

Sygn. akt KIO 806/21

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę **Bakamax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opatowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Budowlana IKSLOW-TOR J. W. z siedzibą w Gryfowie Śląskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddała odwołanie.**
- Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Bakamax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opatowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Bakamax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opatowie** tytułem wpisu od odwołania.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Dolnośląska Służba Dróg i Kolei z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Rewitalizacja linii kolejowych nr 317 i nr 336 na odcinku Gryfów Śląski - Mirsk- Świeradów-Zdrój: Etap I - Przygotowanie placu pod rewitalizację*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem 776901-N-2020.

W dniu 15 marca 2021 r. wykonawca Bakamax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opatowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieudzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy, wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego przez niezasadne przyjęcie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez okoliczność, że wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły, że zaproponowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska, bowiem niemożliwym jest wykonanie pozycji „Wycinka drzew wymagających pozwolenia na wycinkę 317 i 336” pod względem finansowym i czasowym.
3. Art. 90 ust. 1 (i z ostrożności 1a) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) i art 90 ust. 3 ustawy Pzp przez jego zastosowanie i wezwanie do wyjaśnień, w sytuacji kiedy wezwanie było ogólne a cena oferty odwołującego, jak i jej istotne części składowe, nie powinny budzić wątpliwości, ponieważ nie jest ceną rażąco niską oraz nie jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust 1 i 2 ustawy.

4. Art. 91 ust. 1 w zw. z art 2 pkt 5 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ, z uwagi na fakt, iż oferta odwołującego była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, niepodlegającą odrzuceniu.

ewentualnie z ostrożności procesowej (zarzut ewentualny):

5. Art. 90 ust. 1 (1a) w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących kwestionowanej przez Zamawiającego ceny pozycji kalkulacji kosztów, wobec powzięcia wątpliwości co do wyjaśnień jednej pozycji i ocenienie tych wątpliwości na niekorzyść Odwołującego, odrzucając jego ofertę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego; ewentualnie z ostrożności procesowej o nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wątpliwości, dotyczących treści złożonych wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę, a wzywając Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ograniczył się jedynie do przytoczenia w wezwaniu literalnej treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie zlekceważył wezwania, lecz starał się wykazać okoliczności, które uznał za mające znaczenie. Z pisma Zamawiającego uzasadniającego odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że wyłączną przyczyną odrzucenia oferty był fakt uznania przez Zamawiającego niemożliwości wykonania jednej pozycji cenowej „Wycinka drzew wymagających pozwolenia na wycinkę 317 i 336” pod względem finansowym i czasowym. Zamawiający podał w uzasadnieniu odrzucenia, iż dokonał tej decyzji w oparciu o konsultacje z jakimiś firmami zajmującymi się wycinką drzew, zamiast oprzeć swoją decyzję, w sytuacji pojawienia się wątpliwości, o wyjaśnienia Odwołującego. Zamawiający nie tylko w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, ale także w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie wskazuje na jakikolwiek inny element oferty, który budziłby jego wątpliwości.

Zamawiający zaakceptował więc całe wyjaśnienia Odwołującego, poza pozycją wartą jedynie 13.714, 50 zł brutto, przy cenie całej oferty wynoszącej 1.273 314, 45 zł brutto, która w żaden sposób nie jest istotną częścią składową ceny, wpływającą nawet w małym stopniu na cenę całości zadania. Odnosząc się do zakwestionowanej pozycji, Zamawiający przyjął jako kryterium czas wykonania zadania, co mobilizuje Odwołującego do wykonania zamówienia w sposób jak najbardziej profesjonalny i ekonomiczny przy założeniu ceny

ryczałtowej. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia przyjął, że pewne roboty mogą być całkowicie niemożliwe do zrealizowania, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów, opierając się na jakichś konsultacjach z firmami i „katalogu norm czasu dla prac leśnych”, na który nie powinien się powoływać, ponieważ do prac z tej pozycji wcale nie musi mieć zastosowania, bowiem w tej pozycji są prace przygotowawcze, a nie związane z gospodarką pracy leśnej, z zagospodarowaniem, urządzaniem lasu.

Ponadto, Odwołujący mimo braku nałożonego przez Zamawiającego obowiązku odbycia wizji lokalnej w terenie, dokładnie przeanalizował miejsce prac, w szczególności stan istniejącego zadrzewienia, co pozwoliło na uwzględnienie nowoczesnych metod realizacji zamówienia i przygotowanie korzystnej cenowo oferty. Według oceny Odwołującego, popartej ofertami firm specjalizujących się w tego typu robotach, możliwe jest wykonanie zakwestionowanych przez Zamawiającego czynności, tj. wycinka krzewów i drzew wraz z uprzętnięciem terenu przez pracowników fizycznych oraz sprzęt specjalistyczny (forwadery, harwestery, frezy, mulczery itp.).

Jako dowód możliwości wykonania pozycji „Wycinka drzew wymagających pozwolenia na wycinkę 317 i 336” Odwołujący przedłożył oferty 3 firm, które są w stanie, jako podwykonawca, zrealizować wymienione tam roboty, za cenę niższą od niego. Odwołujący wystąpił o jeszcze bardziej szczegółowe wyliczenia oferty (kosztorysy) do ewentualnego podwykonawcy, który przedstawił swoją ofertę na etapie przygotowania oferty. Dlatego, między innymi, posiadając takie oferty, Odwołujący mógł przyjąć zysk na realizacji całego zadania w wysokości prawie 350 tys. zł. Potwierdzeniem złożenia przez Odwołującego oferty z ceną rynkową, nieodbiegającą od innych robót tego rodzaju na rynku, jest fakt złożenia w postępowaniu co najmniej 3 ofert o podobnej cenie.

Do postępowania odwoławczego w dniu 17 marca 2021 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Budowlana IKSLOW-TOR J. W. z siedzibą w Gryfowie Śląskim, dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej modyfikacji, ofert wykonawców, wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji Zamawiającego o

odrzuconiu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 kwietnia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 15 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy nPzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Rewitalizacja linii kolejowych nr 317 i nr 336 na odcinku Gryfów Śląski - Mirsk - Świeradów Zdrój: Etap I – przygotowanie placu pod rewitalizację*.

Zgodnie z pkt 11.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, ofertę stanowił *wypełniony „FORMULARZ OFERTY” oraz ZESTAWIENIE CENOWE – wg załącznika do SIWZ*. Stosownie do pkt 12.1 SIWZ cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Zestawienie cenowe, którego wzór stanowi załącznik do SIWZ. Zestawienie cenowe, o którym mowa w pkt 12.1. SIWZ Wykonawca wypełnia ściśle według kolejności pozycji. Wykonawca określi wartości netto oraz brutto dla wszystkich pozycji

wymienionych w Zestawieniu. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Zestawieniu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać żadnych zmian. Wykonawca winien przedstawić w ofercie cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszelkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, wymagane opłaty bez względu na okoliczności i źródła ich powstania oraz opusty, których Wykonawca zamierza udzielić. Cena ofertowa powinna uwzględniać wszystkie elementy składające się na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Po modyfikacji SIWZ Zestawienie cenowe dla linii 317 składało się z siedmiu pozycji, które należało uzupełnić w zakresie wartości netto i wartości brutto, tj.: 1. Wycinka i karczowanie krzaków wraz z oczyszczeniem terenu oraz utylizacją pozostałości po wycince; 2. Wycinka i karczowanie drzew nie wymagających pozwolenia wraz z oczyszczeniem terenu oraz utylizacją pozostałości po wycince; 3. Wycinka drzew wymagających pozwolenia na wycinkę (827 sztuk); 4. Mechaniczna rozbiórka torów kolejowych na podkładach drewnianych; 5. Mechaniczna rozbiórka torów kolejowych na podkładach betonowych; 6. Roboty ziemne wykonane mechanicznie z transportem urobku samochodami samowładowczymi; 7. Ścięcie ławy torowiska na głębokość do 20 cm wraz z utylizacją. Zestawienie cenowe dla linii 336 również składało się z siedmiu pozycji, które należało uzupełnić w zakresie wartości netto i wartości brutto, tj.: 1. Wycinka i karczowanie krzaków wraz z oczyszczeniem terenu oraz utylizacją pozostałości po wycince; 2. Wycinka i karczowanie drzew nie wymagających pozwolenia wraz z oczyszczeniem terenu oraz utylizacją pozostałości po wycince; 3. Wycinka drzew wymagających pozwolenia na wycinkę (428 sztuk); 4. Mechaniczna rozbiórka torów kolejowych na podkładach drewnianych; 5. Mechaniczna rozbiórka rozjazdów kolejowych zwyczajnych o promieniu 190m i skosie 1:9 S49; 6. Roboty ziemne wykonane mechanicznie z transportem urobku samochodami samowładowczymi; 7. Ścięcie ławy torowiska na głębokość do 20 cm wraz z utylizacją.

Zgodnie z postanowieniami załącznika do SIWZ nazwanego „wykaz drzew”, w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in. wycięcie 1255 szt. drzew rosnących wzdłuż linii kolejowej nr 317 i nr 336 wymagających pozwolenia na wycinkę.

Zamawiający ustalił kryterium oceny ofert w taki sposób, że cena oferty ma wagę 60%, a termin realizacji umowy, jeżeli wyniesie 3 miesiące, ma wagę 40%.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia jako kwotę 2.000.000,00 zł. Piętnastu wykonawców złożyło oferty w postępowaniu. Odwołujący podał w ofercie cenę 1.273.314,45 zł brutto, a w załączniku pn. „Zestawienie cenowe dla zadania „Rewitalizacja linii kolejowych nr 317 i nr 336 relacji Gryfów Śląski – Mirsk Świeradów Zdrój” podał, że wykona wycinkę 827 szt. drzew wymagających pozwolenia na wycinkę za cenę 5600,00 zł netto (6888,00 zł

brutto) dla linii kolejowej nr 317 oraz, że wykona wycinkę 428 szt. drzew wymagających pozwolenia na wycinkę za cenę 5550,00 zł netto (6826,50 zł brutto) dla linii kolejowej nr 336, czyli łącznie za 13 714,50 zł brutto.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z 5 lutego 2021 r., w celu ustalenia czy złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwał Odwołującego do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Odwołujący 9 lutego 2021 r. udzielił wyjaśnień, w tym wskazał w zakresie wycinki drzew wymagających pozwolenia na wycinkę linii 317 i 336, że:

1. *Wycinka i karczowanie drzew. Koszty jakie zostały przewidziane do tego zadania to min. koszt amortyzacji własnego sprzętu budowlanego (piły spalinowe, chwytaki) Koszt amortyzacji sprzętu — 400,00 zł brutto*
2. *Oczyszczeniem terenu. Koszty jakie zostały przewidziane do tego zadania to min. koszt amortyzacji własnego sprzętu budowlanego (piły spalinowe, chwytaki, koparki dwudrogowe wraz z pełnym osprzętem min in. w zrywaki do korzeni drzew) Koszt amortyzacji sprzętu, koszty paliw i obsługi codziennej — 2.400,00 zł brutto*
3. *Załadunek i transport drzewa do zamawiającego. Koszty jakie zostały przewidziane do tego zadania to min. koszt amortyzacji własnego sprzętu budowlanego (, koparki dwudrogowe wraz z pełnym osprzętem min in. w chwytaki do załadunku, samochody ciężarowe) Koszt amortyzacji sprzętu, koszty paliw i obsługi codziennej 4.000,00 zł brutto*
4. *Utylizacja pozostałości po wycince. Utylizacja pozostałości po wycince do powtórnego przetworzenia co pozwala uniknąć kosztów utylizacji.*

Podsumowanie godzin pracy dla pozycji nr. 1 Praca 8 pracowników po 8 godz. (8 osób x 8 godz. x 2 dni 128 godz.) Stawka godzinowa dla jednego pracownika — 24,50zł x 128 3.136/00 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 10 marca 2021 r., sprostowanym 11 marca 2021 r., poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, równocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca złożył wyjaśnienia, które w ocenie Zamawiającego potwierdzają, że cena jest rażąco niska. *Powołując się na Państwa kalkulację kosztów "Wycinki drzew wymagających pozwolenia na wycinkę 317 i 336", niemożliwym jest wykonanie tej pozycji pod względem finansowym i czasowym. Przyjęli Państwo, że do wycinki 1255 szt. drzew wymagających pozwolenia na wycinkę, potrzebują 8 pracowników, którzy w 2 dni robocze po 8h pracy wytną*

w/w ilość drzew. Z tego wynika, że 1 pracownik wytnie 157 szt. drzew przez 16h pracy. Czyli ok. 1 szt. co 6 min. Zamawiający po konsultacji z firmami zajmującymi się wycinką drzew i po sprawdzeniu „Katalogu norm czasu dla prac leśnych” stwierdza, że jest to całkowicie niemożliwe do zrealizowania. Przygotowanie stanowiska do ścinki, ścinka wraz z obaleniem, okrzesywanie, wycinka dłużyc i kłód, kłodowanie, wyrzynka grubizny, zwózka kłód i układanie surowca w miejscu wskazanym przez Zamawiającego jest niemożliwa w 6 min czyli 0,1 roboczo-godziny. Katalog prac leśnych przy uwzględnieniu najniższego stopnia trudności zajmują ponad 1,3 roboczo-godziny na wycinkę drzewa. Ponadto kwota podana na wykonanie danej pozycji to łącznie 13 714,50 zł brutto. $13\ 714,50\ \text{zł}/1255\ \text{szt.} = 10,93\ \text{zł/szt.}$ Brutto. Mając powyższe na uwadze złożone przez Państwa wyjaśnienia potwierdzają, że cena jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że niezasadne są zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Izba doszła do przekonania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp: *1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...) 1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (...).*

Oznacza to, że zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko w sytuacjach określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, tj. gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ale w każdej sytuacji, w której cena wydaje mu się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości

wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub z wymaganiami wynikającymi z przepisów odrębnych. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, cen innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Zatem, zamawiający ma prawo do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zawsze, gdy wzbudzi ona jego wątpliwości, niezależnie czy został spełniony którykolwiek z ww. progów.

Natomiast profesjonalista, jakim niewątpliwie jest Odwołujący, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, winien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Izba ustaliła, że wezwanie Zamawiającego rzeczywiście było dość ogólne, niemniej odnosiło się do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Odwołujący udzielając odpowiedzi przedłożył kalkulację kosztów wykonania w zakresie pozycji wymienionych w zestawieniu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty. Niemniej wykonawca winien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie poszczególnych kosztów, niepopartych dowodami, może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny za nierynkową.

Zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy nPzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje prawidłowość oceny złożonych przez niego wyjaśnień, jest udowodnienie przed Izbą, że były one prawidłowe, a tym samym że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty była błędna. Odwołujący nie powinien jednak przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznaną zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informację.

Zatem, załączone do odwołania dowody w postaci trzech ofert winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec które stosowany jest miernik

podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Odwołujący winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że oferta wykonawcy K. Usługi Transportowe Wycinka Drzew oraz oferta J. K. Usługi dla Leśnictwa i Rolnictwa nie zawierają dat, natomiast przedłożone na rozprawie kosztorysy zostały sporządzone w dniu 22 kwietnia 2021 r., zatem kilka miesięcy po wystosowanym do Odwołującego wezwaniu do wyjaśnień. Izba oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego stwierdza, że składały się one wyłącznie z wyjaśnień oraz kalkulacji, bez wskazania dowodów mających potwierdzać prezentowane stanowisko, a oferta spółki Zigger Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością również została załączona dopiero do odwołania. Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty.

Odwołujący nie załączył żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że jest w stanie wykonać prawidłowo usługę wycinki drzew wymagających pozwolenia na wycinkę wzdłuż linii 317 i 336. Ograniczył się jedynie do podania kilku kosztów i podsumowania, z którego wynika, że 8 pracowników w ciągu 2 dni roboczych dokona wycinki 1255 szt. drzew, co zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego oznacza, że każdy z pracowników, wykonując pracę przez 8 godzin bez żadnej przerwy dokona wycinki 1 drzewa w czasie ok. 6 minut. Wyjaśnienia Odwołującego nie nawiązują do wycinki za pomocą maszyn specjalistycznych typu harwester, forwarder, na które powołuje się w odwołaniu (w wyjaśnieniach mowa o piłach, chwytakach, koparkach). Bez znaczenia pozostaje argumentacja Odwołującego, iż wyliczenie sprzętu stanowi katalog otwarty, bowiem jeśli specjalistyczne maszyny miały zostać skierowane do realizacji zamówienia to należało je wskazać, podając równocześnie ich koszt.

Nadto, nawet gdyby przyjąć, że uwarunkowania terenu na miejscu realizacji zamówienia (teren górzysty, wąski pas - o szer. 3,5 metra, na jakim ma być realizowana usługa, wzdłuż linii kolejowych), nie wykluczają możliwości zastosowania specjalistycznych pojazdów do wycinania drzew, to wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają informacji związanych z kosztem pracy motogodziny specjalistycznych pojazdów do wycinania drzew (brak wskazania ich liczby, modelu, dowodu dysponowania takimi pojazdami). Jeżeli

okolicznością uprawdopodobniającą oszczędności wykonawcy miało być posiadanie odpowiedniego sprzętu specjalistycznego należało przedstawić konkretne dowody, na tę okoliczność. Odwołujący nie przedstawił również w wyjaśnieniach żadnych dowodów dotyczących tychże kosztów.

Zdaniem Izby, koszt wycinki drzew wymagających pozwolenia na wycinkę stanowi istotną część składową ceny oferty. O powyższym przesądził Zamawiający dzieląc wykonanie przedmiotu zamówienia dla każdej z linii na siedem osobnych zadań, co do których wymagał wskazania w zestawieniu cenowym, składanym wraz z ofertą, podania osobnych dla każdej z siedmiu pozycji cen, które w sumie składają się na cenę oferty. Zamawiający oczekiwał, aby każda cena wskazana w danej pozycji z zestawienia cenowego obejmowała całkowity koszt wykonania tej części przedmiotu zamówienia w przyjętej jednostce rozliczenia, jaką jest wyodrębniony rodzaj usług. Powyższe także potwierdzają postanowienia pkt 12 SIWZ, zawierające sposób opisanie przez wykonawcę części składowych ceny oferty według wyodrębnionych przez Zamawiającego grup usług w zestawieniu.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nie jest możliwe prawidłowe wykonanie wycinki 1 drzewa za pomocą 1 pracownika w około 6 minut za cenę 6,77 zł netto, więc Odwołujący zaoferował nierealną stawkę za wycinkę drzew wymagających pozwolenia na wycinkę. Gdyby Odwołujący przyjął realną cenę za wykonanie usługi wycinki drzew wymagających pozwolenia na wycinkę, to wartość ta zwiększałaby cenę całej jego oferty. Zatem cena za wycinkę stanowi istotną część składową ceny oferty Odwołującego i jako taka jest rażąco niska, co z kolei przekłada się na zaniżenie całej ceny ofertowej.

W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, który nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny oferty, gdyż nie był w stanie wykazać realności istotnej części składowej ceny oferty. Odnosząc się do przywołania przez Zamawiającego katalogu prac leśnych Izba podziela stanowisko Przystępującego, iż może on mieć charakter pomocniczy, bowiem zawiera wartości uśrednione, czyli realne.

Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło też do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ani zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo, Odwołujący w treści odwołania nie podał na czym polega naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, poprzestając jedynie na przytoczeniu ich treści, a dopiero na rozprawie wskazał, w czym upatruje naruszenia ww. przepisów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §8 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: