

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę **BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k. w Nowym Chechle**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach**

przy udziale wykonawcy **Z. F., prowadzącego w Tychach działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, Z. F.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Z. F., prowadzącego w Tychach działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, Z. F. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania przez wykonawcę, że cena oferty nie jest rażąco niska,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k. w Nowym Chechle tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Gminy Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach na rzecz wykonawcy BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k. w Nowym**

Cechle kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK w Tychach w 2022 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 października 2021 r., nr 2021/S 199-519540.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu, w zakresie zadania nr 1, w dniu 11 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k. w Nowym Chechle, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez wielokrotne wzywianie wykonawcy Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych (dalej: „Eko-ogród” lub „przystępujący”) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny lub kosztu, w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji w której pierwsze z kolei wyjaśnienia wykonawcy Eko-ogród, złożone na skutek wezwania z dnia 22 listopada 2021 r. wystosowanego przez Zamawiającego, były lakoniczne, nierzetelne, nie wyjaśniały kompleksowo składników ceny ofertowej wykonawcy i dawały podstawy do przyjęcia, że cena zaoferowana przez Eko-ogród była ceną rażąco niską skutkującą koniecznością odrzucenia oferty Eko-ogrodu – co czyniło wezwania wystosowane przez Zamawiającego za bezpodstawne;

2) art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eko-ogród w sytuacji, w której wyjaśnienia wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani kosztu, a co za tym idzie – oferta wykonawcy Eko-ogród podlega odrzuceniu jako zawierająca niską cenę lub koszt.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie, w ramach zadania 1 postępowania, czynności wyboru oferty wykonawcy Eko-ogród jako oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty wykonawcy Eko-ogród,

- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty,
- 4) wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się uchybienia art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 3 oraz ust. 6 Pzp, poprzez wielokrotne, bezpodstawne wzywanie wykonawcy Eko-ogród do składania wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny, w sytuacji, w której Eko-ogród nie wyjaśnił (już po pierwszym wezwaniu z dnia 22 listopada 2021 r.) kompleksowo i rzetelnie zaoferowanej ceny i kosztu, w związku z czym nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Zdaniem odwołującego. świadczą o tym poniższe okoliczności faktyczne.

Odwołujący wskazał, że 22 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Eko-ogród, w trybie art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 3 Pzp do złożenia pisemnych wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia socjalnego. Oprócz powyższego, Zamawiający zażądał szczegółowych wyjaśnień w stosunku do kosztorysu ofertowego w odniesieniu do następujących pozycji kosztorysu ofertowego Eko-ogrodu:

- 1) nr 1 - powierzchniowe oczyszczenie terenu, utrzymanie terenów w czystości;
- 2) nr 2 - oczyszczanie terenów z psich odchodów, w miesiącach IV-X;
- 3) nr 4 - wywóz i utylizacja uszkodzonych betonowych koszy na śmieci;
- 4) nr 7 - porządkowaniem terenów po imprezach masowych;
- 5) nr 13 - zamiatanie alejek parkowych, chodników i placyków wybrukowanych; w miesiącach IV-X;
- 6) nr 14 - bieżące oczyszczanie powierzchni alejek, chodników i placyków wybrukowanych z darni, traw i chwastów (V-IX).

Odwołujący wskazał, że 11 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Eko-ogród, w trybie art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 3 Pzp do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Jak wskazał w wezwaniu Zamawiający: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.11.2019 r. dokonał w terminie wskazanym wezwaniem pisemnych wyjaśnień w dniu 29.11.2021 r. (data wpływu w dniu 29.11.2021 r.). Jednakże w ocenie Zamawiającego wyjaśnieniu podlegają dodatkowo:

- 1) w pkt 5) ppkt b) wyjaśnień Wykonawcy została wskazana „utilizacja 1 szt. kosza: 106,00 zł (cennik w załączeniu)” - jednakże w załącznikach Zamawiający nie doszukał się potwierdzenia wskazanej kwoty;

2) w pkt 8) ppkt a) wyjaśnień Wykonawcy został wskazany koszt „robocizny” ze wskazaniem ilości godzin, tj. 110, przy czym po przemnożeniu przez podaną kwotę 22,02 zł Zamawiający nie uzyskał kwoty 2444,22 zł. Ponadto ilość godzin wskazana w przedmiotowym ppkt różni się od ilości godzin wskazanych w pkt 8) ppkt b) wyjaśnień;

3) w wykazie załączników (dowodów) został wskazany „koszt wypożyczenia busa” - jednakże w treści wyjaśnień Wykonawcy Zamawiający nie doszukał się przywołania tych kosztów.”.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Eko-ogród udzielił odpowiedzi. W szczególności, w odpowiedzi na pytanie nr 3 (koszt wypożyczenia busa) Eko-ogród wskazał: „Koszt wypożyczenia busa został ujęty w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r.”

Następnie odwołujący argumentował, że wyjaśnienia Eko-ogrodu okazały się – z punktu widzenia Zamawiającego – niewystarczające, toteż Zamawiający, w dniu 24 marca 2022 r. po raz kolejny wezwał Eko-ogród do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający sformułował wezwanie w następujący sposób: „[...] Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie w zakresie „kosztów wypożyczenia busa”, które zostały ujęte zgodnie z Państwa wyjaśnieniami, w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r. - proszę o dokładne wskazanie wyliczeń w tym zakresie z rozbiciem na koszty związane z ww. pojazdem oraz pojazdem elektrycznym, o których mowa w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r.”

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 29 marca 2022 r. Eko-ogród udzielił następującej odpowiedzi: „W wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r. Wykonawca wskazał, iż koszt samochodu wynosi $2h \times 20,00 \text{ zł/h}$, co daje wartość 40,00 zł. Jednocześnie, Wykonawca wskazał, że do prac używany będzie naprzemiennie z w/w samochodem samochód elektryczny z kiprem nie przekraczający 3,5 t. Pobór prądu podczas ładowania $2000 \text{ vat} \times 3,5h = 7500\text{vat}$ - $7,5\text{KW} \times 0,83 \text{ zł/KW} = 6,23 \text{ zł/100 km}$. Firma posiada stacje ładowania i zamontowaną fotowoltaikę. Użycie samochodu elektrycznego diametralnie zmniejsza koszt wykonania tego zadania. Mając powyższe na uwadze, Wykonawca w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego wyjaśnia:

- koszt wypożyczenie busa wraz z kierowcą to 300,00 zł brutto na dobę. Oznacza to, że koszt 2h korzystania z busa ($300/12$) to 25,00 zł.
- koszt paliwa LPG to 3,36 zł za 1 l. zgodnie z ceną z dnia 10.11.2021 r.
- objazd (ilość km do pokonania) to ok. 53 km, co daje łączną wartość ok 14,25 zł.
- w efekcie, praca busem przez 2h wynosi sumę kosztów busa (25,00 zł) i kosztów paliwa LPG (14,25 zł), czyli 39,25 zł – w zaokrągleniu 40,00 zł.

Oprócz możliwości korzystania z wyżej wskazanego busa, Wykonawca ma w dyspozycji samochód elektryczny z kiprem. Koszt użytkowania takiego pojazdu jest zdecydowanie niższy, na co wskazywaliśmy już w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r., gdyż pobór prądu podczas ładowania wynosi $2000 \text{ vat} \times 3,5\text{h} = 7500\text{vat}$ $-7,5\text{KW} \times 0,83 \text{ zł/KW} = 6,23 \text{ zł/100 km}$. Samochodem tym jeździ właściciel firmy (p. Z. F.).

Biorąc pod uwagę wymienne korzystanie z wypożyczonego busa wraz z kierowcą oraz własnego pojazdu elektrycznego kierowanego przez właściciela Wykonawcy, nawet koszt 40,00 zł jest wskazany nad wyraz, gdyż koszty wykorzystania własnego pojazdu elektrycznego są zdecydowanie niższe niż koszty wykorzystania wynajmowanego busa i sumarycznie wpływają na obniżenie całego kosztu korzystania z pojazdu niezbędnego do wykonania przedmiotu umowy. Do powyższych wyjaśnień dowody zostały złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 29.11.2021 r. Dodatkowo wykonawca dołącza dowód świadczący o kosztach paliwa LPG wskazanych w niniejszych wyjaśnieniach.”

Następnie odwołujący wskazał, że powyższe wyjaśnienia ponownie okazały się niewystarczające dla Zamawiającego, toteż w dniu 30 marca 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał Eko-ogród do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający sformułował swoje wezwanie w następujący sposób: „[...] Zamawiający zwraca się o doprecyzowanie, w tym złożenie dowodów w zakresie kosztów przedstawionych przez Państwa w wyjaśnieniach w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r. oraz z dnia 29 marca 2022 r. dotyczących pojazdu elektrycznego oraz wypożyczonego pojazdu - busa. W wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2022 r. zostały faktycznie rozpisane koszty dot. ww. busa jednakże nie zostały wskazane koszty pojazdu elektrycznego, które wraz z kosztami poniesionymi na rzecz busa stanowiłyby sumę kosztów wskazanych w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r. czy sumę kosztów wskazanych w wyjaśnieniach RNC z dnia 29 marca 2022 r. Jedyne dane jakie Zamawiający otrzymał to pobór prądu podczas ładowania, które nie składają się na ww. sumę kosztów pojazdów - wobec powyższego Zamawiający ostatecznie wzywa Wykonawcę o wyszczególnienie kosztów dotyczących pojazdów wraz z dostarczeniem dowodu rejestracyjnego pojazdu wykazanego w załączniku do wyjaśnień z dnia 29 listopada 2021 r., tj. wypożyczonego busa.”.

Następnie odwołujący wskazał, że pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. Eko-ogród odniósł się do wezwania Zamawiającego – w następujący sposób: „Wykonawca wskazuje, że składane uprzednio wyjaśnienia w sposób precyzyjny określały koszty użycia samochodu. Po raz kolejny wskazujemy, że: do prac używany będzie naprzemiennie z wypożyczonym busem, samochód elektryczny z kiprem nie przekraczający 3,5 t. Pobór prądu podczas ładowania $2000 \text{ vat} \times 3,5\text{h} = 7500\text{vat}$ $-7,5\text{KW} \times 0,83 \text{ zł/KW} = 6,23 \text{ zł/100 km}$. Firma posiada stacje ładowania i zamontowaną fotowoltaikę. Użycie samochodu elektrycznego diametralnie zmniejsza koszt wykonania tego zadania. W wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2022 r.,

*jednoznacznie wskazaliśmy koszty użycia wypożyczonego busa i nie są one kwestionowane przez Zamawiającego. Oznacza to, że już samym busem można wykonać przedmiot umowy w cenie wskazanej w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r. Jednocześnie w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r. i kolejnych wyjaśnieniach wskazaliśmy na to, że samochód elektryczny będzie wykorzystywany **NAPRZEMIENNIE**, co oznacza, że może ona zastępować wypożyczanego busa. Koszt samochodu elektrycznego, którego właścicielem, jest wykonawca, który sam będzie nim jeździł oraz koszty związane z energią elektryczną (wskazane w wyjaśnieniach) powodują, iż samochód elektryczny jest tańszy niż wypożyczony bus. Skoro Wykonawca będzie tych dwóch pojazdów używał **NAPRZEMIENNIE, CZYLI NA ZMIANĘ, NIE JEDNOCZEŚNIE, RAZ JEDEN, RAZ DRUGI**, oznacza to, że korzystnie naprzemienne samo w sobie wyklucza możliwość korzystania z obu pojazdów jednocześnie. W związku z tym, koszty naprzemiennego użytkowania obu pojazdów nigdy nie przekroczą kwoty wskazanej w uprzednio złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Ponadto Wykonawca wskazuje, że żądanie złożenia dowodu rejestracyjnego pojazdu, jako potwierdzenia prawidłowej kalkulacji ceny oferty jest pozbawione jakiegokolwiek podstawy prawnej, narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz stoi w sprzeczności z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie publicznego. Artykuł 224 ustawy Prawo zamówień publicznych służy do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w zaoferowanej cenie. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu wyjaśnienia Wykonawcy powinny być poparte dowodami w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Niemniej jednak, w żadnym miejscu ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ustanowiono zamkniętego czy chociażby przykładowego katalogu oświadczeń lub dokumentów, które mogą stanowić dowody. Byłoby to niecelowe i zbyteczne ponieważ wyłącznie Wykonawcy mają wiedzę jakie czynniki cenotwórcze, okoliczności, rozwiązania czy warunki pozwoliły na zaoferowanie wykonania zamówienia za daną cenę. Załączony do wyjaśnień koszt wynajmu busa (oferta) stanowi dowód na wykazanie wysokości kosztów wynajęcia pojazdu przyjęty do kalkulacji ceny oferty, a nie wskazanie konkretnego pojazdu. w dokumentach zamówienia, zamawiający nie wymagał wskazania jakiegokolwiek pojazdu poprzez np. wskazanie jego marki czy innych oznaczeń precyzujących pojazdy, którymi będzie realizowana usługa. Również wykonując dyspozycję wynikającą z art. 224 ust. 4 Pzp, Zamawiający nie ma możliwości narzucenia Wykonawcy formy wyjaśnień i dowodów, a wyłącznie jest zobowiązany zażądać wyjaśnień w zakresie co najmniej: zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym*

wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Innymi słowy, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, wyłącznie Wykonawca ma możliwość swobodnego doboru i przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, a Zamawiający nie może niczego w tym zakresie narzucać Wykonawcy. Ponadto wymaga podkreślenia, że w żadnym postanowieniu dokumentów zamówienia, opublikowanych na stronie internetowej prowadzonego postępowania, nie wprowadzono wymogu w tym zakresie (obowiązek przedłożenia dowodu rejestracyjnego pojazdu, przy pomocy którego realizowane będzie zamówienie). Przeciwnie, zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający nie żądał złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych, a co równie istotne nie postawił nawet warunku udziału dotyczącego dysponowania określonymi pojazdami. Niemniej jednak, nawet w sytuacji, w której Zamawiający zamierzałby weryfikować spełnienie warunku udziału dotyczącego potencjału technicznego (czego nie przewidują dokumenty zamówienia), nie sposób uznać za prawidłowe żądanie jako podmiotowego środka dowodowego dowodu rejestracyjnego pojazdu przy pomocy którego realizowane będzie zamówienie. W takiej sytuacji, Zamawiający byłby bowiem związany postanowieniami Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które w zakresie takiego warunku udziału, pozwala żądać wyłącznie wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Tym samym, żądanie złożenia dowodu rejestracyjnego pojazdu, przy pomocy którego realizowane będzie zamówienie, bez uprzedniego wymogu w tym zakresie w dokumentach zamówienia oraz wyłącznie od jednego Wykonawcy, narusza art. 224 Pzp oraz stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wszelkie dowody w zakresie jak powyżej są już w dyspozycji Zamawiającego.”.

Zdaniem odwołującego, już po pierwszych wyjaśnieniach Eko-ogrodu z dnia 29 listopada 2021 r. zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Eko-ogrodu z uwagi na brak dokładnych wyjaśnień pozwalających przyjąć, że na ofercie Eko-ogrodu nie ciąży cena rażąco niska. Odwołujący wskazał, że wykaże prawdziwość tego twierdzenia na przykładzie okoliczności, o którą dopytywał Zamawiający – czyli kosztów wykorzystania do realizacji zamówienia samochodu z silnikiem spalinowym i samochodu elektrycznego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający domagał się złożenia „*pisemnych wyjaśnień w tym przedłożenia dowodów*”. Jak dodatkowo zaznaczył w treści wezwania, „*Obowiązkiem Wykonawcy jest zatem przedstawienie zamawiającemu poszczególnych składników oraz wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że Wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę*”.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie (pismo z dnia 29 listopada 2021 r.) wykonawca Eko-ogród bardzo ogólnikowo przedstawił koszty związane z wykorzystaniem samochodu z silnikiem spalinowym oraz samochodu z silnikiem elektrycznym. Wykonawca wskazał, że związane z tym koszty wynoszą 2 x 20 zł/h, koszty pośrednie 541,58 zł oraz zysk 1431,71 zł. Zdaniem odwołującego, nie wiadomo, dlaczego koszt ten wyniósł 20 zł za każdą godzinę, jakie dokładnie wydatki składają się na koszty pośrednie (i dlaczego wykonawca miałby ponieść je w takiej wysokości) ani na czym oparte są twierdzenia co do przewidywanego zysku. Według odwołującego, już tylko powyższe niedoskonałości wyjaśnień przedstawionych przez Eko-ogród dyskwalifikowały wykonawcę z możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił, że powyższe uchybienia zasadnie wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości, toteż w kolejnym wezwaniu RNC z 11 marca 2022 r. Zamawiający poprosił Eko-ogród o przywołanie kosztów „wypożyczenia busa”. W odpowiedzi Eko-ogrodu z dnia 15 marca 2022 r. na w/w wezwanie Eko-ogród lakonicznie wskazał, że „*koszt wypożyczenia busa został ujęty w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r.*”. Zdaniem odwołującego, wykonawca nie uzupełnił ani nie uszczegółowił w żaden sposób zaprezentowanych przez siebie wyjaśnień, a wyłącznie odesłał do ich pierwotnej wersji. Zdaniem odwołującego, z niezrozumiałych powodów powyższe działania nie doprowadziły zamawiającego do wniosku o konieczności odrzucenia oferty Eko-ogrodu. Zamiast tego, Zamawiający w dalszym ciągu usiłował doprecyzować wyjaśnienia wykonawcy w obszarze budzącym wątpliwości, tj. w zakresie kosztów wykorzystania pojazdów (spalinowego oraz elektrycznego). W wezwaniu z dnia 24 marca Zamawiający specjalnie poprosił o „*dokładne wskazanie wyliczeń w tym zakresie z rozbiciem na koszty związane z ww. pojazdem oraz pojazdem elektrycznym [...]*”. Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Eko-ogród po pierwsze nie przedstawił wyjaśnień co do kosztów związanych z użytkowaniem pojazdu elektrycznego, a po drugie – przedstawił rozbieżne koszty związane z użytkowaniem pojazdu spalinowego (tzn. zamieścił informację, która powinna znaleźć się w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r.).

Odwołujący wskazał, że powyższe uchybienie spowodowało reakcję Zamawiającego w postaci kolejnego wezwania (z dnia 30 marca 2022 r.) do przedstawienia kosztów użytkowania pojazdu elektrycznego. W piśmie z dnia 1 kwietnia 2022 r. nie przedstawił tych kosztów, lecz powielił przedstawione wcześniej wyliczenia.

Zdaniem odwołującego, Eko-ogród nie zdołał w ogóle przedstawić kosztów użytkowania samochodu elektrycznego, oraz przedstawił koszty użytkowania samochodu z silnikiem spalinowym dopiero po dwóch wezwaniach wystosowanych przez Zamawiającego. Obie informacje powinny znaleźć się w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r. Według odwołującego ich brak dyskwalifikował wykonawcę z ubiegania się o uzyskanie zamówienia i stał Zamawiającemu na przeszkodzie w generowaniu kolejnych wezwań do złożenia wyjaśnień RNC.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie art. 224 ust. 5 Pzp, w razie przeprowadzenia badania w zakresie rażąco niskiej ceny, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zdaniem odwołującego, z powyższych przepisów wynika obowiązek wykonawcy do przedłożenia rzeczowych, kompletnych, spójnych, rzetelnych i zgodnych z prawdą wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Tak się nie stało, gdyż Eko-ogród nie przedstawił w swoich pierwotnych wyjaśnieniach kosztów użytkowania samochodu spalinowego (busa) oraz pojazdu elektrycznego. To z kolei oznacza, że 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. Według odwołującego uprawnienie Zamawiającego do ponownego wzywiania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca rzetelnie i rzeczowo przedstawia zamawiającemu wyjaśnienia. Zdaniem odwołującego, w niniejszej sprawie tak jednak się nie stało. Zamawiający trzykrotnie wzywał Eko-ogród do złożenia wyjaśnień, pomimo braku jakichkolwiek podstaw do przeprowadzenia tych czynności z uwagi na fakt, że wykonawca przedkładał nierzetelne wyjaśnienia.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Eko-ogród zawiera cenę rażąco niską, nie pozwalającą na pokrycie kosztów realizacji zamówienia przez wykonawcę – o czym miały świadczyć następujące okoliczności.

Odwołujący wskazał, że jak wynikało z kosztorysu ofertowego Eko-ogrodu, wykonawca zaoferował w trzech pozycjach ofertowych następujące ceny jednostkowe:

- 1) wywóz nieczystości stałych pozostałych po imprezach masowych – 590 zł/tonę;
- 2) oczyszczanie terenów ze śmieci wielkogabarytowych – 700 zł/tonę.

Tymczasem jak wynika z cennika zakładu, w którym Eko-ogród ma zamiar zagospodarowywać odpady (cennik był załącznikiem do wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r.), ceny za zagospodarowanie w/w odpadów kształtują się następująco:

- 1) nieczystości stałe po imprezach masowych – 637,20 zł/tonę;
- 2) odpady wielkogabarytowe – 756 zł/tonę.

Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza, że Eko-ogród przy świadczeniu w/w usług Eko-ogród traci:

- 1) przy zagospodarowaniu nieczystości stałych po imprezach masowych – 47,20 zł/tonę;
- 2) przy zagospodarowaniu odpadów wielkogabarytowych – 56 zł/tonę.

Odwołujący wskazał, że strata wynika wyłącznie z kosztów zagospodarowania odpadów przez podmiot trzeci. Jeżeli uwzględni się pozostałe koszty związane ze świadczeniem usługi (których nie zdoła pokryć cena zaoferowana przez Eko-ogród), takie jak transport odpadów, koszty zatrudnienia, zabezpieczenia narzędzi (miotła, grabi, worków), paliwa, to okaże się że strata w odniesieniu do jednej tony odpadów jest jeszcze większa. Powyższe oznacza, że Eko-ogród świadczy usługi za cenę niższą od ponoszonych kosztów, co stanowi o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Eko-ogród w niżej wymienionych pozycjach kosztorysów ofertowych.

Nazwa pozycji kosztorysu ofertowego	Cena ofertowa Eko-ogród	Cena ofertowa Odwołującego
Powierzchniowe oczyszczanie terenu, utrzymanie terenów w czystości	0,15 zł	0,20 zł
Opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków	3,10 zł	3,50 zł

Odwołujący podniósł, że jeśli chodzi o powierzchniowe oczyszczanie terenu, to stawka zaoferowana przez Eko-ogród jest o 25% niższa od stawki zaoferowanej przez niego. Odwołujący wskazał, że jednocześnie, jak wynika z przywołanego wcześniej cennika załączonego przez Eko-ogród, koszty zagospodarowania odpadów, jakie ponosi Eko-ogród są o 60% wyższe od kosztów, jakie ponosi on sam. Ponadto odwołujący wskazał, z uwagi na uzyskiwane rabaty, ponosi koszty paliwa o ok. 2,6% niższe od tych, które ponosi Eko-ogród.

Odwołujący wskazał, że jeśli chodzi o opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków, to stawka zaoferowana przez Eko-ogród jest o 11% niższa od stawki zaoferowanej przez niego. Jednocześnie, jak wynika z przywołanego wcześniej cennika załączonego przez Eko-ogród, koszty zagospodarowania odpadów, jakie ponosi Eko-ogród są o 60% wyższe od kosztów, jakie ponosi on. Ponadto odwołujący wskazał, że z uwagi na uzyskiwane rabaty, ponosi koszty paliwa o ok. 2,6% niższe od tych, które ponosi Eko-ogród.

Powyższe okoliczności miały świadczyć o tym, że Eko-ogród zaoferował w poszczególnych pozycjach kosztorysowych rażąco niskie ceny, w związku z czym zamawiający powinien odrzucić jego ofertę.

Kolejno odwołujący podniósł, że niezrozumiałym jest również na jakiej podstawie w kalkulacji ceny przyjęta została kwota 2800,00 zł brutto za wynagrodzenie za pracę, jeśli zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. minimalne wynagrodzenia za pracę zostało ustalone w wysokości 3010,00 zł brutto od dnia 1 stycznia 2022 r. Niejasne jest również z czego wynika stawka roboczogodziny w wysokości 16,67 zł oraz pozostałe narzuty.

Następnie odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach Eko-ogród informuje, że będzie używał samochodu elektrycznego natomiast przedstawiona oferta w żaden sposób nie przedstawia pojazdu elektrycznego tylko samochód z silnikiem wysokoprężnym. Ponadto odwołujący wskazał, z informacji uzyskanych przez niego wynika, że pojazd, na który powołuje się Eko-ogród został sprzedany, w związku z czym oferta jest nieaktualna. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że uzyskał u lokalnych dealerów samochodów ciężarowych elektrycznych informację, iż przeciętny czas oczekiwania na taki samochód to minimum 6 miesięcy, a cena zakupu to kwota 400.000,00 zł brutto, co nie może być pominięte w kalkulacji ceny ofertowej. W wezwaniu z dnia 22 listopada 2021 r. Zamawiający wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do kosztorysu ofertowego o wyjaśnienie cen w poszczególnych pozycjach, natomiast Wykonawca w swoich wyjaśnieniach w większości pozycji nie odnosi się do cen jednostkowych oraz w żadnej z pozycji nie kalkuluje ryzyka.

Następnie, w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

1) wyjaśnienie ceny w pozycji nr 1 - powierzchniowe oczyszczanie terenu, utrzymanie terenów w czystości:

- a) Wykonawca odnosi się do jednorazowego oczyszczania całej powierzchni terenu, a nie ceny jednostkowej jaką zaoferował w kosztorysie ofertowym,
- b) w wyjaśnieniach nie jest wskazana liczba osób wykonujących pracę tylko „robocizna: 40h”, zatem nie jest wiadomym, czy w tych wyliczeniach ujęta jest np. praca kierowcy, który jest niezbędny do realizacji zamówienia;
- c) nie wiadomo z czego wynika kwota 22,02 zł;
- d) w wyjaśnieniach nie są ujęte koszty zakupu pojazdu;

2) wyjaśnienia ceny w pozycji nr 2 – oczyszczanie terenów z psich odchodów, w miesiącach IV-X:

- a) Wykonawca odnosi się do jednorazowego oczyszczania całej powierzchni terenu, a nie ceny jednostkowej jaką zaoferował w kosztorysie ofertowym;
- b) w wyjaśnieniach nie jest wskazana liczba osób wykonujących pracę; jest tylko stwierdzenie „robocizna: 6,5h”, zatem nie wiadomo, czy w tych wyliczeniach ujęta jest np. praca kierowcy, który jest niezbędny do realizacji zamówienia;

- c) nie wiadomo z czego wynika kwota 22,02 zł;
 - d) błędnie zostało sklasyfikowane unieszkodliwienie odpadów, ponieważ psie odchody powinny być klasyfikowane jako odpady komunalne o kodzie 20 03 01, a koszt przyjęcia takich odpadów przez firmę MASTER to kwota 637,20 zł brutto, a nie 540,00 zł;
 - e) brak kalkulacji kosztów użycia odkurzacza na psie odchody;
- 3) wyjaśnienia ceny w pozycji nr 4 – wywóz i utylizacja uszkodzonych betonowych koszy na śmieci:
- a) w wyjaśnieniach nie jest wskazana liczba osób wykonujących pracę; jest tylko stwierdzenie „robocizna: 2h”, zatem nie wiadomo, czy w tych wyliczeniach ujęta jest np. praca kierowcy, który jest niezbędny;
 - b) nie wiadomo z czego wynika kwota 22,02 zł;
 - c) w kalkulacji nie został ujęty koszt załadunku betonowego kosza na śmieci;
- 5) wyjaśnienia ceny w pozycji nr 7 – porządkowanie terenów po imprezach masowych:
- a) wykonawca odnosi się do jednorazowego oczyszczania całej powierzchni terenu, a nie ceny jednostkowej jaką zaoferował w kosztorysie ofertowym;
 - b) Wykonawca wyjaśnia, że „czas jednokrotnego zmiatania: 2,5 MTH + 50% dodatkowo rezerwa czasu pracy = 4MTH” z naszych wyliczeń $2,5 \text{ MTH} + 50\% = 3,45$;
 - c) wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje poszczególne kwoty: 297,27 zł, 2,56 zł, 6,23 zł, 80,00 zł (24,00 zł + 23,76 zł + 32,24 zł), 63,72 zł, 144,29 zł, 43,89 zł, w żadnym wypadku nie sumuje się to na kwotę 877,96 zł.
- 6) wyjaśnienia ceny w pozycji nr 13 – zmiatanie alejek parkowych chodników i placyków wybrukowanych w miesiącach IV-X:
- a) wykonawca odnosi się do jednorazowego zmiatania całej powierzchni terenu, a nie ceny jednostkowej jaką zaoferował w kosztorysie ofertowym;
 - b) praca operatora powinna być wyliczona z roboczogodzin, a nie MTH;
 - c) w kalkulacji ujęty jest koszt samochodu, a nie są ujęte koszty pracy kierowcy, osób wykonujących pracę;
- 7) wyjaśnienia ceny w pozycji nr 14 – bieżące oczyszczanie powierzchni alejek, chodników i placyków wybrukowanych z darni, traw i chwastów(V-IX):
- a) wykonawca odnosi się do jednorazowego oczyszczania całej powierzchni terenu, a nie ceny jednostkowej jaką zaoferował w kosztorysie ofertowym;
 - b) w wyjaśnieniach nie jest wskazana liczba osób wykonujących pracę, jest tylko stwierdzenie „robocizna: 110”, zatem nie wiadomo czy w tych wyliczeniach ujęta jest np. praca kierowcy, który jest niezbędny;
 - c) nie wiadomo z czego wynika kwota 22,02 zł;
 - d) Eko-ogród wskazuje błędne wyliczenia – przyjmuje, że robocizna wynosi 110h, natomiast paliwo zostało wyliczone dla 111h – świadczy o braku rzetelności wyjaśnień;

- e) Eko-ogród błędnie sklasyfikował unieszkodliwienie odpadów, ponieważ odpady z oczyszczania alejek, chodników i placyków klasyfikowane są jako odpady z czyszczenia ulic i placów (20 03 03), a koszt przyjęcia takich odpadów przez firmę MASTR to kwota 637,20 zł brutto, a nie 540,00 zł (wynikająca z kosztorysu ofertowego);
- f) Wykonawca w wyjaśnieniach nie wskazuje jaki sprzęt będzie używany do wykonywania prac w związku z czym istnieją wątpliwości czy w kalkulacji został ujęty koszt np. wymiany szczotek do urządzenia darniującego;
- 8) odwołujący wskazał, że istnieje wątpliwość, czy Zamawiający przeliczył koszt wynajmu przedstawionego przez Wykonawcę pojazdu. Biorąc pod uwagę krotkość wykonywanych prac w ciągu roku ($156 + 92 = 248$ dni) i koszt wypożyczenia pojazdu, otrzymujemy kwotę 74.400,00 zł, a do realizacji całego zamówienia potrzebne są minimum trzy takie pojazdy – co w ciągu roku daje kwotę – 223.200,00 zł.
- 9) odwołujący wskazał, że wykonawca w wyjaśnieniach powołuje się na koszt pojazdu elektrycznego, nie przedstawiając dokładnej kalkulacji kosztów ani nie przedstawia żadnych dowodów na posiadanie takiego pojazdu bądź też oferty zakupowej. Odnosząc się do kalkulacji wykorzystania pojazdu elektrycznego, Odwołujący przedstawił poniżej własne wyliczenia w zakresie kosztów użytkowania takiego pojazdu.

Odwołujący podniósł, że EKO-OGRÓD w swoich wyjaśnieniach nie wskazał typu i modelu samochodu elektrycznego, typu ładowarki oraz pojemności akumulatora samochodu elektrycznego. W wyjaśnieniach RNC z dnia 29 listopada 2021 r. w punktach 3, 4, 5, 6, 7, 8 Odwołujący wskazał, że dostrzegł podstawowe błędy zarówno w jednostkach miar jak i samych obliczeniach, np. w stwierdzeniu „2000 vat x 3,5h=7500 vat”. Odwołujący wyjaśnił, że prawidłowe działanie matematyczne to $2000 \times 3,5 = 7000$, a oprócz tego powinna być jednostka W (czyli wat, a nie volt), a do tego należy pamiętać, że $W \times h = Wh$.

Odwołujący wskazał także, że podane przez Eko-ogród wartości pozwalają naładować akumulator o pojemności najwyżej 5kWh, a ciężarowy pojazd elektryczny posiada akumulator o minimalnej pojemności 34,5 kWh. W punkcie 8 wyjaśnień Eko-ogród wskazuje, że do wykonywania prac używany będzie samochód elektryczny z „kiprem” przekraczający 3,5 t, natomiast w punktach 3, 4, 5, 6, 7 Eko-ogród powołuje się na „samochód elektryczny z „kiprem” nie przekraczający 3,5 t”. Ile zatem EKO-OGRÓD posiada samochodów elektrycznych do 3,5 t, a ile powyżej 3,5 t wykorzystywanych we wskazanych zadaniach i jakie są ich koszty?

Odwołujący wskazał, że następnie Eko-ogród zaznacza w wyjaśnieniach, że posiadają instalację fotowoltaiczną o mocy 35,15 kW. Odwołujący wyjaśniał, że instalacja fotowoltaiczna o zainstalowanej mocy 35kWp jest w stanie wyprodukować 28 000 kWh/rok. Jest to wartość teoretyczna, przyjmowana przy najlepszym ustawieniu paneli, kąta padania

promieni słonecznych itp. Zakładając, że realnie firma Eko-ogród zużywa ok. 35000 kWh na codzienne funkcjonowanie, tj. szatnie pracownicze, zaplecze socjalne, warsztat, biuro itd. stwierdzić należy, że instalacja fotowoltaiczna nie pokryje kosztów użytkowania samochodu elektrycznego, zabraknie 7000 kWh, czyli 20%.

Przy podanej ładowarce samochodowej o mocy 2,3 kW, czyli przy domowej ładowarce z gniazdka jednofazowego, pojedynczy cykl ładowania samochodu elektrycznego „do pełna” trwa około 15 h. Pozwala nam to obliczyć ładowanie samochodu z takiej ładowarki:

$$2,3 \text{ kW} \times 15 \text{ h} = 34,5 \text{ kWh}$$

Zakładając, że samochód ładujemy 312 dni w roku – otrzymujemy 34,5 kWh x 312 dni daje w ciągu roku 10764 kWh.

$$10764 \text{ kWh} + 7000 \text{ kWh} = 17764 \text{ kWh}$$

Powyższe obliczenia wskazują, że zabraknie 50,75 % energii elektrycznej z fotowoltaiki.

Odwołujący wskazał, że obliczając na koszty przejazdu samochodem elektrycznym na podstawie danych dealerów:

Na przykładzie Renault Master Z.E. 33 wg danych podanych na stronie producenta, zasięg na pełnej baterii to 120 km. Czasy ładowania i koszty:

Stawka 0,83 zł/kWh to stawka przedstawiona przez Eko-ogród.

Ładowarka 1-fazowa 2,3 kW x 15 h = 34,5 kWh; 34,5 kWh x 0,83 zł/kWh = 28,64 zł/120 km, tj. 23,87 zł/100 km.

Ładowarka 3 fazowa 22 kW x 4,5 h = 99 kWh x 0,83 zł/kWh = 82,17 zł/120 km, tj. 68,48 zł/100 km.

Zdaniem odwołującego powyższe wyliczenia różnią się znacząco z obliczeniami firmy Eko-ogród i opierają się na założeniach względniejszych dla Eko-ogrodu, ponieważ stawka prądu to cena za kWh bez opłaty stałej, dystrybucyjnej itd. Podana cena jest ceną netto.

Odnosząc się do wartości całego zamówienia odwołujący podniósł, że zadziwiającym jest fakt, że wykonawca Eko-ogród wyszacował zamawiającemu całość zamówienia na kwotę 1.475.092,21 zł brutto, po czym złożył ofertę na kwotę 699.158,67 zł brutto. Rodzi się pytanie czy szacując chciała świadomie wprowadzić Zamawiającego w błąd, czy złożył ofertę z ceną poniżej kosztów swojej realizacji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie **wykonawca Z. F., prowadzący w Tychach działalność gospodarczą**

pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, Z. F. Złożył pismo procesowe z 22 kwietnia 2022 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), wyjaśnienia treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 22 listopada 2021 r. skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia przystępującego z 29 listopada 2021 r. co do ceny ofertowej, kolejne wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odpowiedzi przystępującego, na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 1 kwietnia 2022 r., załączniki do odwołania, załączniki do pisma procesowego przystępującego z 22 kwietnia 2022 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający*

zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

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

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.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie czystości w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK w Tychach w 2022 r. Postępowanie zostało podzielone na dwa zadania, przy czym odwołanie dotyczy zadania oznaczonego numerem 1.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty w zakresie zadania nr 1:

- 1) odwołującego z ceną 758.938,67 zł brutto,
- 2) przystępującego z ceną 699.158,67 zł brutto,

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 1 kwotę 721.400,00 zł brutto.

(por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono również, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia, w odniesieniu do zadania nr 1 na kwotę 1.002.514,38 zł. Wartość ustalono 30 sierpnia 2021 r. na podstawie odpowiedzi na prośbę o oszacowanie uzyskanej od 2 wykonawców, w tym przystępującego oraz umowy z dotychczasowym wykonawcą z 30.04.2020 r. (por. protokół postępowania, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 22 listopada 2021 r. działając, na podstawie trybie art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 3 Pzp, wezwał przystępującego do złożenia pisemnych wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia socjalnego. Zamawiający zażądał także złożenia szczegółowych wyjaśnień w stosunku do kosztorysu ofertowego w odniesieniu do następujących pozycji kosztorysu ofertowego Eko-ogrodu:

- 1) nr 1 - powierzchniowe oczyszczenie terenu, utrzymanie terenów w czystości;
- 2) nr 2 - oczyszczanie terenów z psich odchodów, w miesiącach IV-X;
- 3) nr 4 - wywóz i utylizacja uszkodzonych betonowych koszy na śmieci;
- 4) nr 7 - porządkowaniem terenów po imprezach masowych;

- 5) nr 13 - zmiatanie alejek parkowych, chodników i placyków wybrukowanych; w miesiącach IV-X;
- 6) nr 14 - bieżące oczyszczanie powierzchni alejek, chodników i placyków wybrukowanych z darni, traw i chwastów (V-IX).

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 29 listopada 2021 r. Część wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa

W dalszej kolejności ustalono, że 11 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Eko-ogród, w trybie art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 3 Pzp do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Jak wskazał w wezwaniu Zamawiający: *„Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.11.2019 r. dokonał w terminie wskazanym wezwaniem pisemnych wyjaśnień w dniu 29.11.2021 r. (data wpływu w dniu 29.11.2021 r.). Jednakże w ocenie Zamawiającego wyjaśnieniu podlegają dodatkowo:*

1) w pkt 5) ppkt b) wyjaśnień Wykonawcy została wskazana „utyliczacja 1 szt. kosza: 106,00 zł (cennik w załączeniu)” - jednakże w załącznikach Zamawiający nie doszukał się potwierdzenia wskazanej kwoty;

2) w pkt 8) ppkt a) wyjaśnień Wykonawcy został wskazany koszt „robocizny” ze wskazaniem ilości godzin, tj. 110, przy czym po przemnożeniu przez podaną kwotę 22,02 zł Zamawiający nie uzyskał kwoty 2444,22 zł. Ponadto ilość godzin wskazana w przedmiotowym ppkt różni się od ilości godzin wskazanych w pkt 8) ppkt b) wyjaśnień;

3) w wykazie załączników (dowodów) został wskazany „koszt wypożyczenia busa” - jednakże w treści wyjaśnień Wykonawcy Zamawiający nie doszukał się przywołania tych kosztów.”

Dalej ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Eko-ogród udzielił odpowiedzi. W szczególności, w odpowiedzi na pytanie nr 3 (koszt wypożyczenia busa) Eko-ogród wskazał: *„Koszt wypożyczenia busa został ujęty w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r.”*

Następnie ustalono, że zamawiający, 24 marca 2022 r. po raz kolejny wezwał Eko-ogród do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający sformułował wezwanie w następujący sposób: *„[...] Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie w zakresie „kosztów wypożyczenia busa”, które zostały ujęte zgodnie z Państwa wyjaśnieniami, w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r. - proszę o dokładne wskazanie wyliczeń w tym zakresie z rozbiem na koszty związane z ww. pojazdem oraz pojazdem elektrycznym, o których mowa w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r.”*

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 29 marca 2022 r. Eko-ogród udzielił następującej odpowiedzi: *„W wyjaśnieniach z dnia*

29 listopada 2021 r. Wykonawca wskazał, iż koszt samochodu wynosi 2h x 20,00 zł/h, co daje wartość 40,00 zł. Jednocześnie, Wykonawca wskazał, że do prac używany będzie naprzemiennie z w/w samochodem samochód elektryczny z kiprem nie przekraczający 3,5 t. Pobór prądu podczas ładowania $2000 \text{ vat} \times 3,5\text{h} = 7500\text{vat} - 7,5\text{KW} \times 0,83 \text{ zł/KW} = 6,23 \text{ zł/100 km}$. Firma posiada stacje ładowania i zamontowaną fotowoltaikę. Użycie samochodu elektrycznego diametralnie zmniejsza koszt wykonania tego zadania. Mając powyższe na uwadze, Wykonawca w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego wyjaśnia:

- koszt wypożyczenie busa wraz z kierowcą to 300,00 zł brutto na dobę. Oznacza to, że koszt 2h korzystania z busa ($300/12$) to 25,00 zł.
- koszt paliwa LPG to 3,36 zł za 1 l. zgodnie z ceną z dnia 10.11.2021 r.
- objazd (ilość km do pokonania) to ok. 53 km, co daje łączną wartość ok 14,25 zł.
- w efekcie, praca busem przez 2h wynosi sumę kosztów busa (25,00 zł) i kosztów paliwa LPG (14,25 zł), czyli 39,25 zł – w zaokrągleniu 40,00 zł.

Oprócz możliwości korzystania z wyżej wskazanego busa, Wykonawca ma w dyspozycji samochód elektryczny z kiprem. Koszt użytkowania takiego pojazdu jest zdecydowanie niższy, na co wskazywaliśmy już w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r., gdyż pobór prądu podczas ładowania wynosi $2000 \text{ vat} \times 3,5\text{h} = 7500\text{vat} - 7,5\text{KW} \times 0,83 \text{ zł/KW} = 6,23 \text{ zł/100 km}$. Samochodem tym jeździ właściciel firmy (p. Z. F.).

Biorąc pod uwagę wymienne korzystanie z wypożyczonego busa wraz z kierowcą oraz własnego pojazdu elektrycznego kierowanego przez właściciela Wykonawcy, nawet koszt 40,00 zł jest wskazany nad wyraz, gdyż koszty wykorzystania własnego pojazdu elektrycznego są zdecydowanie niższe niż koszty wykorzystania wynajmowanego busa i sumarycznie wpływają na obniżenie całego kosztu korzystania z pojazdu niezbędnego do wykonania przedmiotu umowy. Do powyższych wyjaśnień dowody zostały złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 29.11.2021 r. Dodatkowo wykonawca dołącza dowód świadczący o kosztach paliwa LPG wskazanych w niniejszych wyjaśnieniach.”

Następnie ustalono, że 30 marca 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał Eko-ogród do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający sformułował swoje wezwanie w następujący sposób: „[...] Zamawiający zwraca się o doprecyzowanie, w tym złożenie dowodów w zakresie kosztów przedstawionych przez Państwa w wyjaśnieniach w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r. oraz z dnia 29 marca 2022 r. dotyczących pojazdu elektrycznego oraz wypożyczonego pojazdu - busa. W wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2022 r. zostały faktycznie rozpisane koszty dot. ww. busa jednakże nie zostały wskazane koszty pojazdu elektrycznego, które wraz z kosztami poniesionymi na rzecz busa stanowiłyby sumę kosztów wskazanych w poz. 7 wyjaśnień RNC z dnia 29 listopada 2021 r. czy sumę kosztów wskazanych w wyjaśnieniach RNC z dnia 29 marca 2022 r. Jedyne dane

jakie Zamawiający otrzymał to pobór prądu podczas ładowania, które nie składają się na ww. sumę kosztów pojazdów - wobec powyższego Zamawiający ostatecznie wzywa Wykonawcę o wyszczególnienie kosztów dotyczących pojazdów wraz z dostarczeniem dowodu rejestracyjnego pojazdu wykazanego w załączniku do wyjaśnień z dnia 29 listopada 2021 r., tj. wypożyczonego busa.”.

*W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. Eko-ogród odniósł się do wezwania Zamawiającego – w następujący sposób: „Wykonawca wskazuje, że składane uprzednio wyjaśnienia w sposób precyzyjny określały koszty użycia samochodu. Po raz kolejny wskazujemy, że: do prac używany będzie naprzemiennie z wypożyczonym busem, samochód elektryczny z kiprem nie przekraczający 3,5 t. Pobór prądu podczas ładowania $2000 \text{ vat} \times 3,5\text{h} = 7500\text{vat} - 7,5\text{KW} \times 0,83 \text{ zł/KW} = 6,23 \text{ zł}/100 \text{ km}$. Firma posiada stacje ładowania i zamontowaną fotowoltaikę. Użycie samochodu elektrycznego diametralnie zmniejsza koszt wykonania tego zadania. W wyjaśnieniach z dnia 29 marca 2022 r., jednoznacznie wskazaliśmy koszty użycia wypożyczonego busa i nie są one kwestionowane przez Zamawiającego. Oznacza to, że już samym busem można wykonać przedmiot umowy w cenie wskazanej w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r. Jednocześnie w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r. i kolejnych wyjaśnieniach wskazaliśmy na to, że samochód elektryczny będzie wykorzystywany **NAPRZEMIENNIE**, co oznacza, że może ona zastępować wypożyczanego busa. Koszt samochodu elektrycznego, którego właścicielem, jest wykonawca, który sam będzie nim jeździł oraz koszty związane z energią elektryczną (wskazane w wyjaśnieniach) powodują, iż samochód elektryczny jest tańszy niż wypożyczony bus. Skoro Wykonawca będzie tych dwóch pojazdów używał **NAPRZEMIENNIE, CZYLI NA ZMIANĘ, NIE JEDNOCZEŚNIE, RAZ JEDEN, RAZ DRUGI**, oznacza to, że korzystnie naprzemienne samo w sobie wyklucza możliwość korzystania z obu pojazdów jednocześnie. W związku z tym, koszty naprzemiennego użytkowania obu pojazdów nigdy nie przekroczą kwoty wskazanej w uprzednio złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Ponadto Wykonawca wskazuje, że żądanie złożenia dowodu rejestracyjnego pojazdu, jako potwierdzenia prawidłowej kalkulacji ceny oferty jest pozbawione jakiegokolwiek podstawy prawnej, narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz stoi w sprzeczności zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie publicznego. Artykuł 224 ustawy Prawo zamówień publicznych służy do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w zaoferowanej cenie. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu wyjaśnienia Wykonawcy powinny być poparte dowodami w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Niemniej jednak, w żadnym miejscu ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ustanowiono zamkniętego czy chociażby przykładowego katalogu oświadczeń lub*

dokumentów, które mogą stanowić dowody. Byłoby to niecelowe i zbyteczne ponieważ wyłącznie Wykonawcy mają wiedzę jakie czynniki cenotwórcze, okoliczności, rozwiązania czy warunki pozwoliły na zaoferowanie wykonania zamówienia za daną cenę. Załączony do wyjaśnień koszt wynajmu busa (oferta) stanowi dowód na wykazanie wysokości kosztów wynajęcia pojazdu przyjęty do kalkulacji ceny oferty, a nie wskazanie konkretnego pojazdu. w dokumentach zamówienia, zamawiający nie wymagał wskazania jakiegokolwiek pojazdu poprzez np. wskazanie jego marki czy innych oznaczeń precyzujących pojazdy, którymi będzie realizowana usługa. Również wykonując dyspozycję wynikającą z art. 224 ust. 4 Pzp, Zamawiający nie ma możliwości narzucenia Wykonawcy formy wyjaśnień i dowodów, a wyłącznie jest zobowiązany zażądać wyjaśnień w zakresie co najmniej: zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Innymi słowy, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, wyłącznie Wykonawca ma możliwość swobodnego doboru i przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, a Zamawiający nie może niczego w tym zakresie narzucać Wykonawcy. Ponadto wymaga podkreślenia, że w żadnym postanowieniu dokumentów zamówienia, opublikowanych na stronie internetowej prowadzonego postępowania, nie wprowadzono wymogu w tym zakresie (obowiązek przedłożenia dowodu rejestracyjnego pojazdu, przy pomocy którego realizowane będzie zamówienie). Przeciwnie, zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający nie żądał złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych, a co równie istotne nie postawił nawet warunku udziału dotyczącego dysponowania określonymi pojazdami. Niemniej jednak, nawet w sytuacji, w której Zamawiający zamierzałby weryfikować spełnienie warunku udziału dotyczącego potencjału technicznego (czego nie przewidują dokumenty zamówienia), nie sposób uznać za prawidłowe żądanie jako podmiotowego środka dowodowego dowodu rejestracyjnego pojazdu przy pomocy którego realizowane będzie zamówienie. W takiej sytuacji, Zamawiający byłby bowiem związany postanowieniami Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które w zakresie takiego warunku udziału, pozwala żądać wyłącznie wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Tym samym, żądanie złożenia dowodu rejestracyjnego pojazdu, przy pomocy

którego realizowane będzie zamówienie, bez uprzedniego wymogu w tym zakresie w dokumentach zamówienia oraz wyłącznie od jednego Wykonawcy, narusza art. 224 Pzp oraz stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wszelkie dowody w zakresie jak powyżej są już w dyspozycji Zamawiającego.”

Następnie ustalono, że pismem z 1 kwietnia 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że cena oferty przystępującego odbiegała o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. W tej sytuacji zamawiający, zgodnie z art. 224 ustawy Pzp, miał nie tylko prawo ale i prawny obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny oraz złożenia stosownych dowodów. Realizując normę wynikającą z ww. przepisu zamawiający skierował do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 22 listopada 2021 r. W wezwaniu tym zamawiający nałożył na przystępującego obowiązek wyjaśnienia całej ceny ofertowej i przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia tej ceny. Zamawiający w pierwszej części wezwania wskazał, że przystępujący jest zobowiązany „w szczególności” złożyć wyjaśnienia i dowody w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia socjalnego. Powyższe wskazanie nie było zatem katalogiem zamkniętym, no nakazywało wykazać realność całej ceny. Następnie zaś zamawiający nakazał szczegółowo wypowiedzieć się jeszcze co do niektórych pozycji kosztorysu.

Jak wynikało z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed

zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.* Wyjaśnianie lub udowadnianie realności ceny w toku postępowania odwoławczego przed Izba jest zatem spóźnione i nieskuteczne.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia przystępującego złożone zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie obaliły domniemania zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że przystępujący w piśmie z dnia 29 listopada 2021 r., stanowiącym reakcję na wezwanie zamawiającego, nie wyjaśnił dostatecznie ani nie udowodnił kosztów związanych z wykorzystaniem pojazdu elektrycznego lub pojazdu spalinowego do realizacji usługi w zakresie pozycji nr 7 kosztorysu. W wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2021 r., co do kosztów użycia pojazdu spalinowego wykonawca ograniczył się do wskazania następujących wyliczeń: 2h x 20,00 zł/h, koszty pośrednie 541,58 zł, zysk 1431,72 zł. Jak słusznie podniósł odwołujący taka szczegółowość wyjaśnień okazała się niewystarczająca. W szczególności w oparciu o takie lakoniczne dane nie sposób było ustalić, dlaczego koszt został przyjęty na poziomie 20 zł /h, koszty pośrednie na poziomie 541,58 zł oraz zysk na poziomie 1431,72 zł. Na okoliczność, iż ww. dane były niewystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny wskazywał fakt, że zamawiający zmuszony został do wezwania przystępującego do złożenia ponownych wyjaśnień w tym zakresie. Koszty użycia pojazdu spalinowego można było należycie uzasadnić. Świadczyły o tym wyjaśnienia wykonawcy z dnia 29 marca 2022 r., gdzie zostały one rozbite z podaniem wyliczeń obrazujących koszty wypożyczenia wraz z kierowcą, kosztem paliwa, z podaną liczbą km, podano też uzasadnienie dla tych wyliczeń. Dopiero też w tym dniu wykonawca złożył dowód na okoliczność prawidłowości wyliczeń kosztów paliwa, choć wyjaśnienia i dowody należało przedstawić już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 listopada 2021 r.

W dalszej kolejności stwierdzono, że rację ma odwołujący podnosząc w odwołaniu, że przystępujący, pomimo wezwań zamawiającego nie uzasadnił ani nie udowodnił prawidłowości kalkulacji kosztów użycia pojazdu elektrycznego do realizacji usługi, w tym w zakresie pozycji nr 7 kosztorysu. Przystępujący, odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 22 listopada 2021 r. ujawnił jedynie wartość kosztów ładowania pojazdu, co uczynił następująco: $200 \text{ vat} \times 3,5 \text{ h} = 7500 \text{ vat} \times 0,83 \text{ zł/KW} = 6,23/100 \text{ km}$.

Jak prawidłowo dostrzegł odwołujący, przedstawione wyżej dane obejmowały jedynie koszty ładowania pojazdu, a nie wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę do wykorzystania pojazdu przy realizacji zamówienia. Wykonawca nie podał zamawiającemu jakiego typu pojazd elektryczny założył, co uniemożliwiło zamawiającemu zweryfikowanie, czy deklarowane koszty ładowania są prawidłowe. Nie podano także zamawiającemu, jak długą trasę objazdu pojazdu przyjęto do kalkulacji ceny ofertowej. Wobec powyższego nie wiadomo, ile de facto wyniosą koszty ładowania pojazdu celem wykonania usługi.

Na okoliczność, iż ww. dane były niewystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny wskazywał fakt, że zamawiający zmuszony został do wezwania przystępującego do złożenia ponownych wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający w wezwaniu z dnia 24 marca 2022 r. wyraźnie prosił wykonawcę o dokładne przedstawienie wyliczeń z rozbiem na koszty zw. z pojazdem elektrycznym i ponownie prosił o przedstawienie dowodów. Mimo to przystępujący dokładniejszych danych nie przedstawił również w wyjaśnieniach z 29 marca 2022 r., powtarzając jedynie dane, które były już w posiadaniu zamawiającego w wyjaśnieniach z 29 listopada 2021 r. Co więcej, w kolejnym wezwaniu z 30 marca 2022 r., zamawiający wprost wytknął omawiane uchybienie przystępującemu, wskazując, że informacje jakie do tej pory otrzymał dotyczą tylko poboru prądu. Pomimo to kosztów użycia pojazdu elektrycznego przy realizacji zamówienia, wykonawca nie podał również zamawiającemu w ostatnich wyjaśnieniach z dnia 1 kwietnia 2022 r., w których ograniczył się do zaprezentowania danych, które przedstawiał od samego początku. Jak słusznie wskazał odwołujący, w tej sytuacji należało dojść do wniosku, że koszty użycia pojazdu elektrycznego nie zostały nigdy wyjaśnione, pomimo wielokrotnych wezwań zamawiającego, jak również w ogóle nie zostały udowodnione.

Odwołujący słusznie wytknął także przystępującemu, że w swoich wyjaśnieniach przystępujący nigdy nie wskazał typu i modelu samochodu elektrycznego, typu ładowarki ani nie podał pojemności akumulatora samochodu elektrycznego. Co więcej, w punkcie 8 wyjaśnień z 29.11.2021 r. przystępujący wskazywał, że do wykonywania prac używany będzie samochód elektryczny z „kiprem” przekraczający 3,5 t, natomiast w punktach 3, 4, 5, 6, 7 powoływał się na „samochód elektryczny z „kiprem” nie przekraczający 3,5 t. Wykonawca nie przedstawił także dowodu na fakt posiadania omawianego pojazdu (ów). Powyższe również uniemożliwiało dokonanie weryfikacji kosztów ładowania niesprecyzowanego bliżej pojazdu elektrycznego (pojazdów elektrycznych). Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący dopiero w swym piśmie procesowym z 22 kwietnia 2022 r. ujawnił jakiego typu pojazd elektryczny zamierza skierować do realizacji zamówienia i podjął w trakcie rozprawy próbę wykazania jego charakterystyki technicznej, a to na poparcie prawidłowości podawanych wyliczeń zużycia prądu. Powyższe, z przyczyn wskazanych

wcześniej, należało uznać za niedopuszczalne, jako spóźnione. Podkreślenia wymagał również fakt, że nawet na etapie postępowania odwoławczego przystępujący nie ujawnił założeń co do czasochłonności użytkowania pojazdu elektrycznego przy realizacji zamówienia. Nie można się było zatem zgodzić z zamawiającym i przystępującym, że koszty użycia pojazdu elektrycznego do realizacji zamówienia zostały w dostatecznym stopniu wyjaśnione, nie mówiąc już o ich udowodnieniu.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że przystępujący zaoferował w ww. pozycjach ofertowych kosztorysu następujące ceny jednostkowe:

- 1) wywóz nieczystości stałych pozostałych po imprezach masowych – 590 zł/tonę;
- 2) oczyszczanie terenów ze śmieci wielkogabarytowych – 700 zł/tonę.

Odwołujący podniósł, że jak wynika z cennika zakładu, w którym przystępujący miał zamiar zagospodarowywać odpady, ceny za zagospodarowanie w/w odpadów kształtują się następująco:

- 1) nieczystości stałe po imprezach masowych – 637,20 zł/tonę;
- 2) odpady wielkogabarytowe – 756 zł/tonę.

Analiza cennika Master Odpady i Energia sp. z o.o., a więc zakładu, w którym przystępujący miał zamiar zagospodarowywać odpady, stanowiącego załącznik do wyjaśnień ceny z dnia 29 listopada 2021 r. prowadziła do wniosku, że twierdzenia odwołującego odpowiadały stanowi faktycznemu.

Skoro przystępujący zaoferował w kosztorysie ofertowym ww. stawki niższe, niż wynikające ze złożonego przez siebie dowodu, to należało dojść do wniosku, że nie sprostął konieczności wyjaśnienia realności oferowanych przez siebie ww. stawek. Jeśli bowiem dowód, który złożył sam wykonawca świadczył, że oferuje zamawiającemu stawki niższe od cennika przyjęcia i przetwarzania odpadów, to dowód ten z pewnością nie uzasadniał realności obu stawek. Przystępujący przez złożone przez siebie wyjaśnienia i dowody nie sprostął zatem ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, po myśli art. 224 ust. 6 Pzp.

Dostrzeżenia wymagało, że dopiero po wniesieniu odwołania przystępujący w piśmie procesowym z dnia 22 kwietnia 2022 r., na etapie postępowania odwoławczego, wyjaśnił, że uzyskał od firmy Master stawki za odbiór m.in. ww. odpadów obniżone względem cennika przedstawionego wcześniej. Na dowód powyższego złożył pismo firmy Master Odpady i Energia sp. z o.o. z dnia 11 stycznia 2022 r. Z treści tego pisma wynikało, że w odpowiedzi na wniosek przystępującego z 23 grudnia 2021 r. firma ta obniża mu stawki odbioru m.in. spornych grup odpadów. Na uwagę zasługiwał jednakże fakt, że argumentacji, iż

przystępujący uzyskuje jakieś rabaty od przedstawionego przez siebie cennika próżno było szukać w wyjaśnieniach ceny z 29 listopada 2021 r. Przeciwnie, uzasadniając realność ceny, w innych pozycjach kosztorysu, wykonawca wprost powoływał się na załączony cennik.

Składanie pisma Master Odpady i Energia sp. z o.o. z dnia 11 stycznia 2022 r., ponad osnowę wyjaśnień i załączonych do niego dowodów, należało uznać w tej sytuacji za spóźnione. Podkreślenia wymagało, że przystępujący w ten sposób podjął próbę uzasadnienia realności zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej dopiero w toku postępowania odwoławczego. Dopiero też wtedy przedstawił dowód mający uzasadniać realność stawek odbioru nieczystości stałych pozostałych po imprezach masowych oraz stawek za odbiór odpadów wielogabarytowych. Powyższe działania, z przyczyn wskazanych wcześniej, należało uznać za niedopuszczalne jako spóźnione. Dostrzeżenia wymagało w tym miejscu, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zgodnie z art. 513 ustawy Pzp rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba w analizowanej sprawie oceniała zatem, czy zamawiający w oparciu o wyjaśnienia i złożone mu dowody prawidłowo ocenił, że obalają one domniemanie rażąco niskiej ceny czy też nie. Składanie dowodów ponad osnowę wyjaśnień, które dopiero na tym etapie miały rozwiewać wątpliwości co do prawdziwości kalkulacji obu spornych pozycji, świadczyło o zasadności zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Dostrzeżenia wymagało również, że złożony dowód powstał 11 stycznia 2022 r. w reakcji na wniosek przystępującego o obniżenie stawek z 23 grudnia 2021 r. Tymczasem wykonawca musiał szacować cenę oferty wcześniej, gdyż termin składania ofert upływał 12 listopada 2021 r. Nie mógł zatem wtedy wiedzieć, że Master obniży mu stawki odbioru spornych kategorii odpadów. Mógł co najwyżej opierać się o jakieś przypuszczenia lub ustne zapewnienia, jednakże w takim przypadku założenia te należało uzasadnić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Zamiast tego przystępujący ograniczył się do złożenia cennika, z którego wynikały stawki przewyższające jego stawki ofertowe. Wobec powyższego zarzut znalazł potwierdzenie.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że stawki za powierzchniowe oczyszczanie terenu, utrzymanie terenów w czystości czy opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków zaoferowane przez przystępującego są niższe stawki odwołującego, pomimo, iż koszty zagospodarowania odpadów, jakie ponosi przystępujący są wyższe niż koszty, jakie podnosi odwołujący. Tak sformułowany zarzut podlegał oddaleniu. Przedmiotem wyjaśnień ceny przystępującego nie były stawki odbioru i zagospodarowania

odpadów dostępne odwołującemu. Formułowanie zarzutu o nierealności stawek przystępującego jedynie w oparciu o fakt, że ponosi on wyższe koszty odbioru i zagospodarowania odpadów niż odwołujący, okazało się niewystarczające.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, jakoby przystępujący miał założyć w kalkulacji kwotę 2800 zł brutto za wynagrodzenia za pracę pracowników, skierowanych do realizacji zamówienia, podczas gdy minimalne wynagrodzenie za pracę od dnia 1 stycznia 2022 r. miało wynosić 3010 zł. Tak sformułowany zarzut nie potwierdził się. Uszło uwadze odwołującego, że w wyjaśnieniach ceny z dnia 29 listopada 2021 r., przystępujący nie oświadczył, że przyjął w kalkulacji wynagrodzenie za pracę pracowników w kwocie 2800 zł, lecz „wyższej niż 2800 zł”. W tej sytuacji uznano, że zarzut nie potwierdził się.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że w świetle wyjaśnień przystępującego z dnia 29 listopada 2021 r. nie jest jasne, z czego wynika podawana przez wykonawcę stawka roboczogodziny w wysokości 16,67 zł oraz pozostałe narzuty.

Ustalono, że w wyjaśnieniach ceny z 29 listopada 2021 r. przystępujący ograniczył się do ujawnienia, że stawka roboczogodziny przyjęta przez niego do kalkulacji wynosi 22,02 zł/h, przy czym koszt ten dzieli się na wyjściową stawkę roboczogodziny w wysokości 16,67 zł oraz pozostałe koszty. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Izba stwierdziła w wyjaśnieniach ceny przystępujący nie podał, z czego wynika przyjęta przez niego stawka 16,67 zł oraz pozostałe koszty. Wykonawca podjął próbę wyjaśnienia sposobu wyliczenia tej stawki dopiero w piśmie procesowym z 22 kwietnia 2022 r., str. 3., co z przyczyn wskazanych wcześniej, należało uznać za spóźnione.

W kolejnym fragmencie odwołania odwołujący podniósł, że pojazd spalinowy, na który powołuje się przystępujący w wyjaśnieniach ceny z dnia 29 listopada 2021 r. został sprzedany, w związku z czym oferta jest nieaktualna. Ten argument odwołującego należało uznać za nietrafny. Uszło uwadze odwołującego, że przystępujący nigdzie w wyjaśnieniach nie wskazał, że zamiera skierować do realizacji zamówienia właśnie ten konkretnie pojazd. Wykonawca załączył dowód do wyjaśnień jedynie celem próby wykazania kosztów, jakie wiążą się z pozyskaniem określonego typu pojazdu. Na takie intencje przystępującego wskazywała choćby użyta przez niego nazwa załącznika do wyjaśnień a mianowicie „koszt wypożyczenia busa”. Powyższe świadczyło o intencjach przystępującego, który tym dowodem zamierzał uzasadnić koszty ewentualnego wynajęcia pewnego rodzaju busa, a nie konkretnego egzemplarza pojazdu. W ten sytuacji nieprzydatne przy wyrokowaniu okazały się dowody nr 1 i nr 2 złożone przez odwołującego na rozprawie. Dowody te

obejmowały bowiem korespondencję mailową ze sprzedawcą busa, o którym była mowa w dowodzie oraz fakturę dokumentującą sprzedaż tego pojazdu i miały świadczyć o niedostępności tego konkretnie egzemplarza pojazdu. Wobec powyższego zarzut okazał się nietrafny.

W dalszej części odwołania odwołujący zakwestionował wyjaśnienia ceny przystępującego z dnia 29 listopada 2021 r. odnoszące się do pozycji 1, 2, 4, 7, 13, 14 kosztorysu ofertowego.

W zakresie wyjaśnień co do pozycji nr 1, 2, 4, 13, 14, odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach nie wskazano liczby osób, jakie miały zostać skierowane do realizacji prac, a jedynie liczbę roboczogodzin. Izba stwierdziła, że rzeczywiście w wyjaśnieniach dot. ww. pozycji takiego elementu zabrakło. Zdaniem Izby świadczyło to o niekompletności wyjaśnień w stopniu, który uniemożliwił zamawiającemu zbadanie czy cena oferty została obliczona z poszanowaniem przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Poprzestanie na podaniu jedynie zakładanej liczby roboczogodzin, bez wskazania ile osób, będzie te prace wykonywać, uniemożliwiło bowiem zamawiającemu sprawdzenie, czy wykonawca skalkulował w cenie oferty udział wystarczającej liczby osób, która zgodnie z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych byłaby w stanie wykonać przedmiot zamówienia w ww. pozycjach, biorąc pod uwagę przepisy dotyczące czasu i norm pracy, urlopów, zastępstw itd. Aby ocenić zgodność oferty z przepisami prawa pracy należało wyjaśnić szacowaną czasochłonność danego elementu, podać i wyjaśnić liczbę osób wykonujących zadanie i wymiar ich pracy, oraz podać stawkę wynagrodzenia. Uchybienie to uniemożliwiło także zamawiającemu weryfikację, czy wykonawca w cenie oferty skalkulował choćby np. koszty kierowców pojazdów.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący wyjaśniając realność cen w zakresie pozycji nr 1, 2, 4, 14 kosztorysu ofertowego podał jedynie przyjętą stawkę roboczogodziny na poziomie 22,02 zł, bez wyjaśnienia, na podstawie jakich założeń została ona skalkulowana. Analiza wyjaśnień przystępującego z dnia 29 listopada 2021 r. prowadziła wniosku, że faktycznie tego rodzaju uzasadnienia ani obliczeń dla przyjętej stawki nie przedstawiono. W tej sytuacji zgodzić się należało z odwołującym, że przystępujący ograniczył się do wskazania w zakresie ww. pozycji kosztorysu stawek roboczogodziny na poziomie 22,02 zł, zaniedbując jednak obowiązek wyjaśnienia, jak zostały wyliczone. Zarzut okazał się zatem trafny.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza 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 stwierdzone naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 16 Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania przez wykonawcę, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: