NAC BP540-30B-V, <https://www.youtube.com/watch?v=4SGKXhmzcZ8> test wykazał spalanie 1,25 l/45 min pracy czyli 1,6 l/h oraz kosa spalinowa Stihl FS 130, <https://www.youtube.com/watch?v=oR432p2LWM> test wykazał spalanie 750 ml na 1 godzinę pracy. Zamawiający podał, że w swojej kalkulacji Odwołujący przyjął, że zużyje 1200 l na 1920 rbh pracy 4 kos spalinowych (0,625 l na 1 rbh). Przyjmując niższe spalanie 750 ml na 1 godzinę pracy koszt paliwa będzie wynosił:

$1920 \text{ rbg} \times 0,75 \text{ l} = 1440 \text{ l}$, $1440 \text{ l} \times 8 \text{ zł} = 11520 \text{ zł}$ (założenie Odwołującego to 9600 zł).
Niedoszacowanie kosztu paliwa wynosi: $11520 - 9600 = 1920 \text{ zł}$

W zakresie ciągnika Zamawiający podał, że za przykładowe zużycie paliwa przyjął ciągniki marki Kubota, która specjalizuje się w produkcji lekkich ciągników. Na stronie <https://www.farmer.pl/technika-rolnicza/maszyny-rolnicze/do-3-5-litra-on-nagodzine-pracv35567.html> można znaleźć informację producenta, że ciągniki tej marki są bardzo oszczędne w zużyciu paliwa i palą ok 3,5 l /h pracy. Tymczasem Odwołujący przyjął w swojej kalkulacji 320 rbg przy zużyciu 500 l paliwa (1,56 l/h pracy), co da łączny koszt w wysokości 4000 zł. Jeśli założyć, że zużycie paliwa będzie wynosiło 3,5 l to przy 320 rbg łączny koszt paliwa wyniesie: $3,5 \text{ l} \times 320 \text{ rbg} = 1120 \text{ l}$; $1120 \text{ l} \times 8 \text{ zł} = 8960 \text{ zł}$. Niedoszacowanie kosztu paliwa wynosi: $8960 - 4000 = 4960 \text{ zł}$. Istotny jest fakt, że w odwołaniu z 2 stycznia pojawiają się zupełnie inne dane dotyczące kosztów pracy ciągnika niż w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny z 20 listopada. W wyjaśnieniach z 20 listopada Odwołujący zakłada, że ciągnik będzie pracował 320 rbg, zużyje 500 l paliwa (1,56 l/h), którego koszt wyniesie 4000 zł. Tymczasem w odwołaniu z 2 stycznia zakłada 3 koszenia w 8 dni przy i 8 godzinach pracy dziennie co daje 192 rbg. Założone zużycie paliwa to 720 l (3,75 l/h) po koszcie 5760 zł. Powyższą rozbieżność Odwołujący tłumaczy omyłką rachunkową. Z uwagi na przyjęcie zupełnie innych danych trudno to jednak uznać za omyłkę rachunkową. Nadto w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te należy uznać za spóźnione.

Następnie odnosząc się do zarzutu ogólnikowości twierdzeń Zamawiającego, Zamawiający podał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał podstawę prawną i wyjaśnił jakie z elementów oferty jego zdaniem nie zostały prawidłowo skalkulowane (zaniżone) co doprowadziło w efekcie do uznania, że cena jest rażąco niska.

Na koniec Zamawiający wskazał, że Odwołujący jako argument przemawiający za tym, że prawidłowo skalkulował cenę oferty powołał się także na cenę najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. Prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywała Wisły/356,88ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby brzegowej (nr sprawy: 3/PN/2021, nr ogłoszenia o zamówieniu:2021/S 035-086666). Zamawiający stwierdził, że stanowczo odrzuca tę argumentację Odwołującego przede wszystkim dlatego, że cena ofertowa Odwołującego za pierwszy rok wykonywania zamówienia jest o 154 811,9 zł niższa od kwoty zaoferowanej w przetargu sprzed 3 lat. W szacowaniu ceny ofertowej Odwołujący nie uwzględnił ponadto inflacji o 263 841,94 zł. Po dodaniu różnicy jaka powstała pomiędzy wartością umowy zawartej w postępowaniu nr 3/PN/2021 za 2021 r. oraz kosztów inflacji jakie w niej doszły, niedoszacowanie ceny podanej przez Odwołującego wyniosło 418 653,84 zł/rok. Ponadto w szacowaniu wartości całego zamówienia Odwołujący nie uwzględnił

wzrostu kosztów poszczególnych jego składowych (poza pracowniczymi) w kolejnych latach. Trzeba także wziąć pod uwagę, że w obecnym postępowaniu pozycja ryczałtowa jaką jest miesięczna pielęgnacja bylin wzrosła w stosunku do postępowania 3/PN2021 z 1 758 m² w 2020 r. na 10 908 m² czyli ponad sześciokrotnie. Pielęgnacja bylin jest czynnością bardzo kosztowną i czasochłonną, co również będzie generowało dodatkowe koszty.

Do pisma została załączona umowa nr ZZW/B/III/3/1/U-82/21-23/DW/PN zawarta 31 sierpnia 2021 r. pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa a wykonawcą W. F. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą F, W. Usługi Transportowe.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba dopuściła dowody załączone do złożonych w sprawie pism oraz zdjęcia złożone przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 224 ust. 5 Pzp: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

W myśl art. 224 ust. 6 Pzp: *6. 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.*

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.*

Na wstępie wskazania wymaga, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. W związku z tym, odpowiedź wykonawcy na takie wezwanie powinna zawierać w szczególności wyjaśnienia wątpliwości zgłoszonych przez zamawiającego, powinna być rzeczowa, spójna, uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Izba bierze pod uwagę w szczególności treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty, treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi oraz - w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na stwierdzenie, iż nie obalił on domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny - treści informacji przekazanej przez zamawiającego.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp: *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Art. 18 ust. 1 Pzp stanowi: *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne.*

W myśl art. 16 pkt 1 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*

Z ww. przepisów wynika, że treść uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy powinna zawierać nie tylko wskazanie podstawy prawnej, ale też wyjaśnienie okoliczności faktycznych, które zdaniem zamawiającego wskazują na wypełnienie przesłanki odrzucenia oferty. Pozostaje to w związku z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Ocena zarzutów odwołania dotyczących czynności odrzucenia oferty może być dokonywana w zakresie tych okoliczności, które zostały przedstawione przez zamawiającego jako te, które jego zdaniem uzasadniają odrzucenie oferty. Izba nie bierze pod uwagę

nowych okoliczności faktycznych, wskazywanych jako uzasadnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, przedstawionych dopiero w postępowaniu odwoławczym.

Przechodząc od tych rozważań na grunt analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że zdaniem Odwołującego złożył on wyjaśnienia ceny odpowiadające na wezwanie Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę, nie przedstawiając przy tym pełnego uzasadnienia tej czynności.

Zdaniem Zamawiającego natomiast wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego są ogólnikowe i zawierają kluczowe błędy wskazujące na nierzetelne skalkulowanie ceny oferty, a zawiadomienie o odrzuceniu oferty tego wykonawcy zawiera wystarczające uzasadnienie.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy należy podzielić stanowisko Odwołującego.

Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień zawierające wymóg podania określonych informacji w przedstawionym w wezwaniu układzie tabelarycznym. Tabele, z zaznaczeniem konieczności ich uzupełnienia w wyjaśnieniach, dotyczą: kosztów zatrudnienia pracowników, dodatkowych kosztów pracowniczych, w tym wody dla pracowników, ubrań, środków BHP, butów, kamizelek, rękawiczek, sprzętu ręcznego, dowozu pracowników do miejsca wykonywania pracy; marki samochodu, modelu maszyn i urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia i całkowitego zakupu paliwa, kosztów utrzymania pojazdów oraz kosztów utylizacji odpadów komunalnych. Odwołujący w odpowiedzi podał oczekiwane przez Zamawiającego informacje dotyczące: kosztów zatrudnienia pracowników w rozbiciu na 3 lata, zakładając wzrost minimalnego wynagrodzenia w latach 2025 – 2026 o 900 zł, podał dodatkowe koszty pracownicze (corocznie), koszty zakupu paliwa (corocznie), koszt utrzymania pojazdów (corocznie), koszt odbioru i utylizacji śmieci (corocznie). Odwołujący przedstawił koszty na każdy z trzech okresów, do wskazania których został wezwany, które jak stwierdził stanowią największy koszt realizacji zamówienia, podał również swoje ceny ofertowe i przedstawił kwoty jakie pozostają po odjęciu wyszczególnionych kosztów, które wynoszą za poszczególne okresy, tj. 01.12.2023 – 30.11.2024 r. - 819 095,28 zł, 01.12.2024 – 30.11.2025 r. - 742 483,28 zł, 01.12.2025 – 30.11.2026 r. - 679 826,12 zł. Zamawiający tymczasem w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdza, że wyjaśnienia Odwołującego są ogólnikowe i zawierają kluczowe dla rzetelnego oszacowania oferty błędy, nie podając przy tym na czym one polegają. W szczególności zwraca uwagę, że Zamawiający nie podaje, że nie zawierają one informacji, jakich oczekiwał w wezwaniu oraz jakie konkretnie błędy ma na uwadze, jak

one przekładają się na cenę oferty i dlatego ich zaistnienie oznacza, że cena oferty tego wykonawcy nie pozwala na wykonanie zamówienia bez ponoszenia na nim straty.

W pierwszej kolejności Zamawiający podał w uzasadnieniu, iż doświadczenie Odwołującego z okresu pandemii, kiedy to wykonywał jako podwykonawca 50% prac ogrodniczo-porządkowych na bulwarach w zakresie umowy zawartej 29.04.2020 r., trwającej do 31.12. 2020 r., jest niewspółmierne do obecnego zamówienia, ponieważ w tym okresie bulwary były praktycznie wyłączone z użytkowania z uwagi na ograniczenia dotyczące pandemii COVID-19, stwierdzając, że dlatego taka kalkulacja kosztów jest nieprawidłowa i jest dla nie do przyjęcia.

Trudno uznać stanowisko Zamawiającego w tym zakresie za uzasadnione.

Po pierwsze, w wezwaniu do wyjaśnień ceny oferty Zamawiający zaznaczył: *Brak odniesienia się w wyjaśnieniach do powyżej wymienionych kwestii wiąże się z ryzykiem, że Zamawiający uzna wyjaśnienia za iluzoryczne, czyli takie, które nie wyjaśniają elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.* Wskazuje to, że za elementy mające wpływ na wysokość ceny Zamawiający uznawał, te na które wskazał w swoim wezwaniu, skierowanym do Odwołującego. Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia według wskazania Zamawiającego (z tym, że w tabeli dotyczącej odpadów komunalnych wskazał również liczbę kontenerów), a także wskazał ujęte w cenie oferty pozostałe wartości, ponad koszty wymagane do wyspecyfikowania zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Skoro zatem przedstawione w wezwaniu Zamawiającego oczekiwania co do rodzaju informacji były dla niego wystarczające, to trudno przyjąć, że odpowiedź zawierająca m.in. wymagane przez niego informacje jest ogólnikowa.

Po drugie, skoro Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie stawia zarzutu, iż Odwołujący nie uwzględnił w swojej kalkulacji ceny oferty całego przedmiotu zamówienia, argumentacja Zamawiającego przedstawiona w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, dotycząca okresu pandemii nie uzasadnia stanowiska, że kalkulacja kosztów jest nieprawidłowa i jest – jak twierdzi - dla Zamawiającego nie do przyjęcia. W sytuacji, gdy, co jest zrozumiałe, w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazuje na konieczność wyceny oferty z uwzględnieniem stanu zanieczyszczenia bulwarów w jakimś okresie przed wszczęciem postępowania, to okres świadczenia podobnych usług przez Odwołującego na bulwarach, tj. to czy świadczył je przed, w trakcie, czy po okresie pandemii, jest irrelevantny, dla oceny kalkulacji ceny oferty w analizowanym postępowaniu. W związku z tym rozważania czy w czasie wykonywania usług na tym terenie korzystała z nich taka sama liczba osób są bezprzedmiotowe. Nie zmienia tej oceny fakt, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach powołuje się na doświadczenie zdobyte przy

wykonywaniu usług w tej samej lokalizacji. Przedmiotem badania nie jest bowiem kwestia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz ocena czy oferta Odwołującego zawiera nierealistyczną cenę dla realizacji obecnego zamówienia.

Drugą z okoliczności, jaką podniósł Zamawiający jest to, że Odwołujący zignorował szacowaną roczną ilość odpadów komunalnych do wywiezienia, określoną w SWZ na ok. 500 ton, bowiem przyjął 288 jako średnią liczbę kontenerów rocznie, nie podając jaka ilość śmieci przypada na dany kontener w tonach lub metrach sześciennych zgodnie z wytycznymi Zamawiającego i dlatego Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości podanych danych.

Zauważenia w tym zakresie wymaga, że jak słusznie zauważył Odwołujący, do wyjaśnień została załączona m.in. oferta cenowa za odbiór odpadów, w której zostały podane ceny za odbiór poszczególnych odpadów, w tym komunalnych, ze wskazaniem na przybliżoną wagę kontenera, tj. 1,5 – 2 Mg. Nie jest więc tak, że Zamawiający nie wszedł w posiadanie, uzyskanych od Odwołującego, informacji umożliwiających weryfikację podanych w piśmie danych.

W ocenie Izby sposób wypełnienia tabeli dotyczącej odpadów może budzić wątpliwości, jednak dla odrzucenia oferty z powodu uznania, że zawiera rażąco niską cenę, zaistnienie wątpliwości co do jednej z pozycji kalkulacji ceny oferty, bez wykazania jej wpływu na cenę całej oferty, nie jest wystarczające. Wobec ich zaistnienia Zamawiający powinien wystąpić do Odwołującego o stosowne wyjaśnienia. Nie stanowiłoby to bowiem powtórnego wezwania do wyjaśnień ceny oferty, lecz dookreślenie treści znajdujących się w już udzielonych wyjaśnieniach. Przyjęcie, że powyższa okoliczność z uwagi na stwierdzony przez Zamawiającego brak możliwości zweryfikowania prawidłowości danych, wskazuje na konieczność odrzucenia oferty Odwołującego, należy uznać za nieuzasadnione.

Zwraca uwagę, że jak wynika z podjętych czynności, Zamawiający nie uznał, że wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, natomiast w przedstawionej powyżej odpowiedzi na odwołanie dał wyraz temu, że uznaje, iż Odwołujący przyjął do kalkulacji ceny oferty (a w konsekwencji do realizacji), za małą ilość odpadów podlegających odbiorowi i utylizacji w ramach zamówienia. Stwierdził bowiem, że na podstawie wyjaśnień miał pewność (a zatem inaczej niż podał w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego), że zakładana przez niego wielkość 500 t odpadów rocznie wskazana w załączniku nr IA do SWZ w pkt 1 podpunkt 14 nie została uwzględniona w cenie ofertowej Odwołującego. Nadto Zamawiający wskazał na nowe okoliczności, które miałyby jego zdaniem wskazywać na wadliwą kalkulację ceny oferty przez Odwołującego w tym zakresie, w tym, że załączona do wyjaśnień oferta cenowa na

odbiór odpadów nie zawiera informacji jakiego okresu dotyczy i czy w latach kolejnych będzie obowiązywać ta sama cena, nadto podał, że Odwołujący nie uwzględnił w swoich obliczeniach wzrostu cen w kolejnych latach realizacji zamówienia.

Powyższe pokazuje, że Zamawiający przedstawił, uzasadnienie swojego stanowiska w tym zakresie nie w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, lecz dopiero w odpowiedzi na odwołanie, co uniemożliwiało wykonawcy dokonanie ich analizy w terminie na wniesienie odwołania.

Nadto Zamawiający wskazał, że dopiero w odwołaniu Odwołujący podał, że w swojej kalkulacji przyjął, że zapewni odbiór (wywóz) i utylizację śmieci zebranych do 288 kontenerów typu KP-7 przyjmując, że każdy taki kontener, wypełniony śmieciami waży średnio 1,75 tony, co daje wynik w postaci 504 ton, ale zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia te należy uznać za spóźnione. Zamawiający nie wskazał przy tym, że powyższej okoliczności nie dało się wywieźć ze złożonych wyjaśnień, czytanych w całości, tj. wraz z załącznikiem w postaci oferty na wykonanie tych usług.

Następną okolicznością wskazaną przez Zamawiającego jest to, że jak stwierdził, z jego wiedzy i doświadczenia wynika, że w wyjaśnieniach Odwołujący podał za niskie koszty zużycia paliwa ciągnika, myjki ciśnieniowej, motokosy oraz odzieży roboczej. Zamawiający nie podał przy tym jakie jego zdaniem powinny być minimalne koszty w tym zakresie i dlaczego koszty wskazane przez Odwołującego w tym zakresie miałyby jego zdaniem wskazywać na rażąco niską cenę oferty tego wykonawcy. Trudno zatem uznać, iż uzasadnienie Zamawiającego wskazuje, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego.

Również w odniesieniu do tych kosztów Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie przedstawił uzasadnienie dla swojej oceny, co należy uznać za spóźnione.

W dalszej kolejności Zamawiający stwierdził, że brak jasnej kalkulacji cenowej powoduje, że nie jest w stanie sprawdzić, czy w cenie oferty zostały ujęte wszystkie istotne składniki cenotwórcze oraz czy zaoferowane wynagrodzenie pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, a tym samym gwarantuje jego rzetelne wykonanie. Zamawiający nie podał przy tym, dlaczego jego zdaniem kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego w omawianym zakresie jest niejasna i dlaczego nie pozwala na weryfikację czy wszystkie istotne składniki cenotwórcze zostały w niej ujęte. Jak wyżej wskazano Odwołujący zastosował się do wezwania Zamawiającego i podał przyjęte wielkości w układzie i zakresie, jaki był wymagany przez Zamawiającego. Jeśli natomiast Zamawiający oczekiwał większego stopnia uszczegółowienia danych, to powinien o to wystąpić do wykonawcy.

Dalej Zamawiający stwierdził: *Przed wszystkim Wykonawca przyjął błędnie, zbyt niskie koszty odbioru transportu i utylizacji śmieci, które to koszty są kluczowe w kalkulacji ceny przedmiotowego zamówienia. W ocenie Zamawiającego wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy są ogólnikowe, i opierają się na nierealnych założeniach (m.in. ilości odpadów). Zgodnie z utrwaloną praktyką i orzecznictwem KIO wyjaśnienia muszą być konkretne, logiczne i rzeczowe. Konieczne jest przedstawienie szczegółowej kalkulacji, a w zdecydowanej większości przypadków również dowodów. Wobec powyższego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.*

W ocenie Izby nie sposób w oparciu o tak przedstawione uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego uznać, że czynność ta została dokonana prawidłowo. Zwraca przy tym uwagę brak spójności twierdzeń przedstawionych w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Jak wyżej wskazano, w uzasadnieniu w odniesieniu do odbioru i utylizacji odpadów komunalnych Zamawiający wcześniej podał, że nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości danych, co miałyby wynikać ze wskazania przez Odwołującego liczby kontenerów bez podania ich pojemności, a na koniec stwierdził, że Odwołujący przyjął zbyt niskie koszty w tym zakresie. Skoro Zamawiający, mimo złożenia przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, oferty innego podmiotu na wywóz odpadów, gdzie była podana pojemność kontenerów, stwierdził, że nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości danych, to pojawia się pytanie na jakiej podstawie następnie stwierdził, że są one zbyt niskie i dlaczego w związku z tym miałyby przesądzać o zaistnieniu w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Zgodzić się należy zatem z Odwołującym, że uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego jest ogólnikowe. Zamawiający poza lakonicznymi stwierdzeniami, nie przedstawia żadnych przekonujących argumentów dotyczących nierealistycznego skalkulowania przez Odwołującego kosztów związanych wykonaniem przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie może być ono uznane za przekonujące i nie potwierdza, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny potwierdzają zaistnienie wskazanej przez Zamawiającego przesłanki odrzucenia oferty.

W podsumowaniu należy stwierdzić, iż w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie stawia zarzutu, iż Odwołujący nie zastosował się do jego wezwania, nie stwierdził i nie przedstawił przekonującego uzasadnienia, że cena oferty tego wykonawcy nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia, nie podnosi, że

zaoferowane koszty pracownicze nie są zgodne z obowiązującymi przepisami. Z treści uzasadnienia nie wynika, aby Zamawiający brał pod uwagę, kwoty jakie Odwołujący uwzględnił w cenie oferty ponad te, które stanowią koszty tego zakresu co do którego Zamawiający żądał wyjaśnień, a które wynosząc za poszczególne okresy: 819 095,28 zł, 742 483,28 zł, 679 826,12 zł trudno uznać za pomijalne przy analizie ceny oferty wykonawcy.

To, że uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego jest niepełne i nie pozwala na przyjęcie, iż Zamawiający zasadnie uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, potwierdza treść odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający uzupełnił treść tego uzasadnienia. Jak bowiem wyżej wskazano, w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne, które powinny być przedstawione wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty, zostały przekazane dopiero w postępowaniu odwoławczym, nie mogły być one przedmiotem zarzutów odwołania, a w konsekwencji nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Nie zmienia tego okoliczność, iż w części odnoszą się one do treści odwołania, w którym Odwołujący, zważywszy na ogólnikową treść uzasadnienia czynności odrzucenia jego oferty, wskazał elementy kalkulacji ceny wykraczające ponad treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit a i 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: