

WYROK
z dnia 19 lipca 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A., ul. Międzychodzka 12, 66-400 Gorzów Wielkopolski** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Wełniany Rynek 3, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty wykonawcy ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, tj.: zarzutów 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10 i 12 i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy w zakresie części I, II i V zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach tych części oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty wykonawcy ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Wełniany Rynek 3, 66-400 Gorzów Wielkopolski** w części $\frac{2}{3}$ i wykonawcę **ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A., ul. Międzychodzka 12, 66-400 Gorzów Wielkopolski** w części $\frac{1}{3}$ i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A., ul. Międzychodzka 12, 66-400 Gorzów Wielkopolski** tytułem wpisu od odwołania.

4.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Gorzów Wielkopolski – Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Wełniany Rynek 3, 66-400 Gorzów Wielkopolski** na rzecz wykonawcy **ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A., ul. Międzychodzka 12, 66-400 Gorzów Wielkopolski** kwotę **10 000 złotych 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem $\frac{2}{3}$ wpisu oraz kwotę **2 400 złotych 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem $\frac{2}{3}$ wynagrodzenia pełnomocnika.

4.3. zasądza od wykonawcy **ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A., ul. Międzychodzka 12, 66-400 Gorzów Wielkopolski** na rzecz zamawiającego **Miasta Gorzów Wielkopolski – Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Wełniany Rynek 3, 66-400 Gorzów Wielkopolski** kwotę **19 złotych 80 gr** (słownie: dziewiętnaście złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę przed Izbą.

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

Miasto Gorzów Wielkopolski – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę systematycznego utrzymania czystości w zasobach gminnych oraz utrzymania i konserwacji zieleni miejskiej na wskazanych terenach Miasta Gorzowa Wlkp. Administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 070-184916.

W dniu 20 czerwca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ECO EXPERT Spółka jawna K.M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie części nr I, II i V postępowania, w tym od:

1. odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu w części nr I, II i V z powodu rzekomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, pomimo że oferta Odwołującego złożona w części nr I, II i V nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w części nr I, II i V Postępowania, pomimo, że oferta ta zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, tj. ceny oraz czasu reakcji,
3. samodzielne uzupełnienie przez Zamawiającego jako oczywistej omyłki pisarskiej i rachunkowej pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: starszych -pow. 4mw okresie umowy - pozostałe” w zakresie stawki podatku VAT oraz pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” w zakresie wynagrodzenia netto, stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto załącznika 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM- 1), pomimo iż brak było takiej możliwości z uwagi na obowiązujące przepisy ustawy Pzp oraz postanowienia SWZ,
4. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy INWENCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, zwanego dalej „wykonawcą INWENCJA”, w ramach części nr I postępowania, pomimo iż oferta ww. wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny ze względu na niewypełnienie pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych -pow. 4mw okresie umowy - pozostałe” w zakresie stawki podatku VAT oraz pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” w zakresie wynagrodzenia netto, stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto załącznika 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla -

ADM-1), co miało wpływ na zaoferowanie przez wykonawcę Inwencja niekompletnej oferty, w szczególności nie wskazującej stawek podatku VAT, które to pozycje stanowią istotny element treści oferty i jako takie powinny być uzupełnione samodzielnie przez Wykonawcę (bez możliwości ingerencji po stronie Zamawiającego), co uniemożliwia uzupełnienie wynagrodzenia brutto z tytułu ww. pozycji, a co miało wpływ na złożenie przez wykonawcę Inwencja oferty niezgodnej z warunkami i zawierającej błędy w obliczeniu ceny, z uwagi na brak możliwości uwzględnienia ceny brutto ww. pozycji zawierających stawkę podatku VAT wskazaną przez wykonawcę INWENCJA,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na niezasadnym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Odwołującego w części nr I zamówienia objętego postępowaniem zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na błędnej, nieprzejrzystej i nielogicznej ocenie wyjaśnień Odwołującego w zakresie ceny oferty w części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem z dnia 26.05.2022 r., zwane dalej „wyjaśnieniami”, złożonych przez Odwołującego w odniesieniu do części nr I, prowadzącej do nieuzasadnionego stwierdzenia, że wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie części nr I postępowania, pomimo że wyjaśnienia wraz z dowodami jednoznacznie wskazują, że zaoferowana przez Odwołującego cena w części nr I postępowania jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
3. ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach 1 i 2 powyżej - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na

zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty w części nr I zamówienia objętego postępowaniem, mimo że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego w części nr I zamówienia objętego postępowaniem, co jest niewystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska i co doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Odwołujący zastrzega przy tym, że w jego ocenie wyjaśnienia w odniesieniu do części nr I były kompletne, spójne logiczne i wystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska,

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w ramach części nr I zamówienia objętego postępowaniem, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr I zamówienia objętego postępowaniem w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
5. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na niezasadnym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Odwołującego w części nr II zamówienia objętego postępowaniem zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
6. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na błędnej, nieprzejrzystej i nielogicznej ocenie wyjaśnień Odwołującego, złożonych w odniesieniu do części nr II, prowadzącej do nieuzasadnionego stwierdzenia, że Wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie części nr II postępowania, pomimo że Wyjaśnienia wraz z dowodami jednoznacznie wskazują, że zaoferowana przez Odwołującego cena w części nr II postępowania jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie

jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

7. ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach 5 i 6 powyżej - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty w części nr II zamówienia objętego postępowaniem, mimo że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego w części nr II zamówienia objętego postępowaniem, co jest niewystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska i co doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 PZP, Odwołujący zastrzega przy tym, że w jego ocenie wyjaśnienia w odniesieniu do części nr II były kompletne, spójne logiczne i wystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska,
8. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w ramach części nr II zamówienia objętego postępowaniem, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr II zamówienia objętego postępowaniem w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
9. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na niezasadnym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Odwołującego w części nr V zamówienia objętego postępowaniem zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
10. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na błędnej, nieprzejrzystej i nielogicznej ocenie wyjaśnień Odwołującego, złożonych w odniesieniu do części nr V, prowadzącej do nieuzasadnionego stwierdzenia, że Wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie

ceny w zakresie części nr V postępowania, pomimo że Wyjaśnienia wraz z dowodami jednoznacznie wskazują, że zaoferowana przez Odwołującego cena w części nr V postępowania jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

11. ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach 9 i 10 powyżej - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty w części nr V zamówienia objętego postępowaniem, mimo że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego w części nr V zamówienia objętego postępowaniem, co jest niewystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska i co doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Odwołujący zastrzega przy tym, że w jego ocenie Wyjaśnienia w odniesieniu do części nr V były kompletne, spójne logiczne i wystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska,
12. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w ramach części nr V zamówienia objętego postępowaniem, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr V zamówienia objętego postępowaniem w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
13. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak podania uzasadniania faktycznego podstaw odrzucenia oferty, z uwagi na brak wskazania w zakresie których elementów oraz z jakich przyczyn merytorycznych Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za złożone w *„w sposób szablonowy, wykorzystywany w wielu innych postępowaniach, przywołując w sposób ogólny czynniki mające wpływ na cenę i nie określił w żaden sposób poziomu ich wpływu na wysokość tej ceny, jak również w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób wskazane przezeń okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują wykonawcy, który złożył ofertę konkurencyjną w*

przedmiotowym postępowaniu”, podczas gdy wyjaśnienia zawierały szczegółowe odniesienie do wszystkich istotnych kwestii mających wpływ na ustalenie ceny oferty Odwołującego wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień ceny,

14. art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na nieuprawnionym poprawieniu (uzupełnieniu) braków w treści oferty wykonawcy Inwencja jako oczywistej omyłki pisarskiej i oczywistej omyłki rachunkowej w ramach pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: starszych -pow. 4mw okresie umowy - pozostałe” stawki podatku VAT oraz w ramach pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” wynagrodzenia netto, stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto w załączniku 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM-1) w ramach części nr I postępowania, podczas gdy przedmiotowe uchybienia nie mogą zostać potraktowane jako odpowiednio oczywista omyłka pisarska oraz oczywista omyłka rachunkowa i w konsekwencji nie powinny zostać uzupełnione przez Zamawiającego,
15. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezprawne i nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inwencja w ramach części nr I postępowania, podczas gdy treść oferty ww. wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na zaniechanie samodzielnego wypełnienia przez wykonawcę Inwencja pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych -pow. 4mw okresie umowy -pozostałe” w zakresie stawki podatku VAT oraz pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” w zakresie wynagrodzenia netto, stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto w załączniku 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM-1), co miało wpływ na nieuwzględnienie powyższych elementów cenowych w ramach oferty oraz zaoferowanie przez wykonawcę Inwencja niekompletnej oferty, nie zawierającej cen ww. pozycji,
16. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezprawne i nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inwencja w ramach części nr I postępowania, podczas gdy treść oferty ww. wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, ze względu na zaniechanie samodzielnego wypełnienia przez wykonawcę Inwencja pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych -pow. 4mw okresie umowy - pozostałe” w zakresie stawki podatku VAT oraz pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” w zakresie wynagrodzenia netto, stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto w załączniku 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM-1), co skutkowało nieuprawnionym wyborem w ramach części nr I Postępowania oferty podlegającej odrzuceniu, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia objętego postępowaniem,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia objętego postępowaniem,
3. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia objętego postępowaniem,
4. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części I zamówienia objętego postępowaniem,
5. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia objętego postępowaniem,
6. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części V zamówienia objętego postępowaniem,
7. unieważnienie czynności uzupełnienia treści oferty Inwencja jako oczywistej omyłki pisarskiej i oczywistej omyłki w ramach pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: starszych - pow. 4mw okresie umowy - pozostałe” stawki podatku VAT oraz w ramach pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” wynagrodzenia netto, stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto w załączniku 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM-1) w ramach oferty wykonawcy Inwencja części nr I postępowania,
8. odrzucenia oferty wykonawcy Inwencja w ramach części nr I postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,
9. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części I zamówienia objętego postępowaniem, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz treści wyjaśnień,
10. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części II zamówienia objętego postępowaniem, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz treści wyjaśnień,
11. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części V zamówienia objętego postępowaniem, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz treści wyjaśnień,
12. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia objętego postępowaniem w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
13. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia objętego postępowaniem w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
14. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia objętego postępowaniem w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
15. ewentualnie - dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie części I zamówienia objętego postępowaniem,

połączonego z dodatkowym wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień w odniesieniu do wątpliwości Zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego co do części I zamówienia objętego postępowaniem,

16. ewentualnie - dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia objętego postępowaniem, połączonego z dodatkowym wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień w odniesieniu do wątpliwości Zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego co do części II zamówienia objętego postępowaniem,

17. ewentualnie - dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie części V zamówienia objętego postępowaniem, połączonego z dodatkowym wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień w odniesieniu do wątpliwości Zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego co do części V zamówienia objętego postępowaniem.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że różnice pomiędzy cenami ofert złożonych w postępowaniu są nieznaczne i stanowią wyraz walki konkurencyjnej o uzyskanie zamówienia publicznego. Dla części I cena oferty Odwołującego stanowi 83,34% średniej arytmetycznej cen brutto złożonych ofert, dla części II cena oferty Odwołującego stanowi 87,39% średniej arytmetycznej cen brutto złożonych ofert, natomiast jedynie w części V cena oferty Odwołującego stanowi 66,62% średniej arytmetycznej cen brutto złożonych ofert, co wskazuje na nieznacznie przekroczenie progu 30% nakazującego badanie ceny oferty złożonej w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny precyzyjnej podstawy faktycznej dla dokonywanych wyjaśnień w zakresie części nr I i II postępowania co prowadzi do wniosku, że trudno stwierdzić, co w istocie spowodowało wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie części nr I i II postępowania. Nadto podkreślił, że przewidziane na realizację zamówienia objętego postępowaniem (zarówno w zakresie części I, II i V) wynagrodzenie ma charakter w znacznej części ryczałtowy (m.in. w zakresie sprzątnięcia budynków i terenów zewnętrznych). Powyższe wynika z treści § 3 ust. 2-3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia dla Postępowania oraz rozdziału XII ust. 1 lit. b SWZ. Oznacza to, że odrzucenie oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny wymaga uprzedniego stwierdzenia, że cena globalna zaoferowana przez Odwołującego (lub jej istotne części składowe) jest rażąco niska. W części dotyczącej wynagrodzenia ryczałtowego nie ma przy tym znaczenia, że poszczególne elementy wskazane w zestawieniu kosztów sporządzonym na potrzeby wyjaśnień udzielanych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie są w subiektywnym odczuciu Zamawiającego wystarczające dla realizacji wskazanych tam czynności - konieczne jest

bowiem stwierdzenie ponad wszelką wątpliwość, że zaoferowana cena (lub jej istotne części składowe) nie jest wystarczająca dla osiągnięcia zysku przez wykonawcę. Odwołujący nadto podniósł, że wszelkie istotne pozycje wskazane przez niego w wyjaśnieniach są wystarczające dla należytej realizacji zamówienia objętego postępowaniem. Niemniej w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, dla odrzucenia oferty nie jest wystarczające stwierdzenie, że poszczególne pozycje w roboczym podsumowaniu składników cenowych mogą budzić wątpliwości zamawiającego. Konieczne jest jednoznaczne stwierdzenie, że zaoferowana cena globalna (lub jej istotne części składowe) jest rażąco niska, tj. nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcie zysku przez wykonawcę. Jedynie w zakresie kosztorysowych elementów wynagrodzenia brak wykazania uwzględnienia wszelkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia publicznego mógłby stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co jednak nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem.

Odwołujący wskazał także, że zaoferowana przez niego cena w zakresie części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem, nie jest rażąco niska. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, w których wskazał w szczególności na wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia, związane z uzyskiwaniem pomocy publicznej, przedstawił szczegółową i kompletną kalkulację kosztów związanych z realizacją zamówienia, a także przedłożył dowody potwierdzające powyższe okoliczności. Co istotne, Odwołujący uwzględnił w kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach wszystkie koszty wymagane dla prawidłowej realizacji zamówienia - Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej rażąco niską cenę, z wyjątkiem kosztów wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie wskazał wprost do pominięcia jakich istotnych elementów kosztowych rzekomo doszło w udzielonych wyjaśnieniach. Dodatkowo Odwołujący uwzględnił także inne czynniki cenotwórcze, których wystąpienie może, ale nie musi wystąpić - skalkulował bowiem ryzyka związane z realizacją zamówienia, co pozostawia pewien zapas dla rentowności zamówienia. Odwołujący wskazał także zysk z tytułu realizacji zamówienia (dla części nr I, II i V) na stosunkowo wysokim poziomie - dla części nr I miesięczny zysk został skalkulowany na poziomie 2 542,57 zł netto (marża wynosi zatem ok. 12,5%), dla części nr II miesięczny zysk został skalkulowany na poziomie 2 899,67 zł netto (marża wynosi zatem ok. 15%), dla części nr V miesięczny zysk został skalkulowany na poziomie 3 962,60 zł netto (marża wynosi zatem ok. 14%). Jest to poziom w pełni satysfakcjonujący dla Odwołującego. Z powyższego wynika, że cena wskazana w ofercie Odwołującego w części nr I, II i V uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia i pozwala na osiągnięcie wysokiego zysku. Z utrwalonego orzecznictwa

Krajowej Izby Odwoławczej bowiem wynika, że jeżeli wykonawca wykaże, że jest w stanie ponieść koszty realizacji zamówienia publicznego oraz uzyskać zysk z tego tytułu, to zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Tym samym cena zaoferowana przez Odwołującego w części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem nie jest rażąco niska, gdyż uwzględnia wszelkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia i umożliwia osiągnięcie Odwołującemu satysfakcjonującego zysku. Reasumując podniósł, że dalsza argumentacja (dotycząca naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) pozostaje w całości aktualna także dla zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że złożone przez niego wyjaśnienia zostały sformułowane pod przedmiotowe zamówienie i zawierają szczegółową kalkulację, przez co potwierdziły rynkowy poziom zaoferowanej ceny i wskazują do jakich zmian elementów cenowych doszło względem poprzedniego postępowania na tożsamy przedmiot zamówienia u Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający nie wyjaśnił, które konkretnie fragmenty wyjaśnień są ogólne i nie czynią zadość wezwaniu (odniósł się jedynie do kwestii wynagrodzeń co zostanie omówione w dalszej części odwołania), co czyni uzasadnienie odrzucenia nie spełniającym wymogów formalnych co do podania faktycznych podstaw odrzucenia oraz nie zawiera merytorycznego wyjaśnienia podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto, Zamawiający w treści wezwania z dnia 19.06.2022 r. nie wskazał dalszych szczegółowych wymagań co do sposobu sporządzania wyjaśnień, w szczególności nie określił jakie konkretne dowody mają zostać przedłożone i nie określił charakterystyki dla przedkładanej kalkulacji. Odwołujący miał zatem dużą swobodę w przedstawianiu wyjaśnień, gdyż wezwanie do wyjaśnień w powyższym zakresie nie było istotnie skonkretyzowane i nie zawierało szczegółowym wymagań dla przedstawianych kalkulacji czy dowodów.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych argumentów wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący podniósł, że:

- 1) Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację do jakich zmian w treści oferty dojdzie w porównaniu do poprzedniego zamówienia świadczonego na rzecz Zamawiającego, podkreślając przy tym że podwyższone środki będą wynikały ze zmniejszenia zysku wynikającego z realizacji zamówienia, przy czym jak zostało wykazane zysk ten nadal będzie przekraczał 10% wartości miesięcznego wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy oraz zapewniał prawidłową realizację zamówienia, co wskazuje na rentowność ceny całkowitej oferty i jest w pełni satysfakcjonujące dla Odwołującego. Argument Zamawiającego dotyczący braku istotnej zmiany ceny oferowanej przez Odwołującego w porównaniu do poprzedniego postępowania o zbliżonym przedmiocie nie ma zatem jakiegokolwiek

wartości merytorycznej w sytuacji, gdy Odwołujący w dalszym ciągu jest w stanie wykazać osiągnięcie zysku. Wyłącznie w gestii Odwołującego leży bowiem określenie satysfakcjonującego go poziomu zysku;

- 2) oferta została sporządzona z uwzględnieniem cen obowiązujących na dzień jej skalkulowania, podczas gdy ewentualna zmiana stosunków gospodarczych będzie wiązała się z waloryzacją wynagrodzenia wynikającego z pierwotnie zawartej umowy. Nie ma przy tym jakiegokolwiek znaczenia niewystępowanie przez Odwołującego w ramach poprzednio wykonywanej umowy na rzecz Zamawiającego z wnioskiem o zwiększenie wynagrodzenia. Skoro bowiem obecna umowa przewiduje wprost możliwość waloryzacji takiego wynagrodzenia, to Odwołujący będzie mógł skorzystać ze stosownego uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem o zwiększenie wynagrodzenia w ramach umów zawieranych w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania. Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreśla, że w ramach przedłożonych Wyjaśnień uwzględnił ryzyka związane z realizacją zamówienia publicznego, co stanowi dodatkowe zabezpieczenie na wypadek wystąpienia okoliczności nadzwyczajnych, nieprzewidzianych w chwili składania oferty;
- 3) Zamawiający decydując się na wprowadzenie do umowy klauzuli waloryzacyjnej, miał świadomość wystąpienia powyższych okoliczności, co wiązało się również z koniecznością uwzględnienia przy ustalaniu kwoty jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (a także przy szacowaniu wartości zamówienia) ok. 6-10% jej wartości w celu zabezpieczenia ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia umownego wykonawcy w trakcie realizacji Umowy. W konsekwencji ceny oferty wykonawców powinny być rozpatrywane w stosunku do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (i szacunkowej wartości zamówienia) pomniejszonej o powyższą procentową potencjalną zmianę wynagrodzenia umownego w przyszłości;
- 4) W odniesieniu do kosztów wynikających z wynagrodzeń pracowników, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie skonkretyzował dowodów jakich oczekiwałby dla potwierdzenia powyższej okoliczności, w związku z czym nie może podnosić, że złożona Informacja o wysokości przysługującego dofinansowania nie jest wystarczającym dokumentem w celu potwierdzenia uzyskania odpowiedniej wysokości dofinansowania. Złożony przez Odwołującego dokument stanowi potwierdzenie, że oświadczenia w zakresie korzystania z pomocy publicznej są prawdziwe i Odwołujący pomoc taką otrzymuje. Dowód powyższy potwierdza fakt dokonywania przez Odwołującego zgłoszeń na potrzeby uzyskania pomocy publicznej, co umożliwiło mu poczynienie

stosownych założeń na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny i stanowi dowód na prawdziwość oświadczeń zawartych w kalkulacji cenowej zawartej w Wyjaśnieniach. Ponadto, anonimizacja dokumentu nie stanowi jego przerobienia, i nie umniejsza faktu uzyskania dofinansowania przez Odwołującego. Podkreślenia wymaga również, że kwota dofinansowania uzyskanego przez dany podmiot w danym miesiącu jest możliwa do potwierdzenia w ogólnodostępnej bazie SUDOP - Wyszukiwanie pomocy otrzymanej przez beneficjenta, do której dostęp ma również Zamawiający. Należy także podkreślić, że Odwołujący realizuje na rzecz Zamawiającego tożsame usługi z pomocą osób niepełnosprawnych, co potwierdził sam Zamawiający, w związku z czym tym bardziej powyższa okoliczność powinna zostać przez Zamawiającego uznana za potwierdzoną bez konieczności przesyłania dodatkowych dokumentów. Skoro bowiem Zamawiający ma dostęp do określonych informacji z urzędu i nie ma wątpliwości co do tego, że Odwołujący korzysta z pomocy publicznej i uzyskuje stosowne dofinansowania z PFRON, to nielogiczne jest wymaganie wykazania przedmiotowej okoliczności, a tym bardziej twierdzenie, że jej niewykazanie powinno doprowadzić do odrzucenia oferty z powodu rzekomego zaoferowania rażąco niskiej ceny;

- 5) Za nietrafne i niezgodne z poglądami doktryny zamówień publicznych należy uznać twierdzenie Zamawiającego, że: „Za dowód nie może służyć przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja. Jest to wyłącznie jego oświadczenie”. Wykonawca uprawniony jest do złożenia wszelkich dowodów, z których w ocenie wykonawcy będzie wynikać, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską; Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnia, na jakiej podstawie zakłada możliwość naruszenia ww. przepisów, przez co Odwołującemu trudno odnieść się do niewyrażonych wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący prawidłowo skalkulował koszty zatrudnienia wymagane dla należytej realizacji zamówienia. Jak wspomniano, Odwołujący realizuje na rzecz Zamawiającego tożsame usługi z pomocą osób niepełnosprawnych (co podkreślił, sam Zamawiający). Skoro więc przy zbliżonym zaangażowaniu dotychczas Zamawiający (ani jakikolwiek inny podmiot) nie stwierdził naruszenia przez Odwołującego przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, to trudno jest określić w oparciu o jakie okoliczności Zamawiający powziął wątpliwość co do zgodności z kalkulacją Odwołującego z tymi przepisami

Podsumowując rozważania dotyczące błędnej oceny wyjaśnień Odwołujący podniósł, że Zamawiający poczynił błędne założenia, które nie wynikają z samej treści wyjaśnień i które doprowadziły go do nieprawidłowych wniosków.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający podając okoliczności faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego nie odniósł się do poszczególnych elementów cenowych wskazanych w wyjaśnieniach ograniczył się jedynie do lakonicznego stwierdzenia, że przedstawione wyjaśnienia są typowe dla innych postępowań i nie pozwalają w żaden sposób na określenie poziomu ich wpływu na wysokość ceny poszczególnych elementów cenowych. Powyższe sugeruje, że uzasadnienie odrzucenia odwołania zostało sporządzone bez wnikliwego zapoznania się przez Zamawiającego z treścią wyjaśnień w zakresie poszczególnych elementów cenowych (z wyjątkiem kwestii wynagrodzeń pracowników), a w konsekwencji nie zawiera w tym zakresie uzasadnienia faktycznego rzekomego wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny i decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. W konsekwencji Odwołujący nie ma jak przedstawić argumentacji przeciwnej, skoro nie poznał w istocie podstaw faktycznych i prawnych wniosku Zamawiającego o rzekomym zaoferowaniu przez Odwołującego rażąco niskiej ceny. Oznacza to, że poprzez brak podania uzasadniania faktycznego podstaw odrzucenia ofert doszło do naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca Inwencja w toku niniejszego postępowania nieprawidłowo wypełnił Formularz cenowy dla - ADM-1. Z załącznika 2a do formularza oferty złożonego przez Inwencja wynika, że wykonawca ten nie wypełnił pozycji dotyczącej wynagrodzenia netto za cały okres obowiązywania umowy, pozycji stawki podatku VAT a także pozycji wynagrodzenie brutto za cały okres obowiązywania umowy w odniesieniu do pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” załącznika 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM-1) w ramach części nr I postępowania. Dodatkowo wykonawca Inwencja nie wskazał stawki podatku VAT dla pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych - pow. do 4mw okresie umowy - pozostałe” załącznika 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM-1) w ramach części nr I Postępowania. Zamawiający dokonał poprawienia oferty tego wykonawcy uzupełniając samodzielnie (bez ingerencji wykonawcy Inwencja) kwotę wynagrodzenia netto za cały okres obowiązywania umowy, pozycję stawki podatku VAT a także pozycję wynagrodzenia brutto za cały okres obowiązywania umowy, a także samodzielnie zmienił łączną wartość wynagrodzenia wykonawcy Inwencja. Powyższe w świetle przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Działanie Zamawiającego pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych. W postępowaniu nie istniały bowiem narzędzia pozwalające Zamawiającemu na samodzielne ustalenie stawki podatku VAT za wykonawcę Inwencja, pomimo że ustalenie stawki podatku VAT stanowi istotny element oferty. Mechanizmy, które dopuszczałyby takie działanie Zamawiającego nie wynikają ani z przepisów prawa (w szczególności z treści ustawy Pzp), ani nie zostały określone w SWZ - Zamawiający nie przewidział takiej sytuacji, w której

możliwe byłoby uzupełnianie stawki podatku VAT w przypadku niewypełnienia przez wykonawców tej pozycji. Stawka VAT dla przedmiotowych pozycji nie wynika także z wzoru dokumentu „Formularz cenowy dla - ADM-1”. Skoro zatem nie istniały podstawy prawne do samodzielnego wskazania przez Zamawiającego stawki podatku VAT w ofercie wykonawcy Inwencja, to działanie takie powinno zostać uznane za nieuprawnione, wskutek czego konieczne jest uchylenie decyzji Zamawiającego polegającej na poprawieniu przedmiotowych uchybień bez ingerencji wykonawcy Inwencja.

Konsekwencją opisanego powyżej naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp było nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inwencja w zakresie części nr I, pomimo że oferta wykonawcy Inwencja jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający bezprawnie zaniechał zatem zastosowania w stosunku do oferty wykonawcy Inwencja obligatoryjnej sankcji w postaci odrzucenia oferty, która wynika z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Kolejną konsekwencją opisanego powyżej naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp było nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inwencja w zakresie części nr I, pomimo że oferta wykonawcy Inwencja zawiera błędy w obliczeniu ceny, ze względu na zaniechanie samodzielnego wypełnienia przez wykonawcę Inwencja pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych -pow. 4mw okresie umowy - pozostałe” w zakresie stawki podatku VAT oraz pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” w zakresie wynagrodzenia netto, stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto w załączniku 2a do oferty Inwencja (Formularz cenowy dla - ADM-1). Zamawiający bezprawnie zaniechał zatem zastosowania w stosunku do oferty wykonawcy Inwencja obligatoryjnej sankcji w postaci odrzucenia oferty, która wynika z 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W dniu 21 czerwca 2022 r. Zamawiający kopię otrzymanego odwołania przekazał pozostałym wykonawcom za pośrednictwem platformy zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 24 czerwca 2022 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 13 lipca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przeprowadzenie dowodu z załączonych dokumentów na okoliczności wskazane w treści pisma.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty oraz złożone przez wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach, w tym dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia – Nr sprawy: TZP – 002/4/2019.
2. Formularz ofert złożony przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2019 r.
3. Aneks nr 3 do umowy 93/ADM-2/2019/G z dnia 13.05.2019 r. z załącznikami.
4. Formularz cenowy dla ADM-5 (2019 rok).
5. Umowa 77/2019 z dnia 13.05.2019 r. zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego.
6. Umowa 85/ADM-2019 z dnia 13.05.2019 r. zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego.
7. Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w maju 2022 r.
8. Nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.
9. Noty księgowe za naliczone kary umowne.
10. Protokół z dnia 29 grudnia 2021 r.
11. Protokół z dnia 29 grudnia 2021 r.

Izba dopuściła także zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowody (zgodnie ze spisem dowodów przedłożonych przez Odwołującego), tj.:

1. Potwierdzenie transakcji dotyczącej dofinansowania z PFRON z dnia 31 maja 2022 r., otrzymanego przez Odwołującego w kwietniu 2022 r.
2. Informacja o wysokości przysługującego Odwołującemu dofinansowania do wynagrodzeń z dnia 22 czerwca 2022 r. za maj 2022 r. wraz z informacją a zmianie nazwy z dnia 21 lutego 2022 r.
3. Lista przypadków pomocy publicznej otrzymywanej od beneficjenta – Odwołującego.
4. Formularze INF-DP dotyczące 22 osób zatrudnionych przez Odwołującego.
5. Orzeczenia o stopniu niepełnosprawności – stopień lekki, umiarkowany zwykły, umiarkowany specjalny – dotyczące 20 osób zatrudnionych przez Odwołującego z terenu Miasta Gorzowa i okolic.
6. Orzeczenia o stopniu niepełnosprawności wraz z zaświadczeniem lekarskim stwierdzającym zgodę na pracę w pełnym wymiarze czasu pracy oraz w porze nocnej przez pracowników Odwołującego – 5 osób.
7. Szczegółowa kalkulacja kosztów środków utrzymania czystości – wspólna dla części I, II i V zamówienia objętego postępowaniem wraz z fakturą nr 185/G/2022 z dnia 30 maja 2022 r.
8. Szczegółowa kalkulacja kosztów związanych z urlopami ponoszonymi przez Odwołującego w związku z realizacją zamówienia w zakresie części I zamówienia objętego postępowaniem.
9. Szczegółowa kalkulacja kosztów związanych z urlopami ponoszonymi przez Odwołującego w związku z realizacją zamówienia w zakresie części II zamówienia objętego postępowaniem.
10. Szczegółowa kalkulacja kosztów związanych z urlopami ponoszonymi przez Odwołującego w związku z realizacją zamówienia w zakresie części V zamówienia objętego postępowaniem.
11. Prawo jazdy wraz z orzeczeniem lekarskim stwierdzającym możliwość wykonywania pracy w zakresie operatora traktora z kosiarką zbierającą pokos dla pracownika Odwołującego posiadającego umiarkowany stopień niepełnosprawności.
12. Referencje uzyskiwane przez Odwołującego od Zamawiającego.
13. Lista przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta.
14. Faktura VAT (...) w przedmiocie nabycia ciągnika rolniczego TYM T353HST, nr podwozia 35NHG00797.
15. Faktura VAT (...) w przedmiocie nabycia ciągnika rolniczego TYM T353HST, nr podwozia 35NHG00800.
16. Faktura VAT (...) przedmiocie nabycia kosiarki samojezdnej Park 340 MWX

17. Faktura VAT (...) w przedmiocie nabycia pługu do śniegu CITY 150 firmy SAMASZ, posypywarki MOTYL N031 firmy POM AUGUSTÓW oraz zmiatarki ZS 150 firmy POMAROL.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Zarzuty naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na niezasadnym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Odwołującego w części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 (zarzut 1, 5 i 9) ustawy Pzp,
2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na błędnej, nieprzejrzystej i nielogicznej ocenie wyjaśnień Odwołującego w zakresie ceny oferty w części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem z dnia 26.05.2022 r., zwane dalej „wyjaśnieniami”, złożonych przez Odwołującego w odniesieniu do części nr I, II i V prowadzącej do nieuzasadnionego stwierdzenia, że wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie części nr I postępowania, pomimo że wyjaśnienia wraz z dowodami jednoznacznie wskazują, że zaoferowana przez Odwołującego cena w części nr I, II i V postępowania jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 (zarzut 2, 6 i 10) ustawy Pzp,

potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 6 779 373,53,00 zł, co stanowi równowartość 1 552 223,26 euro (protokół postępowania) z podziałem na 5 części:

1. 1 282 003,23 zł, co stanowi równowartość 287 857,75 euro,

2. 1 323 209,48 zł, co stanowi równowartość 297 110,09 euro,
3. 1 163 969,13 zł, co stanowi równowartość 261 354,66 euro,
4. 1 176 177,53 zł, co stanowi równowartość 264 095,91 euro,
5. 1 834 014,18 zł, co stanowi równowartość 411 804,87 euro,

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 5 755 551,81 zł brutto, z czego na poszczególne części przewidziano:

1. Część I: 1 056 351,38 zł,
2. Część II: 1 164 424,33 zł,
3. Część III: 947 769,84 zł,
4. Część IV: 980 101,13 zł,
5. Część V: 1 606 905,13 zł

Do wyznaczonego terminu składania ofert zostały złożone oferty dwóch wykonawców:

- dla Części I zamówienia ofertę złożył wykonawca INWENCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – cena oferty 1 113 994,96 zł oraz wykonawca ECO EXPERT Spółka jawna K.M. J. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – cena oferty 795 840,88 zł,
- dla Części II zamówienia ofertę złożył wykonawca INWENCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – cena oferty 1 146 823,39 zł oraz wykonawca ECO EXPERT Spółka jawna K.M. J. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – cena oferty 889 984,14 zł,
- dla Części V zamówienia ofertę złożył wykonawca INWENCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – cena oferty 1 583 025,27 zł oraz wykonawca ECO EXPERT Spółka jawna K.M. J. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – cena oferty 1 054 532,54 zł

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 19 maja 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i istotnych części składowych zaoferowanej ceny, podnosząc że:

1. w części I, II i IV zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
2. w części V zaoferowana cena (1 054 532,54 zł brutto) jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej

przed wszczęciem postępowania. Wartość tę Zamawiający podał do publicznej wiadomości po upływie składania ofert i wynosi ona 1 606 905,13 zł.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 26 maja 2022 r., złożył wyjaśnienia w zakresie części I, II i V, załączając wyspecyfikowane w piśmie dowody.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień.

Pojęcia „wydaje się” i „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i mają szerokie możliwości zastosowania. Tak więc Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić czy wrażenie niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny oferty danego wykonawcy. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest do żądania od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień tylko w sytuacji zaistnienia okoliczności określonych w tym przepisie. Instytucja ta umożliwia weryfikację wiarygodności ceny zaoferowanej przez wykonawcę i daje możliwość wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z niewykazaniem braku rażąco niskiej ceny wiąże się sankcja w postaci odrzucenia oferty.

Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny poddaje je analizie i dopiero w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny lub kosztu tej oferty podlega ona odrzuceniu.

W tym konkretnym stanie faktycznym jedynie cena oferty Odwołującego w zakresie części V jest niższa o 33,38% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

Jest ona niższa od ceny, która nakłada na Zamawiającego obowiązek obligatoryjnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Natomiast w zakresie części I i II – jak wskazał Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny - zaferowana cena oraz jej istotne części składowe wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wątpliwości swe oparł na tym, że oferta Odwołującego w znacznej części opiera się na stawkach zastosowanych przez tego wykonawcę w ofercie sprzed trzech lat i w szczególności dotyczą one utrzymywania wskazanych w rejonie ADM-4 podwórek oraz bieżącego utrzymania chodników i terenów zielonych w rejonie ADM-5, składników cenotwórczych, których nie sposób wywieść z kalkulacji cenowej a w sposób znaczący wpływające na cenę usługi, w szczególności koszty pracownicze, stosowanych środków czystości, myjących, konserwujących, dezynfekujących) dopuszczonych do obrotu, jak i środków do zwalczania śliskości i usuwania śniegu. Cena oferty Odwołującego w tych częściach (I i II) nie była niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług a jedynie jej istotne części składowe wydały się Zamawiającemu rażąco niskie.

Istotnie – jak wykazał Zamawiający - różnica między ceną oferty Odwołującego złożoną w 2019 r. a ceną złożoną w tym postępowaniu wynosi odpowiednio: 2,38% (ADM-1), 3,53%(ADM-2) i 3,52% (ADM-5). Są to jednak - jak słusznie podniósł Odwołujący - dwa różne postępowania. A ponieważ do wyłącznej decyzji wykonawcy należy kwestia ustalenia wysokości marży jaką uzyska w danym postępowaniu to wykonawca zdecyduje o wysokości uzyskiwanego zysku. W tym postępowaniu Odwołujący zrezygnował z części marży i mimo to uzyska zysk. W treści złożonych wyjaśnień bowiem podał nie tylko to, że uzyska zysk, ale i wykazał jego wysokość w okresie 36 miesięcy. Przedstawił także szczegółowe kalkulacje cenowe dla poszczególnych części zamówienia.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach podał także czynniki, które miały wpływ na wysokość zaferowanej przez niego ceny. Istotnie - nie odpowiadają one oczekiwaniom Zamawiającego. Trudno jednak się spodziewać przy tego rodzaju prostych czynnościach jakiś szczególnych rozwiązań, w tym także technicznych. Wskazane w wyjaśnieniach czynniki – jak podniósł Odwołujący - bo to przecież Odwołujący kalkulował cenę oferty, mają niewątpliwie wpływ na wysokość tak skalkulowanej ceny. Odwołujący obecnie realizuje bowiem zamówienie dla tych części, które objęte są przedmiotem tego odwołania, wobec czego znane mu są wszystkie aspekty ich realizacji. Wykonawca ma podpisane umowy w zakresie tego rodzaju usług we wszystkich rejonach Gorzowa co pozwala nie tylko na obniżenie kosztów z uwagi na koordynację prac w poszczególnych rejonach miasta, ale i

dobrze funkcjonujący nadzór a co za tym idzie jakość wykonanych prac. Dysponuje także własnym zapleczem biurowo – magazynowym a także parkiem maszynowym i sprzętowym oraz wszelkimi narzędziami do wykonywania zakresu będącego przedmiotem realizowanych usług.

Czynnikiem, który wydaje się jednym z najważniejszych, jest pomoc publiczna uzyskiwana przez wykonawcę, który zatrudnia także osoby niepełnosprawne, obniżając w ten sposób koszty pracy. I jest to okoliczność bezsporna. Odwołujący korzysta bowiem z pomocy publicznej, na dowód czego przedstawił Informację o wysokości przysługującego dofinansowania do wynagrodzeń przyznaną przez PFRON. Złożył również wyliczone koszty zatrudnienia osób niepełnosprawnych, podkreślając przy tym, że do realizacji zamówienia zostaną przydzielone także osoby posiadające orzeczenia o stopniu niepełnosprawności. Co więcej, wyliczył i przedstawił koszty zatrudnienia dla poszczególnych rejonów obejmujące nie tylko koszty zatrudnienia pracowników do utrzymania czystości wewnątrz budynków oraz sprzątnięcia terenów zewnętrznych i terenów zielonych, ale także kosztów zatrudnienia pracowników do wykonywania usług incydentalnych (np. koszenie trawników, przycięcia żywopłotów, przycinki drzew czy też usuwania wiatrowałów i wiatrołomów). Wykonawca ten - wbrew twierdzeniom Zamawiający – szeroko odniósł się do otrzymanego wezwania. Jego wyjaśnienia nie są ogólnikowe i są poparte złożonymi wraz z wyjaśnieniami dowodami.

Okoliczności na jakie powołuje się Zamawiający, tj. kwestie dotyczące nieprawidłowego zrealizowania przez Odwołującego usługi w dniach: 25 - 26 i 29 grudnia 2021 r. są istotne z punktu widzenia realizacji umowy zawartej w 2019 r. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, którego zakres jest niemal tożsamym z obecnie prowadzonym postępowaniem. Nienależyte wykonywanie umowy nie może jednak stanowić podstawy do oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty odwołującego. Służą temu inne podstawy prawne.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty Odwołującego potwierdziły się.

W związku z uwzględnieniem zarzutów dotyczących nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu ewentualnego – podniesionego z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach 1 i 2 powyżej - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty w części nr I zamówienia objętego postępowaniem, mimo że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego w części nr I zamówienia objętego postępowaniem, co jest niewystarczające

dla stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska i co doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Odwołujący zastrzega przy tym, że w jego ocenie wyjaśnienia w odniesieniu do części nr I były kompletne, spójne logiczne i wystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska (zarzut 3, 7 i 11). Skoro bowiem Izba uznała, że Odwołujący sprostą obowiązkowi złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny rozpatrywanie zasadności ponownego wezwania do niejako uzupełnienia już złożonych wyjaśnień jest bezcelowe.

W kontekście powyższego potwierdził się także **zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w ramach części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr I, II i V zamówienia objętego postępowaniem w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (zarzut 4, 8 i 12)**. Gdyby bowiem oferta Odwołującego nie została odrzucona mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzut jest konsekwencją zarzutów dotyczących nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego na skutek uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak podania uzasadniania faktycznego podstaw odrzucenia oferty, z uwagi na brak wskazania w zakresie których elementów oraz z jakich przyczyn merytorycznych Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za złożone w „w sposób szablonowy, wykorzystywany w wielu innych postępowaniach, przywołując w sposób ogólny czynniki mające wpływ na cenę i nie określił w żaden sposób poziomu ich wpływu na wysokość tej ceny, jak również w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób wskazane przezeń okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują wykonawcy, który złożył ofertę konkurencyjną w przedmiotowym postępowaniu”, podczas gdy wyjaśnienia zawierały szczegółowe odniesienie do wszystkich istotnych kwestii mających wpływ na ustalenie ceny oferty Odwołującego wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień ceny (zarzut 13) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 10 czerwca 2022 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie części I, II i V zamówienia na podstawie art. 226 ust. 8

ustawy Pzp jako zawierającą rażąco niską cenę, wskazując że wykonawca złożył wyjaśnienia, których treść w ocenie Zamawiającego nie potwierdza, że nie zastosował on rażąco niskiej ceny. Wskazał m.in., że wykonawca mimo podania, iż najważniejszym, większościowym czynnikiem kosztowym wykonania zamówienia są koszty osobowe i deklaracji zatrudnienia pracowników legitymujących się co najmniej umiarkowanym stopniem niepełnosprawności i uzyskiwaniem dofinansowania z PFRON, pozostał bierny dowodowo.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 253 ust. 1 pkt ustawy Pzp stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty (...),
 - 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Oznacza to, że Zamawiający, który przekazuje wykonawcom informacje w zakresie określonym w art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla dokonanych czynności.

W przekazanej Odwołującemu informacji o odrzuceniu jego oferty Zamawiający zamieścił podstawy faktyczne dokonanej czynności. Poza wskazaniem, że wykonawca złożył wyjaśnienia, których treść w ocenie Zamawiającego nie potwierdza, że nie zastosował on rażąco niskiej ceny podał także, że wobec nienależytego wyjaśnienia i udowodnienia nie może powtórnie „pytać o to samo”. Odniósł się także do treści wezwania do złożenia wyjaśnień, zestawiając je z treścią wyjaśnień i kładąc jednocześnie nacisk na koszty zatrudnienia pracowników. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego nie było ani ogólnikowe, ani szablonowe, ani też lakoniczne. Uzasadnienie powinno pozwalać na ustalenie przyczyn odrzucenia oferty wykonawcy i uzasadnienie będące przedmiotem tego zarzutu na to pozwala. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają bowiem informacji dotyczącej stopnia szczegółowości takiego uzasadnienia. A ponadto uzasadnienie będące przedmiotem tego zarzutu a właściwie jego brak pozwoliło jednak Odwołującemu na skuteczne wniesienie odwołania. Dlatego też zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na nieuprawnionym poprawieniu (uzupełnieniu) braków w treści oferty wykonawcy INWENCJA jako oczywistej omyłki pisarskiej i oczywistej omyłki rachunkowej w ramach pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: starszych -pow. 4mw okresie umowy - pozostałe” stawki podatku VAT oraz w ramach pozycji „pielęgnacja drzew [szt.]: młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” wynagrodzenia netto,

stawki podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto w załączniku 2a do oferty INWENCJA (Formularz cenowy dla - ADM-1) w ramach części nr I postępowania, podczas gdy przedmiotowe uchybienia nie mogą zostać potraktowane jako odpowiednio oczywista omyłka pisarska oraz oczywista omyłka rachunkowa i w konsekwencji nie powinny zostać uzupełnione przez Zamawiającego (zarzut 14) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie z podziałem na 5 części.

Zamawiający w rozdziale XI SWZ „Sposób obliczenia ceny” podał m.in.:

1. „Na potrzeby wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca zobowiązany jest podać łączną cenę brutto (maksymalne zobowiązanie) za wykonanie usług w danej części zamówienia, obliczoną w oparciu o tabele „formularz cenowy” stanowiące załącznik do formularza oferty, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ.
2. Cenę oferty stanowi suma iloczynów cen jednostkowych za poszczególne usługi, ich szacunkowej ilości oraz krotności w poszczególnych częściach zamówienia.
3. Cena obliczona w sposób określony w ust. 2 będzie podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert.”

Do SWZ Zamawiający załączył pięć „Formularzy cenowych” dedykowanych dla poszczególnych części zamówienia, podając jednocześnie stawkę podatku VAT dla wszystkich pozycji formularzy cenowych dla części II – V.

W „Formularzu cenowych dla ADM-1” Zamawiający nie zamieścił stawki podatku VAT dla pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” oraz pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych – pow. do 4mw okresie umowy - pozostałe”, jak również formuły pozwalającej na automatyczne wyliczenie ceny.

Wykonawca INWENCJA dla części I zamówienia złożył formularz cenowy, w którym dla pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” podał „cenę jednostkową netto” w wysokości „220,00”, „wynagrodzenie netto za cały okres obowiązywania umowy” w wysokości „20460,00” oraz „wynagrodzenie brutto za cały okres obowiązywania umowy” w wysokości „22 096,80”, w którym nie podał stawki podatku VAT. Natomiast dla pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych – pow. do 4mw okresie umowy - pozostałe” wykonawca INWENCJA podał „cenę jednostkową netto” w wysokości „70,00”, nie wypełniając pozostałych danych dotyczących tej pozycji.

Zawiadomieniem z dnia 19 maja 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawcę IINWENCJA, iż działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprawił w treści oferty tego wykonawcy oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe, podając, że omyłki polegają na:

- 1) braku wskazania stawki podatku VAT w poz. „pielęgnacja drzew [szt.] starszych - pow. do 4mw okresie umowy - pozostałe” (wartość brutto podano wliczoną w sposób prawidłowy) – oczywista omyłka pisarska;
- 2) braku skalkulowania wartości usługi w zakresie poz. „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” – oczywista omyłka rachunkowa – z uwagi na brak obliczeń w oparciu o oferowaną stawkę jednostkową.

Zamawiający wskazał metodologię poprawienia omyłek, wskazując iż:

„Poz. „Pielęgnacja drzew [szt.] starszych - pow. do 4mw okresie umowy - pozostałe” wpisano wysokość stawki podatku VAT: 8%.

Poz. „Pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum” – w oparciu o oferowaną stawkę jednostkową 70,00 z pln netto przemnożoną o 33 szt. otrzymano 2 310,00 pln netto, co powiększone o podatek VAT (8%) daje 2 494,80 pln netto. Powyższe zmiany wpływają na zmianę ogólnej wartości oferty: było 1 113 994,96 pln netto jest 1 116 489,76 pln brutto”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 223 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie:

1. oczywiste omyłki pisarskie,
2. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3. inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”

W przypadku gdy Zamawiający stwierdzi w treści oferty omyłki ma obowiązek dokonania wszystkich koniecznych poprawek.

Niewątpliwym jest, że to Zamawiający w załączonych do SWZ „Formularzach cenowych” dla części II-V wskazał stawkę podatku VAT dla wszystkich pozycji wyspecyfikowanych w formularzu oraz formułę pozwalającą na automatyczne wyliczenie ceny. Nie uczynił tego jednak w odniesieniu do dwóch pozycji „Formularza cenowego dla ADM-1” a więc części I. Pozycje te, identyczne dla wszystkich formularzy cenowych, objęte były tą samą stawką podatku VAT. Stawka ta (stawka podatku VAT dla pozycji „pielęgnacja drzew [szt.] starszych - pow. do 4mw okresie umowy – pozostałe” oraz pielęgnacji „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy – centrum” wyspecyfikowanych także dla pozostałych formularzy cenowych – formularzy II -V) jest identyczna i wynosi 8%. Brak wskazania właściwej stawki podatku VAT w formularzu cenowym dla ADM-1 – jak przyznał Zamawiający – jest wynikiem jego przeoczenia powstałego na etapie przygotowania postępowania. Stawkę podatku VAT dla tych pozycji można ustalić. Omyłka jest widoczna w zestawieniu przygotowanych przez Zamawiającego treści formularzy cenowych. Porównanie

tych formularzy pozwala więc na ustalenie prawidłowej treści formularza dla części I. Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2001 r., II SA 863/00 „błąd pisarski – to widoczne, wbrew zamierzeniu (...) niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. „Oczywistość polega na tym, że okoliczność popełnienia błędu nie budzi wątpliwości przy porównaniu z innymi dokumentami, (...) W szczególności chodzi tu o przeoczenie, że coś źle odczytano, pominięto przy pisaniu, wpisano w niewłaściwej rubryce albo przeinaczono część wyrazu”. (wyrok NSA w Gdańsku z dnia 16 grudnia 1987 r., sygn. akt SA/Gd 679/87). W tym stanie faktycznym to Zamawiający w treści przekazanego wykonawcom „Formularza cenowego dla ADM-1” nie zamieścił określonych informacji, w tym stawki podatku VAT. Wykonawca INWENCJA w odniesieniu do dwóch pozycji wypełnił formularz w sposób zgodny z treścią załączoną do SWZ, a więc bez podania stawki podatku VAT i zastosowania formuły pozwalającej na wyliczenie ceny. W tej sytuacji Zamawiający, wpisując stawkę podatku VAT, a tym samym korygując treść oferty wykonawcy INWENCJA, skorygował w istocie błąd, który sam spowodował. Tym samym Izba stwierdziła, że jest możliwe poprawienie błędu zaistniałego w tekście dokumentu (Formularza cenowego dla ADM-1) – stawki podatku VAT, spowodowanego przez Zamawiającego a następnie powielonego w złożonej ofercie (Formularzu cenowym dla ADM-1) przez wykonawcę INWENCJA jako oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych. Omyłki rachunkowe to takie błędy w ofercie, które wynikają z błędnego dokonania obliczeń rachunkowych, matematycznych. W tym przypadku takie omyłki mają miejsce. Wobec tego koniecznym było wykonanie różnego rodzaju obliczeń, które *de facto* doprowadziły do uzyskania brakujących danych dla jednej pozycji, tj. „pielęgnacja drzew [szt.] młodych - do 4mw okresie umowy - centrum”. Zamawiający wskazaną w „Formularzu cenowym dla ADM-1” stawkę jednostkową w wysokości 70,00 zł netto przemnożył przez 33 sztuki, otrzymując kwotę 2 310,00 zł netto, którą powiększył o podatek VAT (8%), uzyskując 2 494,80 zł netto. A ponieważ zmiany te wpłynęły na zmianę ogólnej wartości oferty w miejsce kwoty 1 113 994,96 zł netto prawidłowo wpisał kwotę 1 116 489,76 zł brutto, stanowiącą konsekwencję zastosowanych działań matematycznych. Zamawiający prawidłowo więc uczynił, dokonując wskazanych działań i poprawiając w tym zakresie formularz cenowy wykonawcy INWENCJA.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W kontekście powyższego nie potwierdził się także **zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezprawne i nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INWENCJA w**

ramach części nr I postępowania, podczas gdy treść oferty ww. tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny (zarzut 15 i 16). Powyższe zarzuty były bowiem konsekwencją zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, który to zarzut nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: