

WYROK

z dnia 05 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 maja 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BIO-EKOS GROUP Sp. z o.o. Sp. k., BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp. k., Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "EKO-OGRÓD" Z. F. KONSERWACJA TERENÓW ZIELONYCH, ul. Jana Targiela 112, 43-109 Tychy, w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Miasta Tychy Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Komunalny Gminy Oświęcim sp. z o.o. w Brzezince, ul. Czarna 8, 32-600 Oświęcim,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 3, odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Komunalny Gminy Oświęcim sp. z o.o. w Brzezince, ul. Czarna 8, 32-600 Oświęcim oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert,
2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i:
 - zasadza od zamawiającego Gmina Miasta Tychy - Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy, na rzecz odwołującego Konsorcjum: BIO-EKOS GROUP Sp. z o.o. Sp. k., BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp. k., Z. F. kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Gmina Miasta Tychy - Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w 2021 roku, znak: TZUK.271.21.2020, zadanie nr 3.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Zakład Komunalny Gminy Oświęcim (ZKGO) sp. z o.o. w Brzezince, ul. Czarna 8, 32-600 Oświęcim, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, dalej zwany „przystępującym”. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca "EKO-OGRÓD" Z. F. KONSERWACJA TERENÓW ZIELONYCH, ul. Jana Targiela 112, 43-109 Tychy, dalej zwanym „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dwukrotne (tj. w dniu 22 grudnia 2020 r. oraz w dniu 18 stycznia 2021 r.) wezwanie ZKGO do przedstawienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w sytuacji w której - z uwagi na niepełne, nierzetelne wyjaśnienia wykonawcy ZKGO przedłożone Zamawiającemu w piśmie z dnia 7 stycznia 2021 r. - Zamawiający nie miał podstaw do wezwania ZKGO do przedłożenia dalszych wyjaśnień i powinien odrzucić ofertę ZKGO;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 90 ust 1 oraz 1a Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZKGO podczas gdy:
 - a) ZKGO nie wykazał, że cena złożonej oferty nie zawiera ceny rażąco niskiej;
 - b) cena oferty ZKGO oraz przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia wskazują na okoliczność, że cena ZKGO jest ceną rażąco niską, co ponadto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie, w ramach Zadania 3 Postępowania, czynności wyboru oferty wykonawcy ZKGO jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy ZKGO,
- 3) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w 2021 roku. Postępowanie zostało podzielone na trzy zadania, przy czym niniejsze odwołanie

dotyczy zadania oznaczonego numerem 3. W zadaniu nr 3 oferty złożyło trzech wykonawców. Oferty odwołującego oraz ZKGO przedstawiały taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, toteż zamawiający wezwał wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. ZKGO złożył w dniu 21 grudnia 2020 r. ofertę dodatkową, w ramach której zaoferował za wykonanie zamówienia cenę brutto w wysokości 254.255,97 zł, z czego ZKGO przeznaczył kwotę 169.504,04 złote brutto na realizację zamówienia podstawowego oraz 84.751.93 zł brutto na realizację zamówienia opcjonalnego. Z uwagi na wątpliwości po stronie zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego po cenie zaoferowanej przez ZKGO, zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2020 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał ZKGO do złożenia pisemnych wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. ZKGO pismem z dnia 7 stycznia 2021 r. złożył wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, załączając do wyjaśnień dowody w postaci kalkulacji ceny ofertowej, referencje oraz zanonimizowane umowy o pracę. Pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. zamawiający zwrócił się do ZKGO z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczeń przedstawionych w piśmie ZKGO z dnia 7 stycznia 2021 r.. Zamawiający zwrócił w swoim piśmie uwagę, że „z sumowania wszystkich pozycji [poszczególnych pozycji jednostkowych zawartych w kalkulacji cenowej wykonawcy ZKGO zawartych w piśmie ZKGO z dnia 7 stycznia 2021 r. nie wychodzi podana kwota, tj. 62.721,23 zł”. W związku z powyższym zamawiający poprosił o „dokładne wskazanie sposobu przyjętej przez ZKGO kalkulacji”.

Zamawiający nie wskazał szczególnych elementów kalkulacji, co do których oczekiwał wyjaśnienia ze strony ZKGO, ale - co istotne - powołał się na wyrok TSUE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10, zgodnie z którym „zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazując, iż kwota podana w ofercie nie jest rażąco niska, przedstawił składowe elementy oferty”. Ponadto, zamawiający zamieścił w treści informacje dodatkowe, a mianowicie wskazał, że „wykonawca może wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, oferty uzyskane od dostawców i producentów (w tym zawierające uzgodnione upusty), przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń [...] koszty podwykonawców, koszty stałe paliwa. energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk”. Poza powyższym, wezwanie wystosowane przez zamawiającego stanowiło powtórzenie treści art. 90 Pzp.

W wyniku powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny ofertowej ZKGO uzupełnił kalkulację o pozycje nie występujące w pierwotnej kalkulacji, tj. o koszty sprzętowe 14,592.80 zł oraz koszty pracownicze 30,088.78 zł. Odwołujący podkreślił, że w ramach podniesionego zarzutu kwestionuje prawo zamawiającego do przeprowadzenia opisanej powyżej czynności, tj. do dokonywania powtórnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej, w sytuacji w której ów wykonawca nie wyjaśnia

rzetelnie, w odpowiedzi na pierwsze wezwania zamawiającego, wszelkich składników cenotwórczych składających się na całość zaoferowanego świadczenia.

Nadto odwołujący wskazał, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny jest rzeczowe i kompletne wyjaśnienie wszystkich elementów składających się na zaoferowaną cenę, wraz z dowodami wykazującymi zasadność przyjętych przez wykonawcę założeń cenowych. Podkreślił, że skoro wykonawca jest zobligowany do przedłożenia rzetelnych i kompletnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny ofertowej, to zaniechanie dotrzymania powyższego obowiązku powinno spotkać się z reakcją zamawiającego w postaci odrzucenia jego oferty. W takiej sytuacji zamawiający nie ma możliwości sanowania oferty wykonawcy przez ponawianie wezwań do złożenia wyjaśnień, w których wykonawca miałby szansę na wyjaśnienie czy doprecyzowanie kwestii, które powinny znaleźć się w pierwotnym wyjaśnieniu, Uprawnienie zamawiającego do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca rzetelnie i rzeczowo przedstawia zamawiającemu wyjaśnienia, W niniejszej sprawie tak jednak się nie stało, ponieważ w odpowiedzi na pierwotne wezwanie ZKGO całkowicie pominął dwie pozycje kosztowe, tj. koszty sprzętowe i koszty pracownicze - pomimo, że pozycje te powinny zostać uwzględnione w kalkulacji ZKGO. Reasumując przedstawioną argumentację podał, że zamawiający wezwał ZKGO do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zaznaczając w wezwaniu, że wykonawca powinien przedstawić składowe elementy oferty. ZKGO przedstawił ogólnikowe wyjaśnienia wraz z kalkulacją ceny ofertowej. W kalkulacji zabrakło wszystkich pozycji składających się na cenę ofertową za oferowane usługi. ZKGO w odpowiedzi na ponowne wezwanie złożył kalkulację uzupełnioną o brakujące pozycje, pomimo że powinny one znaleźć się w pierwotnie przedstawionych wyjaśnieniach. Takie postępowanie zamawiającego w zakresie oceny oferty ZKGO świadczy o naruszeniu przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i 1a, a także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp wskazał, że ZKGO zaniechał przedstawienia rzeczowych i kompletnych wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny pomimo wyraźnego wezwania ze strony zamawiającego do przedstawienia składowych elementów oferty. Już tylko ta okoliczność (tj. pominięcie dwóch pozycji kosztów sprzętowych i pracowniczych) obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty ZKGO. Podkreślił, że wyjaśnienia ZKGO z dnia 7 stycznia 2021 r. i z dnia 22 stycznia 2021 r. są ze sobą sprzeczne w zakresie stawki pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. W kalkulacji dołączonej do wyjaśnień z dnia 7 stycznia 2021 r. ZKGO wskazał jako „szacowane koszty roboczogodziny” dla kierowcy operatora na poziomie 30,00 zł, a dla robotnika gospodarczego na poziomie 22,00 zł. Natomiast w kalkulacji z dnia 22 stycznia 2021 r. ZKGO jako stawkę godzinową dla pracownika wskazuje kwotę 40,31 zł.

Taki stan rzecz świadczy po pierwsze o tym, że ZKGO nierzetelnie wyjaśnia zaoferowaną przez siebie cenę, a po drugie - że powtórne wezwanie wystosowane przez zamawiającego doprowadziło do sytuacji, w której ZKGO, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zmierza do naprawienia uchybień znajdujących się w jego ofercie. Obie powyższe okoliczności powinny skutkować dla ZKGO odrzuceniem jego oferty. Za argumentem o nierzetelnym wyjaśnieniu ceny ofertowej ZKGO przemawia także okoliczność, że suma cen jednostkowych wskazanych w pierwotnej kalkulacji z dnia 7 stycznia 2021 r. nie stanowiła równowartości kwoty 62.721,23 zł (tj. kosztu jednorazowego koszenia wskazanego przez ZKGO). Oznacza to, że ZKGO pewne pozycje w swojej kalkulacji pominął, a zatem wyjaśniał nierzetelnie, nieprecyzyjnie, w sposób nie pozwalający przyjąć zamawiającemu, że cena ofertowa ZKGO nie jest ceną rażąco niską. ZKGO nie uwzględnił w swoich wyjaśnieniach zatem także w swojej cenie ofertowej! kosztów unieszkodliwienia odpadów. Zgodnie z działem II ust. 9 załącznika 4c do SIWZ (opisem przedmiotu zamówienia), „Koszenie obejmuje również wykaszanie trawy z żywopłotów, zagrabienie trawy, usunięcie zanieczyszczeń, samosiewów drzew i krzewów i innych gatunków roślin oraz postępowanie z zanieczyszczeniami i odpadami (biomasą) zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.” Powyższy zapis oznacza, że wykonawcy powinni uwzględnić, oprócz kosztów samego koszenia, także koszty związane z utylizacją pokosu. Koszt unieszkodliwiania pokosu to minimum 15% wartości zamówienia (co w przypadku oferty ZKGO daje kwotę 35.313,00 zł netto), jednakże ZKGO zupełnie nie wykazuje, że uwzględnił w cenie koszty związane z utylizacją.

Reasumując podał, że ZKGO nie uwzględnił w swojej cenie ofertowej lub zaniżył wartość następujących kosztów:

- 1) koszty unieszkodliwiania odpadów (pokosu) w wysokości ok. 35.313,00 zł netto,
- 2) koszty użytkowania samochodów w wysokości ok. 3.481,05 zł netto,
- 3) koszty zmiatania ulic w kwocie ok. 10.000,00 zł netto,
- 4) koszty ciągników w kwocie ok. 35.371,78 zł netto,
- 5) koszty operatorów ciągników w kwocie ok. 45.121,40 zł netto, łącznie: 129.287,23 zł netto.

Mając na uwadze powyższe stwierdził, iż nie sposób jest uznać, że oferta ZKGO nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca ZKGO po pierwsze zaniechał rzetelnego wyjaśnienia zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej, a po drugie - niewątpliwie zaniżył lub nie ujął pewnych kosztów realizacji zamówienia. Takie postępowanie stanowi o tym, że oferta ZKGO stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o nieuczciwej konkurencji, co powoduje, że oferta wykonawcy ZKGO powinna zostać odrzucona.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że w zadaniu nr 3 postępowania oferty złożyło

trzech wykonawców. Oferty odwołującego oraz przystępującego przedstawiały taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, toteż zamawiający wezwał wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. Ofertę dodatkową złożył tylko przystępujący. Po dokonaniu wstępnego merytorycznego badania złożonej oferty na „Utrzymanie zieleni w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w 2021 r., zadanie nr 3 (nr TZUK 271.21.2020) Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. pismem z dnia 22 grudnia 2020 r. wezwał przystępującego - Zakład Komunalny Gminy Oświęcim sp. z o.o. w Brzezince do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów celem wyliczenia ceny, czy cena zaproponowana przez przystępującego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. W piśmie datowanym na 22 grudnia 2020 r. zamawiający oświadczył, że powziął wątpliwość co do tego czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej z uwagi na fakt, że jest ona niższa o 35% od wartości zamówienia powiększonego o podatek od towarów i usług. Z tych też względów u zamawiającego zaistniała wątpliwość co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w postępowaniu. Pismem datowanym na dzień 23 grudnia 2020 r. wykonawca oświadczył, że nie zachodzi w niniejszej sprawie sytuacja, o której informował zamawiający, a nadto wskazał, że w jego ocenie zaoferowana przez niego cena na ofertę dodatkową dla zadania nr 3 jest niższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego o 8.859,04 zł, co stanowi w jego ocenie 3,4 %, a nie jak wskazuje Zamawiający 35 %.

W odpowiedzi z dnia 28 grudnia 2020 r. zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp do obliczeń została przyjęta szacunkowa wartość zamówienia, a nie jak wskazuje wykonawca kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 7 stycznia 2021 r. przystępujący złożył wyjaśnienia oświadczając, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W dalszej części przystępujący wyjaśnił, że koszty wyszczególnionych usług zawartych w kosztorysach ofertowych (podstawowy oraz opcjonalny) skalkulowane zostały przy użyciu stawki za roboczogodzinę na poziomie 18,30 zł. W zakresie wartości kosztów pracy przyjętej do ustalenia ceny oferty pozwala na zachowanie wyższego od minimalnego wynagrodzenia dla pracowników. Na dowód powyższego wykonawca załączył do wyjaśnień zanonimizowane umowy o pracę osób przewidzianych do wykonania czynności bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca wskazał także, że znaczący wpływ na cenę oferty ma odległość siedziby Spółki od miejsca realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca wskazał, że zamierza wynająć w bliskim sąsiedztwie obszaru realizacji zadania, obszar tymczasowego składowania sprzętu, co w jego ocenie przekłada się na oszczędności wynikające m.in. z czasu dojazdu pracowników i sprzętu na miejsce pracy oraz zużycie paliwa. Zaznaczono także, że Spółka dysponuje własnym potencjałem sprzętowym, co pozwala na niższe koszty usługi. Kolejnym czynnikiem mającym, zdaniem przystępującego wpływ na obniżenie ceny

jest doświadczenie personelu roboczego oraz trwający obecnie na rynku pracy kryzys związany z COVID-19, który zmusił przedsiębiorców do znacznego obniżenia kwoty zysku, aby utrzymać ciągłość pracy dla firm. Do wyjaśnień dołączone zostały dowody na okoliczność kosztów pracy (forma tabelki) oraz dowody na okoliczność wysokości ceny i realizacji innych zamówień (forma referencji).

W odpowiedzi na wyjaśnienia wykonawcy z dnia 7 stycznia 2021 r. zamawiający poprosił o wyjaśnienie kwestii dotyczącej matematycznego wyliczenia wskazanego w kosztorysie do zadania nr 3 poprzez dokładne wskazanie sposobu przyjętej przez wykonawcę kalkulacji. Ponadto zamawiający poprosił o wyjaśnienie podanej w tabelce kwoty za trzy koszenia - 188.163,69 zł, przy czym wartość oferty dodatkowej za zamówienie podstawowe to 169.504,04 zł, a wartość zamówienia opcjonalnego to 84.751,93 zł. W piśmie datowanym na dzień 22.01.2021 r. wykonawca zamieścił skorygowany kosztorys. Zamawiający uznał złożone przez wykonawcę wyjaśnienia za wyczerpujące i przekonujące. Na tej podstawie dokonał wyboru oferty wykonawcy na realizację zamówienia publicznego „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w 2021 r., zadanie nr 3 (nr TZUK 271.21.2020).

Zamawiający podkreślił, że nie można zgodzić się z odwołującym co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dwukrotne (tj. w dniu 22 grudnia 2020 r. oraz w dniu 18 stycznia 2021 r.) wezwanie przystępującego do przedstawienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W świetle art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w każdym przypadku, gdy poweźmie wątpliwość co do zaoferowanej ceny przez wykonawcę lub kosztu, a także istotnej części składowej ceny tj. w każdym przypadku, gdy zachodzi podejrzenie, że cena zaoferowana przez wykonawcę nosi znamiona ceny rażąco niskiej, zobowiązany jest do zwrócenia się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Podał, że przepisy Pzp nie regulują kwestii dotyczącej, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niemniej jednak co do zasady brak jest wyraźnego zakazu zwracania się kilkakrotnego przez zamawiającego. Za uzasadnione przyjmuje się powtórne zwrócenie się przez zamawiającego o złożenie wyjaśnień w sytuacji, gdy zajdzie konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej przyjąć należy, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia (wyr. KIO z 9.5.2019 r., KIO 728/19, Legalis).

W ocenie zamawiającego w przedmiotowej sprawie podane przez przystępującego dane w wyjaśnieniach z dnia 7 stycznia 2021 r. budziły dalsze wątpliwości, które wymagały wyjaśnienia. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji. Już pierwsze wyjaśnienia złożone przez przystępującego były dla zamawiającego przekonywujące bowiem przystępujący opisał w nich wszystkie czynniki mające wpływ na przygotowaną przez niego kalkulację ceny. Matematyczną niespójność wynikającą z tabeli dołączonej do tych wyjaśnień zamawiający potraktował jako oczywista omyłkę rachunkową która jednak w jego ocenie wymagała wyjaśnień ze strony przystępującego. Z tych też względów zamawiający stoi na stanowisku, że ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, w ograniczonym zakresie wskazanym przez zamawiającego nie stało w sprzeczności z ustawą i było uzasadnione okolicznościami sprawy.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu podał, że można zgodzić się z zarzutem odwołującego w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy zawierającej w opinii odwołującego rażąco niską cenę.

Stosownie od treści art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem zaoferowanej przez Wykonawcę ceny lub kosztu, lub też ich istotnych części składowych, zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie budzącym wątpliwości. Analizując treść wyjaśnień przystępującego wskazał, że pismem z dnia 7 stycznia 2021 r. oraz 22 stycznia 2021 r. wykonawca złożył wyjaśnienia oświadczając, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W dalszej części wykonawca wyjaśnił, że koszty wyszczególnionych usług zawartych w kosztorysach ofertowych (podstawowy oraz opcjonalny) skalkulowane zostały przy użyciu stawki za roboczogodzinę na poziomie 18,30 zł. W zakresie wartości kosztów pracy przyjętej do ustalenia ceny oferty pozwala na zachowanie wyższego od minimalnego wynagrodzenia dla pracowników. Na dowód powyższego wykonawca załączył do wyjaśnień zanonimizowane umowy o prace osób przewidzianych do wykonania czynności bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca wskazał także, że znaczący wpływ na cenę oferty ma odległość siedziby Spółki od miejsca realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, wykonawca poinformował, że zamierza wynająć w bliskim sąsiedztwie obszaru realizacji zadania, tymczasową bazę sprzętową co jego ocenie przekłada się na oszczędności wynikające m.in. z czasu dojazdu pracowników i sprzętu na miejsce pracy oraz zużycie paliwa. Zaznaczono także, że spółka dysponuje własnym potencjałem sprzętowym, co pozwala na niższe koszty usługi. Kolejnym czynnikiem mającym, zdaniem Wykonawcy wpływ na obniżenie było doświadczenie personelu roboczego oraz trwający obecnie na rynku pracy kryzys związany z COVID-19, który zmusił przedsiębiorców do znacznego obniżenia kwoty zysku aby utrzymać ciągłość pracy dla firm.

Reasumując swoje stanowisko oświadczył, że jego zdaniem wyjaśnienia przystępującego i załączone przez niego dowody były przekonujące i pozwalają przyjąć, że przystępujący jest w stanie wykonać zadanie za zaoferowaną przez niego cenę w terminie oraz prawidłowo.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zadaniu 3, jednakże jego pełnomocnik nie stawiał się na rozprawę w KIO, celem wykazania, iż złożone wyjaśnienia wskazują na rynkowość zaoferowanej ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie jest zasadne.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego, w szczególności SIWZ z załącznikami, a także stanowiska stron i wyjaśnienia przystępującego przedstawione w ramach badania i oceny ofert przez zamawiającego.

Nadto wskazać należy, iż osią sporu w przedmiotowym postępowaniu jest kwestia, czy złożona przez przystępującego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz czy zamawiający ma prawo wzywać więcej niż jeden raz wykonawcę do wyjaśnienia podstaw kalkulacji ceny oferty.

Odnosząc się do zarzutu dwukrotnego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień podstaw skalkulowania ceny ofertowej Izba uznaje, że z samego powodu, iż zamawiający wezwał dwukrotnie wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty brak jest podstaw do uznania „z góry” iż taka czynność jest niedopuszczalna i ten fakt winien skutkować odrzuceniem oferty, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie.

Zasadą jest, że dla zachowania takich samych szans wykonawców na uzyskanie zamówienia, zamawiający może wzywać wykonawcę tylko raz, czy to do wyjaśnienia treści oferty, jej ceny, czy też do uzupełnienia jej treści. W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie Sądu Okręgowego SO w Warszawie z dnia 7 października 2020 Sygn. akt XXIII Ga 1131/20, gdzie sąd potwierdził, że „wezwanie wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny co do reguły jest wezwaniem

jednokrotnym. Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest zaś dopuszczalne w sytuacji, w której wykonawca złożył już wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 Pzp, jednak w dalszym ciągu pozostają jeszcze jakieś kwestie wymagające bardziej szczegółowego wyjaśnienia”.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wezwał po raz drugi wykonawcę w szczególności z powodu, że wskazane w tabeli ceny rodzajowe nie sumowały się z wartością podaną w pozycji „razem”. Zamawiający słusznie wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, gdyż wątpliwości budziła kwestia, czy dopuszczono się błędu matematycznego w sumowaniu pozycji, czy też wskazana suma kosztów jest prawidłowa bo brakuje pozycji kosztowych dopełniających wynik sumowania. Gdyby miał miejsce pierwszy z ww. przypadków, to zamawiający mógłby niewątpliwie dokonać poprawy wyniku zliczenia podanych pozycji kosztów w trybie poprawy omyłek. Natomiast w przedmiotowej sytuacji problem jest zupełnie inny, gdyż przystępujący w tabeli nie podał dwóch pozycji kosztowych, tj. kosztów sprzętu i kosztów pracowniczych, a tym samym dokonał korekty w tabeli mającej wskazywać na prawidłowe skalkulowanie kosztów za jedno koszenie. W kalkulacji zabrakło wszystkich pozycji składających się na cenę ofertową za oferowane usługi tj. kwot o koszty sprzętowe 14,592.80 zł oraz koszty pracownicze 30,088.78 zł.

Zamawiający oceniając powyższe stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że „w piśmie datowanym na dzień 22.01.2021 r. wykonawca zamieścił skorygowany kosztorys”. To spowodowało, że zamawiający uznał złożone przez wykonawcę wyjaśnienia za wyczerpujące i przekonujące. Tym samym zamawiający ocenił wyjaśnienia przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny w oparciu o drugie wyjaśnienia, zawierające skorygowaną tabelę o ww. koszty.

Izba zwraca uwagę, że takie działanie zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisach Pzp. Otóż zarówno przepis art. 90 ust.1, ust 1a pkt 1, art. 87 ust.1 Pzp daje zamawiającemu prawo o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, które podlegają ocenie zamawiającego. Natomiast brak jest podstaw prawnych do uznawania takich wyjaśnień, które wyjaśnieniami nie są, ale stanowią uzupełnienie treści złożonych już wyjaśnień. Możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ceny budzących wątpliwości, istnieje tylko i wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. merytoryczne. Tymczasem wyjaśnienia skarżącego złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnień ceny niewątpliwie takie nie było

Izba stwierdza, że za wyjaśnianie rażąco niskiej nie można utożsamiać z uzupełnianiem treści tych wyjaśnień, w odpowiedzi na kolejne wezwania zamawiającego. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia w zakresie ceny oferty prowadzą do nadania jej zapisom z wcześniejszych wyjaśnień nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją treści

wyjaśnień, a nie ich uszczegółowieniem. Wyjaśnić można tylko to co w ofercie, czy złożonych na wezwanie zamawiającego informacjach, już istnieje. Natomiast każde wprowadzenie nowej treści jest uzupełnieniem treści wyjaśnień, a nie wyjaśnieniem kwestii wątpliwych dla zamawiającego.

W przedmiotowej sytuacji, zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi na drugie wezwanie przystępującego, w których ujawniły się inne koszty niż podane w pierwszych wyjaśnieniach, powinien był nie uznać takich wyjaśnień, gdyż jak sam stwierdza - „wykonawca zamieścił skorygowany kosztorys”, a więc zostały zawarte nowe treści. Tym samym oferta winna była zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 90 ust.3 Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty, której cena jest rażąco niska, Izba uznaje zasadność zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny oferty przystępującego. Na wstępie wskazać należy, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie są rzetelne, nie są szczegółowe jak i kompletne tj. takie, które zawierają wyjaśnienie wszystkich elementów składających się na zaoferowaną cenę. Wiele pozycji kosztowych mogących mieć istotny wpływ na ustalenie prawidłowej kalkulacji ceny budzi wątpliwości co do prawidłowego ich skalkulowania, bądź ich wpływu na cenę oferty. Niewątpliwym jest, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty powinien przygotować je z najwyższą starannością. Natomiast zamawiający bezrefleksyjnie przyjmuje za wykazane pewne okoliczności podane w wyjaśnieniach, jako te o których mowa w art. 90 ust.1 pkt 1 Pzp, a mianowicie szczególnych, sprzyjających wykonawcy okoliczności, pozwalających na sporządzenie konkurencyjnej cenowo oferty. Jako jedną z takich okoliczności, przystępujący w złożonych wyjaśnieniach podał, że „zamierza wynająć w bliskim sąsiedztwie obszaru realizacji zadania, obszar tymczasowego składowania sprzętu”, a to miało przekładać się na oszczędności wynikające m.in. z czasu dojazdu pracowników i sprzętu na miejsce pracy oraz zużycie paliwa. Oprócz takiego hipotetycznego stwierdzenia, brak jest jakiegokolwiek uprawdopodobnienia tej kwestii, tzn. gdzie miałyby znajdować się ta baza(np. umowa przedwstępna), jaki byłby czynsz najmu. Także winny być podane wyliczone oszczędności, jakie z tego tytułu uzyska przystępujący. Wykonawca winien zgodnie z ustawowym obowiązkiem wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że wykazać, oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla "wykazania" z reguły nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca musi więc nie tylko wyjaśnić, ale też udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić prawidłowość wysokości kosztów skalkulowanych w cenie oferty (podobnie wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r. (KIO 637/15). Podobna sytuacja dotyczy także braku wyjaśnienia podstaw przyjęcia kosztów unieszkodliwienia odpadów, realnego rzekomego wpływu epidemii COVID – 19 na koszty pracy, kosztów pracy sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, itp.

Powyższe zdaniem Izby jednoznacznie wskazuje, że ze złożonych wyjaśnień nie sposób przyjąć, iż za zaoferowaną cenę jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia. Podkreślić należy, że na etapie badania i oceny ofert ciężar dowodowy w tym zakresie obciążą wezwanego wykonawcę.

W związku z faktem, że zamawiający nie uzyskał pozytywnego rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania, to Izba obciążyła zamawiającego całością kosztów postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

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. poz. 2019 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.

Przewodniczący