

**Sygn. akt: KIO 3291/22**  
**KIO 3317/22**

**WYROK**  
**z dnia 30 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez:

- A. odwołującego 1 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy oraz CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy (sygn. akt KIO 3291/22)
- B. odwołującego 2 - wykonawcę AWIMA Spółka jawna B. W. z siedzibą w Józefowie (sygn. akt KIO 3317/22)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zegrzu

przy udziale wykonawcy ECO-PLAN Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 3291/22 oraz KIO 3317/22

**orzeka:**

I. sygn. akt KIO 3291/22

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 i 3 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 2 i 3, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ECO-PLAN Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 1 tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego 1 tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 1 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego 1 tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

II. sygn. akt KIO 3317/22

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ECO-PLAN Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 2 tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego 2 tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 2 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego 2 tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 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:** .....

Sygn. akt: KIO 3291/22  
KIO 3317/22

## Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zegrzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Sprzątanie i utrzymanie w czystości powierzchni wew. oraz zew. utwardzonych i nieutwardzonych, utrzymanie pasów ochronnych i pasów p.poż. na terenie kompleksów wojskowych: Modlin, Nowy Dwór Mazowiecki, Rembertów, Zielonka, Puszcza Mariańska, Pilawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 194-548941.

I. W dniu 12 grudnia 2022 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy oraz CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, dalej jako „odwołujący 1” – wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 oraz 3, w tym zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ECO-PLAN Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku, dalej także jako „przystępujący” (sygn. akt KIO 3291/22);
- wykonawca AWIMA Spółka jawna B. W. z siedzibą w Józefowie, dalej jako „odwołujący 2” - wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, w tym zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego (sygn. akt KIO 3317/22)

KIO 3291/22

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ustawy Pzp poprzez:

1. błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego i błędnym uznaniu, że: złożone wyjaśnienia spełniają wymagania określone w ustawie Pzp oraz

odpowiadają na wątpliwości zamawiającego wyrażone w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 18 listopada 2022r., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący złożył lakoniczne, ogólne, wybiórcze, niewystarczające, nierzetelne wyjaśnienia, nie poparte żadnymi dowodami, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny poprzez nieuwzględnienie wszystkich kosztów związanych z wyceną wymagań określonych w SWZ i załącznikach, przewidują niedoszacowanie ceny oferty i jej części składowych m.in. z uwagi na nieujęcie w ww. pozycji wszystkich kosztów pracowniczych (m.in. PPK, wynagrodzenia chorobowego), wszystkich kosztów wywozu i utylizacji, (przyjęto zbyt niski koszt), przyjęto zbyt niski koszt paliwa, kosztów sprzętu, brak jest w nich informacji o planowanej obsadzie (ilości osób/ wymiar etatu), a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym istotnej części składowej ceny za pozycję:

a) w zakresie części 2 w pozycji nr 3 formularza cenowego - koszenie,

b) w zakresie części 3 w formularzu cenowym w pozycji:

- powierzchnie wewnętrzne Rembertów,
- powierzchnie zewnętrzne Rembertów,
- koszenie Rembertów,
- koszenie terenów zadrzewionych Rembertów,
- koszenie Zielonka,
- koszenie Puszcza Mariańska,
- koszenie Pilawa,

w szczególności nie przedstawił dowodów potwierdzających dokonaną amortyzację, nie przedstawił dowodu potwierdzającego posiadanie całości urządzeń i sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia; nie odpowiedział na jednoznacznie wyartykułowanie w treści wezwania z dnia 18 listopada 2022 r. zapytanie zamawiającego w zakresie zgodności oferty z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę czy też przepisami prawa pracy i zabezpieczeń społecznych – nie podał bowiem założeń odnoszących się do ilości osób, etatów, co całkowicie uniemożliwia zamawiającemu weryfikację poprawności kwot wskazanych w tabelach wyjaśnień ceny, jak i realności założenia realizacji umowy przy założonej ilości osób; co więcej zawarte w wyjaśnieniach treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny, w tym istotnej części składowej ceny za ww. pozycje formularza cenowego; ponadto w zakresie części 3 nie

zapewnił praw pracowniczych związanych z koniecznością zatrudnienia na umowę o pracę za wynagrodzeniem odpowiadającym co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę zgodnie z przepisami prawa określającymi wysokości owego wynagrodzenia na rok 2023, nie przedstawił dowodów, iż jest uprawniony do otrzymania dofinansowania z PFRON, że niepełnosprawni pracownicy mogą pracować w wymiarze 8 godzin,

2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, nie skalkulował pełnego zakresu istotnej części składowej cen jednostkowych w pozycji formularza cenowego tj.

a) w zakresie części 2 w pozycji nr 3 formularza cenowego - koszenie,

b) w zakresie części 3 w formularzu cenowym w pozycji:

- powierzchnie wewnętrzne Rembertów,
- powierzchnie zewnętrzne Rembertów,
- koszenie Rembertów,
- koszenie terenów zadrzewionych Rembertów,
- koszenie Zielonka,
- koszenie Puszcza Mariańska,
- koszenie Pilawa,

i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności z uwagi na: zakres przedmiotu zamówienia – powierzchnie i rodzaj czynności do wykonania zgodnie z OPZ, konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych i innych elementarnych składników ceny. Wykonawca miał obowiązek zapewnić odpowiednią ilość osób, materiałów, sprzętu, zapewniającą kompleksowe, należyte i staranne wykonanie usługi, zapewnić zgodną z prawem utylizację odpadów, a w ofercie zamawiający otrzymał wycenę, która nie uwzględnia tych wymogów, przystępujący nie ujął m.in. odpowiedniej minimalnej ilości osób, która jest niezbędna do należytej realizacji zamówienia, nie wskazał ilości i rodzaju sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż w ogóle posiada całość sprzętu, nie przedstawił dowodów potwierdzających dokonanie amortyzacji, nie uwzględnił kosztów PPK, wynagrodzenia chorobowego, wszystkich kosztów wywozu i utylizacji (przyjęto zbyt niski koszt), przyjęto zbyt niski koszt paliwa. Ponadto w zakresie części 3 nie zapewnił praw pracowniczych związanych z koniecznością zatrudnienia na umowę o pracę za

wynagrodzeniem odpowiadającym co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę zgodnie z przepisami prawa określającymi wysokości owego wynagrodzenia na rok 2023, nie przedstawił dowodów, iż jest uprawniony do otrzymania dofinansowania z PFRON, że niepełnosprawni pracownicy mogą pracować w wymiarze 8 godzin.

Przystępujący nie kalkulował w ramach podanych cen za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu cenowym, nie ujął w pozycji odnoszących się do poszczególnych pozycji kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu cenowym); przystępujący nie podaje jednoznacznych założeń kalkulacyjnych poprzez wskazanie ilości osób i etatów jakimi będzie realizował ww. wyceniany w pozycji formularza cenowego:

a) w zakresie części 2 w pozycji nr 3 formularza cenowego - koszenie,

b) w zakresie części 3 w formularzu cenowym w pozycji:

- powierzchnie wewnętrzne Rembertów,
- powierzchnie zewnętrzne Rembertów,
- koszenie Rembertów,
- koszenie terenów zadrzewionych Rembertów,
- koszenie Zielonka,
- koszenie Puszcza Mariańska,
- koszenie Pilawa,

a w konsekwencji:

– zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, w tym rażąco niskie ceny jednostkowe w ww. pozycji formularza cenowego w stosunku do przedmiotu zamówienia; mimo iż przystępujący nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, że cena oferty, w tym ceny jednostkowe za ww. pozycje formularza cenowego, nie jest rażąco niska,

– wybór oferty przystępującego, mimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę, w tym rażąco niskie ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia; mimo że przystępujący nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym rażąco niskiej ceny jednostkowej zawartej w ww. pozycjach formularza cenowego;

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy

wyjaśnień złożonych przez przystępującego, mimo że przystępujący nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty, w tym ceny jednostkowe, jest rażąco niska,

– przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się jak opisano powyżej.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- dokonania ponownej oceny ofert, a w tym: a) odrzucenia oferty przystępującego, b) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący 1 podniósł m.in., że ceny jednostkowe, których dotyczyło wezwanie zamawiającego, stanowią w świetle postanowień SWZ samodzielne ceny za poszczególne pozycje przedmiotu zamówienia, podlegające odrębnej ocenie w toku postępowania. Odwołujący 1 stwierdził, że udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący nie przedstawił wystarczających wyjaśnień oraz dowodów w zakresie, który wskazał zamawiający w wezwaniu. Na podstawie treści wyjaśnień nie jest możliwe zweryfikowanie, czy koszty pracownicze zostały ustalone w sposób prawidłowy. Odwołujący 1 wskazał również na brak wyspecyfikowania sprzętu i urządzeń (w zakresie ilości i rodzaju), który przystępujący zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz niejasną kwotę za amortyzację. Ponadto odwołujący 1 przedstawił wyliczenia kosztów utylizacji pokosu oraz paliwa w odniesieniu do usługi koszenia, kosztów pracowniczych w zakresie powierzchni wewnętrznych, kosztów realizacji usługi w zakresie powierzchni zewnętrznych, mające potwierdzać niedoszacowanie realizacji tych usług przez przystępującego. Wskazał również, że przystępujący nie podał ile osób i o jakim stopniu niepełnosprawności będzie brało udział w realizacji zamówienia.

KIO 3317/22

Odwołujący 2 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z:

- a. dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez przystępującego;

- b. błędnym uznaniem, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu, uwzględnia w cenie wszystkie koszty wymagane treścią SWZ i wynikające z odrębnych przepisów, została obliczona zgodnie z SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- c. zaniechaniem odrzucenia oferty przystępującego jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w związku z błędnym uznaniem, że przystępujący wykazał i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie w zakresie Części nr 1 zamówienia wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części nr 1 zamówienia;
- odrzucenia oferty przystępującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący 2 podniósł m.in., że w ramach złożonych wyjaśnień przystępujący nie powołał się na żadne wyjątkowe okoliczności wpływające na poziom zaofertowanej przez niego ceny, które odróżniałyby go od innych wykonawców. Nie podał również żadnych konkretnych, możliwych do zweryfikowania, informacji, które pozwalałyby ustalić o jakie konkretnie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze. Stwierdził, że przystępujący nie udowodnił, że w ogóle dysponuje sprzętem niezbędnym do wykonania usługi, a ponadto nie wyjaśniono kosztów związanych z amortyzacją, serwisem i eksploatacją sprzętu. Odwołujący 2 podniósł, że przystępujący udzielił ogólnikowej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pomijając elementy



wymienione w wezwaniu zamawiającego oraz nie przedstawił wiarygodnych dowodów. Zauważył, że wyjaśnienia ogólnikowe i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem wyjaśnień. Wskazał na skalkulowanie w cenie oferty przystępującego kosztów wynagrodzenia pracowników poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Stwierdził, że przystępujący nie uwzględnił dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidzianego na 2023 r. Odwołujący 2 przedstawił również wyliczenia, wraz z dowodami, wskazujące w jego ocenie na niedoszacowanie przez przystępującego realizacji usługi koszenia.

II. Pismami wniesionymi w dniu 22 grudnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołania. Zarzuty przedstawione w obydwu odwołaniach zamawiający uznał za niezasadne i wniósł o ich oddalenie.

Zamawiający wskazał m.in., że w odniesieniu do oferty przystępującego nie zachodziła żadna z obligatoryjnych przesłanek wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, a na wystosowanie do przystępującego takiego wezwania zdecydował się z ostrożności. Wyjaśnienia udzielone przez przystępującego uznał za przekonujące, konkretne, wyczerpujące i potwierdzające, że ceny zostały skalkulowane rzetelnie i gwarantują realizację zamówienia. Stwierdził, że pomiędzy cenami przystępującego a cenami odwołujących nie ma radykalnych rozbieżności.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w obydwu sprawach zgłosił wykonawca ECO-PLAN Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku. Pismami wniesionymi w dniu 22 grudnia 2022 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutów postawionych w odwołaniach. Zarzuty przedstawione w obydwu odwołaniach przystępujący uznał za niezasadne i wniósł o ich oddalenie.

Przystępujący wskazał m.in. na konieczność badania ceny całkowitej zaoferowanej w ramach poszczególnych części zamówienia. Wskazał na odmiennosc przyjętych założeń odnośnie technologii wykonywania koszeń, kosztów utylizacji, wywozu pokosu, zużycia paliwa, używanego sprzętu - względem rozwiązań przedstawionych przez odwołującego 1 oraz odwołującego 2. Zauważył, że jako dowody do wyjaśnień wymagane przez zamawiającego przedstawił swoje kalkulacje.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Okoliczności faktyczne dotyczące treści dokumentacji postępowania nie były pomiędzy stronami sporne. W tym zakresie należy wskazać w szczególności, co następuje:

Pismem z dnia 18 listopada 2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny w części 1, 2 oraz 3. W treści ww. wezwania zamawiający wskazał m.in., co następuje:

*„Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), w związku z tym, że cena części składowych w części 1 postępowania tj. — koszenie w wysokości 0,05 zł w części nr 2 postępowania tj. koszenie w wysokości 0,04 zł oraz w części nr 3 postępowania tj. powierzchnie wewnętrzne Rembertów w 3,44 zł, powierzchnie zewnętrzne — Rembertów w wysokości 0,44 zł, koszenie — Rembertów w wysokości 0,04 zł, koszenie terenów zadrzewionych — Rembertów w wysokości 0,04 zł, koszenie Zielonka, Puszcza Mariańska, Pilawa w wysokości 0,05 zł budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Zamawiający zwraca się o przedłożenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w jaki sposób obliczyli Państwo powyższe koszty w części nr 1, nr 2 i nr 3, które powinny dotyczyć w szczególności:*

- 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r., poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*

*Zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami.”*

Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 22 listopada 2022 r. W ramach wyjaśnień (załącznik nr 1 do ww. pisma) przystępujący przedstawił porównanie zaoferowanych całkowitych cen dla części 1, 2 oraz 3 w stosunku do kwot, które zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz cen całkowitych ofert pozostałych wykonawców w odniesieniu do tych części. Przystępujący powołał się na takie okoliczności, jak wypracowane know – how w zakresie zarządzania, organizacji pracy,

kontroli i doboru sprzętu – wskazał na posiadane w tym zakresie certyfikaty. Wyjaśnił, że ceny jednostkowe utrzymania powierzchni wewnętrznych są znacznie wyższe w obiektach o mniejszej powierzchni oddalonych od siebie w stosunku do cen jednostkowych za ww. usługi w obiektach o większej powierzchni zlokalizowanych blisko siebie. Przedstawił twierdzenia mające charakter ogólnych zapewnień, jak np. że ceny jednostkowe zostały skalkulowane zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz postanowieniami SWZ. Powołał się na swoje wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu na rzecz zamawiającego usług tego samego rodzaju. Na potwierdzenie tego, że ceny jednostkowe, których dotyczyło wezwanie zamawiającego, są cenami rynkowymi, przystępujący przedstawił: *Zestawienie rynkowych cen jednostkowych na usługi koszenia i utrzymania powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych* (załącznik nr 2 do ww. pisma) oraz *Kalkulacje cen jednostkowych* (załączniki nr 3 – 11 do ww. pisma, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – zamawiający uznał zastrzeżenie za nieskuteczne). W ramach załączonych do ww. pisma z dnia 22 listopada 2022 r. kalkulacji cen jednostkowych (załączniki nr 3 – 11) przystępujący przedstawił 11 pozycji kosztowych wyliczonych jako koszt netto wykonania 1 koszenia oraz koszt netto za cały okres umowy – w przypadku cen jednostkowych usługi koszenia, 8 pozycji kosztowych wyliczonych jako koszt netto w skali 1 m-ca oraz koszt netto za cały okres umowy - w przypadku ceny jednostkowej utrzymania powierzchni wewnętrznych oraz 11 pozycji kosztowych wyliczonych jako koszt netto w skali 1 m-ca oraz koszt netto za cały okres umowy - w przypadku ceny jednostkowej utrzymania powierzchni zewnętrznych. W kalkulacjach podano również kwoty zysku oraz podatku VAT.

Izba uznała, że odwołania podlegają uwzględnieniu.

Dokonując porównania treści wezwania zamawiającego oraz odpowiedzi udzielonej przez przystępującego należy przyznać rację odwołującym, że przystępujący nie przedstawił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Jak wynika z wezwania zamawiającego żądał on od przystępującego przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej (wraz z dowodami) uwzględniającej wskazane przez zamawiającego aspekty, tj. szczegółowej kalkulacji w zakresie:

- *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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r., poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*

- *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

W swoich kalkulacjach przystępujący przedstawił jedynie ogólną kwotę w zakresie „kosztów płacowych”, „kosztów z tyt. zastępstwa pracowników przebywających na urlopie”, „kosztów z tyt. utrzymania pracowników”, oraz „dotacji PFRON” w przypadku cen za utrzymanie powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych. Przystępujący nie wyjaśnił w jaki sposób kwoty te zostały przez niego wyliczone, jakie stawki wynagrodzenia zostały przyjęte, ile etatów, a w przypadku dotacji PRFON – ile osób i z jakim stopniem niepełnosprawności zostało w tym zakresie uwzględnionych. Wykonawca powinien przedstawił wyjaśnienia wyliczenia ceny w taki sposób, aby zamawiający był w stanie dokonać weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny przez wykonawcę. Podanie jedynie ogólnych kwot (bez wyjaśnień sposobu ich wyliczenia) uniemożliwia zamawiającemu, a w konsekwencji Izbie, dokonanie takiej weryfikacji. Ponadto, w niniejszej sprawie – wobec treści wezwania zamawiającego – należy to również zakwalifikować jako nieprzedstawienie wyjaśnień w zakresie wymaganym przez zamawiającego. W ten sam sposób należy także ocenić nieprzedstawienie żadnych dowodów do wyjaśnień. Zdaniem składu orzekającego Izby błędne jest stanowisko przystępującego, że za takie dowody mogą być uznane sporządzonego przez niego kalkulacje. Po pierwsze, jak wskazano m.in. w wyroku Izby, na który powołał się przystępujący (wyrok z dnia 11 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 224/22), dowodem mogą być również same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, jeśli cechują się dostatecznym stopniem szczegółowości. Jednakże kalkulacje przedstawione przez przystępującego nie spełniają ww. wymogu szczegółowości, a tym bardziej dotyczy to pozostałych wyjaśnień przedstawionych w załączniku nr 1 do pisma z dnia 22 listopada 2022 r. Ponadto, w treści wezwania zamawiający wprost wskazał, że wymaga złożenia dowodów oprócz żądanej szczegółowej kalkulacji (*„Zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami.”*).

W wezwaniu z dnia 18 listopada 2022 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, przedstawiających sposób obliczenia podanych cen jednostkowych w części nr 1, nr 2 i nr 3 (które powinny dotyczyć w szczególności wskazanych aspektów) – co oznacza, że przystępujący powinien był przedstawić wyjaśnienia wraz z dowodami także w odniesieniu do pozostałych kategorii kosztów składających się na ceny jednostkowe wymienione w wezwaniu zamawiającego. W ramach przedstawionych kalkulacji przystępujący podał jedynie ogólne kwoty kosztów takich jak np. „koszt paliwa”, „koszt amortyzacji”, „koszt utylizacji odpadów”. Jednakże, jak słusznie podnosili odwołujący, przystępujący – poza podaniem tych kwot – nie przedstawił żadnych wyjaśnień w jaki sposób koszty te zostały obliczone. Między innymi nie wskazano

sprzętu, którym przystępujący zamierza zrealizować zamówienie. Przystępujący nie przedstawił również dowodów potwierdzających zasadność ustalonych kosztów. Zamawiający nie miał zatem możliwości dokonania weryfikacji prawidłowości kalkulacji cen przystępującego także w ww. zakresie.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego, że na obecnym etapie postępowania badaniu powinny podlegać wyłącznie ceny całkowite zaoferowane w ramach poszczególnych części zamówienia. Po pierwsze, zamawiający skierował do przystępującego wezwanie do wyjaśnienia cen jednostkowych uznając je w ten sposób za istotne części składowe cen zaoferowanych w ramach poszczególnych części. Wezwanie to nie zostało zakwestionowane przez przystępującego. Po drugie, jak wynika z postanowień SWZ, a w szczególności § 6 i 9 projektu umowy, wskazane w wezwaniu zamawiającego ceny jednostkowe stanowią odrębne podstawy ustalania wynagrodzenia wykonawcy za poszczególne usługi, a wartość wynagrodzenia wykonawcy może ulec zmianie w przypadku zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia. Ustalenie cen jednostkowych stanowiących odrębne podstawy ustalania wynagrodzenia wykonawcy na rażąco niskim poziomie może stwarzać ryzyko niewykonania bądź nienależytego wykonania usług, za których ceny te przewidziano. Nie będzie tak w każdym przypadku przewidzenia tego sposobu ustalania wynagrodzenia wykonawcy. W zależności od różnych okoliczności (zakresu danych usług w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, stopnia pewności wykonawcy co do realizacji konkretnych części składowych przedmiotu zamówienia) może wystąpić sytuacja, w której nawet zniżenie niektórych cen stanowiących odrębne podstawy ustalania wynagrodzenia wykonawcy nie będzie, w świetle zaoferowanej ceny całkowitej oferty, stwarzać ryzyka niewykonania bądź nienależytego wykonania części zamówienia – np. wobec niewielkiego udziału usług, za które ceny te przewidziano, w całym przedmiocie zamówienia, a w szczególności tej części, co do której wykonawca posiada gwarancję realizacji. Niemniej jednak są to okoliczności, które powinny zostać wykazane przez wykonawcę zobowiązanego do udzielenia wyjaśnień ceny, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Po trzecie, zaistnienie podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdza się również w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, bez względu na to czy wezwanie to dotyczyło wyjaśnień ceny całkowitej oferty czy też jej istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do udzielenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny

lub kosztu. Natomiast z przypadkiem nieudzielenia wyjaśnień na wezwanie zamawiającego mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy w ogóle wykonawca nie udzielił odpowiedzi zamawiającemu, ale także wtedy, gdy odpowiedź ta zawiera głównie ogólne twierdzenia, nie odpowiada pod względem jej zakresu wezwaniu zamawiającego, w tym w odniesieniu do wymogu przedstawienia dowodów do wyjaśnień. Jak wskazano powyżej, Izba uznała, że taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący udzielił odpowiedzi o ogólnej treści, w tym w zakresie przedstawionych kalkulacji cen jednostkowych, oraz nie uwzględnił wymagań zamawiającego w zakresie koniecznej treści wyjaśnień, w tym również w odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów. Udzielone przez przystępującego wyjaśnienia nie pozwalały zamawiającemu na weryfikację prawidłowości kalkulacji cen zaoferowanych przez przystępującego. Należy w tym miejscu dodać, że Izba nie dała wiary twierdzeniom zamawiającego, że wezwanie do udzielenia wyjaśnień ceny wystosował do przystępującego z ostrożności. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Również z przyczyn losowych może się zdarzyć, że wykonawca nie udzieli w wymaganym terminie wyjaśnień na wezwanie zamawiającego. W związku z tym wystosowanie przez zamawiającego do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, która w ocenie zamawiającego nie jest ceną rażąco niską, należy uznać za działanie nieprawidłowe i niewskazane z punktu widzenia interesu publicznego. W związku z tym ww. stanowisko zamawiającego Izba uznała za przyjętą przez tę stronę strategię procesową.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie I.1 oraz II.1 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) oraz art. 556 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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:** .....