

POSTANOWIENIE
z dnia 10 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 10 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Sp.k., Elitelas Sp. z o.o., Zakład Usług Leśnych Elitelas K.M.** (Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska** (ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk),

przy udziale wykonawcy: **Zakład Usług Leśnych A.M. z siedzibą w Somoninie** (ul. Słodkie Rowy 1d, 83-314 Somonino) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Sp.k., Elitelas Sp. z o.o., Zakład Usług Leśnych Elitelas K.M.** (Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski) kwoty **7. 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczzonego 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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 października 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Sp.k., Elitelas Sp. z o.o., Zakład Usług Leśnych Elitelas K.M. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 11710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wycinkę drzew i krzewów na potrzeby realizacji zadania pn. Rozbudowa cmentarzy w Gdańsku – teren przyległy do cmentarza parafialnego przy ul. Kępczej”. Numer referencyjny: 144/BZPU.510.116/2022/EP. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w BZP z dnia 16 września 2022 r. 144/BZP-U.510.116/2022/EP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy Pzp z uwagi na:

1. uznanie wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych A.M. (...), która zawiera rażąco niską cenę, co stanowi naruszenie art 226 ust 1 pkt 8 w zw art. 224 ust 5 i 6 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych;
2. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych A.M. (...), która podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art 224 ust 5 i 6 Pzp;
3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska (...) działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska przeprowadził postępowanie w trybie przetargu podstawowego pod nazwą „Wycinka drzew i krzewów na potrzeby realizacji zadania pn. Rozbudowa cmentarzy w Gdańsku – teren przyległy do cmentarza parafialnego przy ul. Kępczej”. Zakres planowanych prac został opisany w punkcie V SWZ. Zamawiający opublikował informację o łącznej kwocie którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynoszącej 504 835,00 zł brutto. W toku postępowania wpłynęły cztery oferty z czego dwie tj. złożone przez Odwołującego i Zakład Usług Leśnych A.M. podlegały ocenie. Oferta z najniższą ceną, która wynosiła 134 070,00 zł brutto została złożona przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych A.M..

Zamawiający przyjął dwa kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty tj cenę której przypisał wagę 60% oraz doświadczenie zawodowe dwóch osób skierowanych do realizacji zamówienia z wagą 40% .

Ze względu na to, że cena przedstawiona przez tego wykonawcę jest niższa o co najmniej 30% tj. o 73,5 % od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Dowód : wezwanie do wyjaśnień z 4 października 2022r

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, wykonawca Zakład Usług Leśnych A.M. przesłał pismo w którym w istocie nie przedstawił żadnych kalkulacji nawet uproszczonych ani też dowodów na to, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dowód : wyjaśnienie rażąco niskiej ceny z 6 października 2022r.

Formułując wyjaśnienia Zakład Usług Leśnych A.M. stwierdził, że koszty pracy wynikają z przyjętego ustawą minimalnego wynagrodzenia, że cena została skalkulowana rzetelnie na podstawie cen rynkowych. Wykonawca stwierdził również że jest w stałym kontakcie z dyplomowanym technikiem leśnictwa a usługi konsultingowe zostały uwzględnione w kalkulacji, podobnie jak koszty użycia maszyn, transportu, amortyzacji, koszty pracy, ubezpieczeń, podatki i opłaty skarbowe. Wykonawca stwierdził nadto, że wymienił jedną maszynę w parku zredukował liczbę pracowników z trzech do jednego, powołał się również na to, że wcześniej przygotowywał ofertę o to samo zamówienie i zaoszczędził koszty prac biurowych i obniżył wysokość oferty zgodnie z zasadą uczciwości o zaoszczędzone koszty. W dalszej części wyjaśnień wykonawca powoływał się na posiadane maszyny i brak konieczności ich wynajmowania oraz możliwość sprzedaży pozyskanej biomasy co pozwoliło obniżyć koszty .

Zgodnie z treścią przepisu art. 224 Pzp wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że złożona przez niego oferta nie wynika z rażącego zaniżenia ceny lub kosztu. W sytuacjach określonych ustępie 2 przywołanego przepisu wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienie dowodów ma charakter obligatoryjny. Utrwalone i jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (m in wyrokami w sprawach KIO 3448/20, KIO 1894/19 KIO1362/19, KIO1295/19, KIO562/21, KIO 1185/21) wykształciło pogląd , iż wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych , wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny . Z przepisów art 224 ust. 5 i

6 Pzp na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny a nie wywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty.

Zauważyć wypada, że Zamawiający zobowiązał wykonawcę Zakład Usług Leśnych A.M. do złożenia zarówno wyjaśnień jak i do przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, kosztów i oszczędności. Wykonawca tego obowiązku jednak nie wypełnił.

Przedstawioną przez niego odpowiedź trudno uznać za wyczerpującą, rzetelną i przedstawiającą przekonujące wyjaśnienia, zweryfikowane kalkulacjami i dowodami, których notabene wykonawca w ogóle nie przedłożył. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w ocenie skarżącej są dalece niewystarczające do stwierdzenia, że ceny określone w ofertach przez niego nie są rażąco zaniżone. Powołując się na koszty pracy Wykonawca nie przedstawił chociażby liczby roboczogodzin planowanych do wykonania prac, co dałoby możliwość weryfikacji kosztów wynagrodzeń pracowniczych. Powołując się na ceny rynkowe w pracach leśnych Wykonawca nie przedstawił w tej mierze żadnych dowodów w postaci cen lub chociażby ofert na wykonanie podobnych co do przedmiotu i rozmiarów prac. Powołując się na stałą współpracę z technikiem leśnictwa wykonawca nie przedstawił dowodów w postaci np. ofert rynkowych i faktur za wykonane wcześniej opracowania, co pozwoliłoby na ocenę, czy w istocie wykonawca wykazał się oszczędności kosztów w tym zakresie. Z kolei przedstawiając ceny za opinie ornitologiczne czy prace geodezyjne nie przedstawił dowodów iż w istocie ceny przez niego wskazane są prawdopodobne. Skoro bowiem przeprowadził konsultacje ze specjalistami co do przewidywanych cen, nic nie stało na przeszkodzie przedstawieniu dowodu w postaci np. ofert lub pisemnych zapewnień sporządzonych przez specjalistów na których Wykonawca się powoływał. Jako atuty wykonawca wskazuje posiadanie maszyn i urządzeń niezbędnych do wykonania prac, przy czym powołując się na wymianę jednej z maszyn nie podaje szczegółów ani specyfikacji owej maszyny ani też szczegółów dotyczących maszyny która zastała zastąpiona nowym urządzeniem. Wypada przy tym zauważyć, że wymiana narzędzi nie jest procesem darmowym i jako koszt powinna zostać uwzględniona w kalkulacji, której jednakowoż zabrakło. Każdy z wykonawców w tym Odwołujący posiada narzędzia i maszyny pozwalające mu na wykonanie prac. Wykonawca nie udowodnił przy tym, że posiadany przez niego zestaw narzędzi posiada szczególne, wyjątkowe rozwiązania techniczne pozwalające na wykonanie prac taniej od odwołującego.

Maszyny wymienione lakonicznie przez wykonawcę takie jak ciągnik leśny, przyczepa do transportu drewna, dźwig, frezy, rębaki, koparko-ładowarko – sycharki, samochody do transportu drewna, pojazdy do holowania sprzętu, pilarki spalinowe czy odzież robocza są

standardem w pracach leśnych. Wykonawca nie wykazał, by posiadany przez niego sprzęt wychodził poza ten standard.

Powołując się na własne zaplecze serwisowe, które notabene posiada również Odwołujący, Wykonawca nie przedstawił kalkulacji kosztów serwisowych np. uśrednionych chociażby przewidywanych napraw elementów ulegających najczęstszym awariom, wymiany zużytych w toku zwykłej eksploatacji części, kosztów paliwa zarówno do pojazdów jak i pozostałych urządzeń które będą użyte podczas realizacji prac.

Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń z których wynikałoby, że te okoliczności pozwalają obniżenie ceny do poziomu zaproponowanego w ofercie.

Przedstawiając argument, że osobiście będzie obsługiwał maszyny, A.M. nie przedstawił kalkulacji oszczędności w tym zakresie. Powołanie się, jednak bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, na koszty wynajęcia specjalistów obsługujących maszyny jest dalece niewystarczające z kilku powodów. Po pierwsze wykonawca wskazuje te koszty jako cenę usługi, czyli nie realizowane w ramach stosunku pracowniczego. Profesjonaliści, w tym Odwołujący, którzy wykonują tego typu prace posiadają kadry pracownicze, przy czym koszt pracownika jest niższy niż cena usługi w relacjach między dwoma przedsiębiorcami. Po wtóre wykonawca nie przedstawił różnicy pomiędzy kosztem „wynajęcia” operatora maszyn, a planowanym kosztem związanym z osobistym wykonywaniem części prac. Trudno przy tym zakładać, że wykonawca nie będzie generował, żadnego kosztu w związku z osobistym zaangażowaniem.

W wyjaśnieniach przedstawionych przez wykonawcę zabrakło opisu dotyczącego oszczędności, która wynika z przyjętej metody wykonania zamówienia, nadzwyczaj sprzyjających warunków czy też oryginalnego projektu, który uzasadniałby złożenie ofert niższych o 73,5 % od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania.

Zgodnie z art 224 ust 5 Pzp na wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Niepoparte żadnymi dowodami ogólnikowe wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny określonego w art 224 ust 2 Pzp.

Wykonawca nie sprostął obowiązkowi i nie przedstawił chociażby uproszczonej kalkulacji z której wynikałoby, że przy zaoferowanej cenie po odjęciu rzetelnie oszacowanych kosztów, jest w stanie osiągnąć zysk. Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę stanowią jedynie zbiór niepowiązanych ze sobą informacji, niewnoszących nic do sprawy oświadczeń

nieopartych żadnymi dowodami. W tym stanie sprawy Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Zakładu Usług Leśnych A.M.. Stało się jednak inaczej i Zamawiający pismem z 11 października 2022r uznał wyjaśnienia wykonawcy za wyczerpujące i spełniające wymagania postawione w wezwaniu, powołując się przy tym na „konkretne kalkulacje” których jednak w rzeczywistości w wyjaśnieniach wykonawcy nie sposób się doszukać. Dowód: pismo Zamawiającego z 11.10.2022

Konsekwencją nieodrzczenia, sprzecznie z przepisem art 226 ust 1 pkt 8 art. 224 ust 5 i 6 ustawy ustawy (...) Prawo zamówień publicznych, oferty złożonej przez Zakład Usług Leśnych A.M., było dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego:

1. do unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Zakład Usług Leśnych A.M.,
2. do odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Usług Leśnych A.M. która zawiera rażąco niską cenę,
3. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący podał, że (...) *uzasadnia interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż z czynności wyboru ofert wynika, że w sytuacji gdyby Zamawiający nie dokonał wyboru z naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu, oferta zostałyby uznana za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Niedokonanie wyboru ofert Odwołującej na skutek podniesionych naruszeń grozi zatem Odwołującej poniesieniem przez nią szkody polegającej na utracie dochodu*”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 7.11. 2022 r.) wskazując na art. 521 ustawy Pzp oświadczył, że:

(...)

„Uwzględniam zarzuty przedstawione w odwołaniu w części, tj. w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionuje uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Zakład Usług Leśnych A.M. w zakresie rażąco niskiej ceny i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę. W związku z uwzględnieniem części zarzutów przedstawionych w odwołaniu Zamawiający unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzy badanie i ocenę ofert w postępowaniu.

Wnoszę o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Wnoszę także o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego”.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

„Odwołujący kwestionuje przedstawione przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych A.M. (dalej: Przystępujący) wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty. W ocenie Odwołującego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, a Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionuje uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych A.M..

Jednak uznanie wyjaśnień Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny oferty (pismo Przystępującego z dnia 06.10.2022 r.) za niewystarczające dla uzasadnienia podanej w ofercie ceny nie powinno automatycznie skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie Zamawiającego zasadne jest powtórzenie badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie Przystępującego do udzielenia uzupełniających wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji odnośnie ewentualnego odrzucenia oferty Przystępującego. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (...) KIO 953/22: „Przyjmuje się że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.”.

Cena oferty Przystępującego (134 070,00 zł brutto) jest zbliżona do cen złożonych w postępowaniu ofert wykonawców: Usługi Związane z Leśnictwem Przemysław Milikowski (120 000,00 zł brutto) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Produkcyjne Sławomir Elwart (89 790,00 zł brutto). Zgodnie z wzorem oferty, stanowiącym załącznik do SWZ, Zamawiający wymagał podania w ofercie ceny ofertowej ogółem w złotych brutto. Zamawiający nie wymagał przedstawienia w ofercie rozbicia ceny na poszczególne składniki kalkulacyjne. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 266 ustawy Pzp, ponieważ cena oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (pismo Zamawiającego z dnia 04.10.2022 r.). Mając na względzie, że w swoich ofertach wykonawcy zobowiązani byli podać cenę ofertową ogółem, na etapie wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający nie miał możliwości

przedstawienia szczegółowych wątpliwości odnośnie wyliczenia ceny. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, wskazując, czego w szczególności mogą one dotyczyć w świetle art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu w sposób wyraźny na konieczność złożenia szczegółowej kalkulacji ceny, zawierającej wszystkie elementy uwzględnione przy obliczeniu ceny, jak również nie zadał konkretnych pytań odnośnie sposobu wyliczenia ceny. Przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 06.10.2022 r. W ww. piśmie Przystępujący potwierdził, że jego oferta jest zgodna z SWZ oraz przytoczył niektóre czynniki wpływające na wysokość ceny oferty i wynikające z nich koszty lub oszczędności. Jednocześnie Przystępujący nie przedstawił szczegółowej kalkulacji przedstawiającej wszystkie elementy składające się na cenę oferty. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (...) KIO 150/16, które w ocenie Zamawiającego pozostaje aktualne także na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp (podkreślenie własne): „Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.”. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w dostępnym na stronie Urzędu Zamówień Publicznych komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Pana H.N. i Pana M.W. (podkreślenia własne): „W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. Po otrzymaniu wyjaśnień, zamawiający musi dokonać ich rzetelnej oceny. Podkreślić należy, że wielokrotne przedstawianie wyjaśnień przez wykonawcę jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niekonkretne, niepełne, nie zawierało wyartykułowanych wątpliwości zamawiającego, a kolejne wyjaśnienia odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie zostały uprzednio wyartykułowane albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy i uniemożliwiały wykonawcy prawidłowe wypełnienie obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.”. W ww. komentarzu wskazano ponadto (podkreślenie własne): „Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu.”. Warto również przytoczyć następujące stanowisko literatury (podkreślenie własne): „Przepisy Prawa

zamówień publicznych nie określają minimalnej treści wezwania do wyjaśnień dokonywanego przez zamawiającego na podstawie ust. 1 komentowanego przepisu. Zasadne jest (choć brak zakazu), aby takie wezwanie nie miało charakteru blankietowego, powielającego w zasadzie przepisy Prawa zamówień publicznych bez wskazania szczegółowych kwestii będących w obszarze zainteresowań zamawiającego. Przyjmuje się bowiem, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy tylko to jest możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych powinno mieć formę konkretnych zagadnień (pytań), które budzą wątpliwości zamawiającego i które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez zamawiającego, które zostają przedstawione wykonawcy, powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien oczekiwać od wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną.” (G.B.A. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz Opublikowano: WKP 2021). Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (...) KIO 989/22 (pokręślenie własne): „W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania.”.

W ocenie Zamawiającego, mając na względzie treść wystosowanego do Przystępującego wezwania do udzielenia wyjaśnień oraz treść udzielonych wyjaśnień, przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji odnośnie ewentualnego odrzucenia oferty Przystępującego konieczne jest wezwanie Przystępującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień. Zgodnie z wzorem oferty, stanowiącym załącznik do SWZ, w ofercie należało podać tylko cenę ofertową ogółem w złotych brutto. Wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do udzielenia wyjaśnień z dnia 04.10.2022 r. było sformułowane w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp i odnosiło się głównie do okoliczności mogących uzasadniać obniżenie ceny oferty. W wezwaniu Zamawiający

wskazał, czego przykładowo mogą dotyczyć wyjaśnienia, opierając się na brzmieniu ww. przepisu. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu z dnia 04.10.2022 r. w sposób wyraźny na konieczność przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny, zawierającej wszystkie elementy uwzględnione przy obliczeniu ceny. Treść wystosowanego przez Zamawiającego wezwania mogła wywołać u Przystępującego przeświadczenie, że dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wystarczające będzie wykazanie występowania okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty. Przystępujący w swych wyjaśnieniach (pismo z dnia 06.10.2022 r.) przedstawił niektóre okoliczności wpływające na cenę oferty, w tym okoliczności pozwalające na obniżenie ceny oferty. W związku z treścią wyjaśnień Przystępującego Zamawiający ma obecnie możliwość zadania konkretnych pytań odnośnie sposobu wyliczenia oceny oferty, co z uwagi na przyjęty w SWZ sposób wskazania ceny w ofercie nie było możliwe na etapie pierwszego wezwania Zamawiającego dotyczącego wyliczenia ceny (pismo Zamawiającego z dnia 04.10.2022 r.).

Mając na względzie powyższe, w ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty Przystępującego bez uprzedniego wezwania go do złożenia uzupełniających wyjaśnień byłoby działaniem przedwczesnym, naruszającym art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Z tego względu odwołanie powinno zostać oddalone w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionuje nieodrzućenie oferty Przystępującego i zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego i wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do odrzucenia oferty Przystępującego i wyboru oferty Odwołującego”.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca Zakład Usług Leśnych A.M. z siedzibą w Somoninie. Wykonawca ten (Przystępujący) w piśmie z dnia 7 listopada 2022 r. oświadczył: „Nie wnoszę sprzeciwu do uwzględnienia części zarzutu, przedstawionym w odwołaniu i zgadzam się pismem wysłanym dnia 07.11.2022r. przez Zamawiającego”.

Izba zważyła, co następuje,

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępującego wykonawcy po stronie zamawiającego

stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie przepisu art. 568 pkt.2 ustawy Pzp.

Izba uznała bowiem, że z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego kluczowego zarzutu dotyczącego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Zakład Usług Leśnych A.M. z siedzibą w Somoninie i złożone oświadczenie o unieważnieniu tej czynności wobec oświadczenia Przystępującego wykonawcy, że nie wnosi sprzeciwu wobec tej decyzji - brak jest kluczowego substratu zaskarżenia, a zatem należało na gruncie wskazanego art. 568 pkt 2 ustawy Pzp przyjąć, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne z powyższej przyczyny.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Wymaga jednocześnie zauważenia, że przedmiotowe rozstrzygnięcie nie pozbawia Odwołującego środka ochrony prawnej, który może być hipotetycznie skierowany przeciwko nowej czynności Zamawiającego przy zachowaniu wszelkich wymogów prawem przewidzianych.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust.2 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). Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art.568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

.....