

**WYROK**  
**z dnia 27 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2020 r. przez wykonawcę E. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą POLSTRÓJ E. M. w Pankach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie działającego przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu

**orzeka:**

- 1.1. uwzględni odwołanie i nakazuje Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie w Warszawie działającemu przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty E. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą POLSTRÓJ E. M. w Pankach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w części 1 postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 1.2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie.
- 1.3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych E. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą POLSTRÓJ E. M. w Pankach oraz Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie działające przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu i;
- 1.4. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą POLSTRÓJ E. M. w Pankach w tytule wpisu od odwołania;
- 1.5. zasądza od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie w Warszawie działającego przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu na rzecz E. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą POLSTRÓJ E. M. w Pankach kwotę 9.300 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych) stanowiącą zwrot uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, działające przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest utrzymanie wałów przeciwpowodziowych na terenie działania Zarządu Zlewni w Sieradzu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 060-143838. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę E. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą POLSTRÓJ E. M. w Pankach i dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 1, 3, 4 i 5 postępowania. Na tę czynność wykonawca wniósł odwołanie 29 czerwca 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego:

- a) w części 1 w pozycjach 1, 3, 7 i 8;
- b) w części 3 w pozycjach 1 i 2;
- c) w części 4 w pozycjach 1 i 2;
- d) w części 5 w pozycjach 1, 6, 9 i 12

- jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, i jako taka podlega odrzuceniu w sytuacji, gdy z treści tej oferty wynika, że jest ona zgodna z SIWZ, w związku z czym brak jest podstaw do jej odrzucenia i powinna ona podlegać ocenie;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego w częściach 1, 3 - 5 jest ofertą z rażąco niską ceną i w związku z tym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy podczas, gdy odwołujący szczegółowo wykazał, dlaczego jego oferta jest ofertą wiarygodną, rynkową i nie może zostać uznana za ofertę z rażąco niską ceną i powinna ona podlegać ocenie;

3. art. 90 ust. 1 i 1a ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego przeprowadzenia względem oferty odwołującego procedury badania rażąco niskiej ceny w sposób zgodny z przepisami Pzp, tj. zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy w odniesieniu do jego oferty w częściach 1, 3 – 5;

4. art. 90 ust. 1 i 1a ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia względem oferty wykonawcy P.P.H.U. EKOMEL M. W. procedury badania rażąco niskiej ceny w sposób zgodny z przepisami Pzp, tj. zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w odniesieniu do jej oferty w części 3 i części 4;

5. art. 90 ust. 1 i 1a ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia względem oferty wykonawcy KASKADA Tereny Zielone A. K. procedury badania rażąco niskiej ceny w sposób

zgodny z przepisami Pzp, tj. zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w odniesieniu do jego oferty w części 5;

6. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.P.H.U. EKOMEL M. W. w części 3 i 4 w sytuacji, gdy oferta ta jest ofertą z rażąco niską ceną i wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, że jego oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną;

7. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KASKADA Tereny Zielone A. K. w części 5 w sytuacji, gdy oferta ta jest ofertą z rażąco niską ceną i wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, że jego oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1,3, 4 i 5;
2. unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego w części 1, 3 - 5 i dokonał ponownej oceny ofert w tych częściach;
3. jeśli zajdzie taka potrzeba:
  - a) wezwał odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty w części 1, 3 - 5 w zakresie jej zgodności z SIWZ;
  - b) w odniesieniu do oferty odwołującego w części 1, 3 - 5 przeprowadził procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sposób zgodny z przepisami Pzp, tj. w szczególności w sposób szczegółowy, dokładny i precyzyjny;
4. przeprowadził względem oferty wykonawcy P.P.H.U. EKOMEL M. W. w części 3 i 4 oraz wykonawcy KASKADA Tereny Zielone A. K. w części 5 procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sposób zgodny z przepisami Pzp, tj. w szczególności w sposób szczegółowy, dokładny i precyzyjny i jeśli uznałby, że oferty te zawierają rażąco niską cenę je odrzucił;
5. dokonał wyboru oferty odwołującego w części 1, 3, 4 i 5 jako oferty najkorzystniejszej.

Wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 21 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, w trakcie której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w rozdziale 4 SIWZ. W pkt 4.1. wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dwukrotne wykoszenie ręczne lub mechaniczne porostów ze skarp i korony wałów, ręczne ścinanie krzaków oraz zagospodarowanie pozyskanej masy. Szczegółowy katalog czynności ustalony został w pkt 4.2. i obejmował:

- wykaszanie porostu, wygrabianie i zagospodarowanie pokosu;
- wycięcie lokalnie rosnących zakrzaczeń wraz z ich zrębkowaniem (usuwanie młodego samosiewu drzew i krzaków);
- zebranie i usunięcie gałęzi, wyciętych porostów wraz z ich utylizacją;
- oczyszczanie przepustów wałowych;
- wyrównanie ławeczki wału z zasypaniem kolein;
- oczyszczanie klap zwrotnych przy przepustach wałowych;
- remont poręczy mostu z zabezpieczeniem antykorozyjnym konstrukcji stalowych;
- oznakowanie trasy wału słupkami hektometrowymi-betonowymi – uzupełnienie słupków hektometrowych na wałach;
- uzupełnienie znaków zakazu wjazdu na koronę wału oraz znaków informacyjnych;
- dozór obiektów.

Zgodnie z pkt 4.3 szczegółowy zakres i rodzaj prac z podaniem ich lokalizacji został określony w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Usług dalej jako: „STWiOU”, przedmiarach robót oraz mapach poglądowych stanowiących załącznik Nr 9 do SIWZ.

W STWiOU w punkcie 4.1.1 Koszenie zamawiający wskazał, że koszenie ręczne wykonywane przy użyciu ręcznych narzędzi stosowane jest w miejscach o utrudnionym dostępie dla innego sprzętu mechanicznego (samobieżnego lub zawieszanego na ciągniku) jak również w przypadku, gdy użycie wymienionych maszyn może doprowadzić do uszkodzeń korpusu wału (np. w przypadku silnego nawodnienia gruntu) lub budowli w nim zlokalizowanych. W trakcie użytkowania wymienionego sprzętu muszą być zachowane wszelkie wymogi bezpieczeństwa, a operatorzy muszą być przeszkoleni w tym zakresie. Dopuszcza się mulczowanie (tj. skoszenie i rozdrobnienie). Natomiast koszenie mechaniczne należy przeprowadzić przy użyciu specjalistycznego sprzętu mechanicznego samojezdnego tj. samobieżnych kosiarek spalinowych (z osprzętem talerzowym lub bijakowym) lub kosiarek zawieszanych na ciągniku. Wszystkie wymienione zespoły mechaniczne muszą być przystosowane do pracy na skarpach pochyłych. W trakcie użytkowania wymienionego sprzętu muszą być zachowane wszelkie wymogi bezpieczeństwa, a operatorzy muszą być przeszkoleni w tym zakresie, oraz posiadać stosowne uprawnienia, o ile są one wymagane. Koszenie mechaniczne stosowane jest w miejscach o dużej dostępności oraz w przypadku, gdy zastosowanie pojazdów mechanicznych nie spowoduje uszkodzeń korpusu wału bądź budowli z nim związanych. Rozdrobnioną trawę należy pozostawić w miejscu - na skarpie jako biomasa, natomiast nie rozdrobniony wykoszony porost kosiarką bijakową należy zagospodarować zgodnie z ustawą o odpadach. Natomiast roboty związane z wykoszeniem wałów przeciwpowodziowych oraz rowów przywałowych powinny spełniać następujące warunki - maksymalna wysokość wykaszanej porostu od 4 do 6 cm.

W pkt 4.1.2. STWiOU dotyczącym wygrabienia zamawiający wskazał, że wykoszone ręcznie porosty należy wygrać poza krawędź wału, a w przypadku rowu powyżej górnej krawędzi skarpy rozdrobnić i pozostawić jako biomasę. W przypadku trudności związanych z pozostawieniem materiału jako biomasy wykoszoną i wygrabioną trawę należy załadować na przyczepy i wywieźć celem

zagospodarowania zgodnie z ustawą o odpadach. W przypadku użycia kosiarek z osprzętem bijakowym można odstąpić od wygrabienia w przypadku spełnienia wszystkich n/w warunków:

- a) wykaszany jest tylko porost miękki i średni,
- b) pokos tworzy sieczkę o długości pojedynczych źdźbeł nie większej niż 5 cm;
- c) pokos tworzy luźną i niezwiązaną warstwę umożliwiającą dostęp powietrza, światła i wody do porostu.

Zgodnie z pkt 11.1.2. SIWZ kosztorys ofertowy miał zostać wypełniony na podstawie Przedmiaru - Załącznik nr 9 do SIWZ.

W przedmiarach robót dotyczących części 1, 3 – 5 zamawiający nie wskazał czynności, których powinien dokonać wykonawca po wykoszeniu porostów. Czynności te były wskazane w kilku innych częściach w różny sposób np. rozdrobnienie i pozostawienie jako biomasa w części 6, mulczowanie w części 11.

W pkt 21.8. SIWZ zamawiający zastrzegł, że kosztorys ofertowy dla każdej części powinien uwzględniać wymagania określone w SIWZ oraz załącznikach do niej. Zamawiający wymagał, aby wykonawca określił ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarach robót, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe szczegółowe, które stanowić będą załączniki do oferty, według następujących zasad:

- wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami (netto),
- cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją techniczną i sztuką budowlaną.

Zamawiający ustalił również, że podane w przedmiarach robót podstawy nakładów w postaci odpowiednich tablic KNR użyte są w celu pełniejszego opisu robót. Podana podstawa nie stanowi obowiązującej wykonawcy podstawy przy kalkulacji ceny. Podstawą dla wykonawcy może być jego kalkulacja własna wynikająca z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o specyfikację techniczną wykonania i odbioru usług oraz SIWZ, natomiast opis, rozmiar rzeczowy i zakres czynności do wykonania są obligatoryjne. Kalkulowanie cen pozycji kosztorysowych według kalkulacji własnej dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku opisanie takiej pozycji jako „ANALOGIA” lub „WYCENA WŁASNA”

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 29 kwietnia 2020 r. odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną w części 1, w częściach 3-5 jego oferta zawierała cenę drugą w kolejności po P.P.H.U. EKOMEL M. W. w częściach 3 i 4 oraz po KASKADA Tereny Zielone A. K. w części 5.

Pismem z 18 maja 2020 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał do złożenia wyjaśnień, w zakresie:

- 1) zastosowania w kosztorysach ofertowych stawki roboczogodziny:
  - w wysokości 18,00 zł dla części 1, 2 i 5,
  - w wysokości 17,00 zł dla części 10, 11 i 15.

Prosił o przedstawienie wysokości całkowitej stawki roboczogodziny jaką poniesie pracodawca, tj.

całkowity koszt zatrudnienia pracownika. Żądał również doprecyzowania, w którym miejscu wykonawca skalkulował koszty pracodawcy oraz wskazanie źródeł finansowania, z których różnica pomiędzy stawką roboczogodziny a stawką przyjętą do kosztorysu zostanie sfinansowana, popartych odpowiednimi wyliczeniami lub dowodami.

2) pominięcia w kosztorysach ofertowych pozycji wskazanych w przedmiarach przez:

- w części 1 nie ujęcie sprzętu (ciągnik + przyczepa) w pozycjach 1, 3, 7 i 8;
- w części 3 nie ujęcie sprzętu (ciągnik + przyczepa) w pozycjach 1 i 2;
- w części 4 nie ujęcie sprzętu (ciągnik + przyczepa) w pozycjach 1 i 2;
- w części 5 nie ujęcie sprzętu (ciągnik + przyczepa) w pozycjach 1, 6, 9 i 12, brak pozycji 4 i 8;

Ponadto działając na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy zamawiający żądał udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty:

1) w części 1 szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi brutto 336.709,47 zł. Cena oferty stanowi 57,67 % wartości zamówienia;

2) w części 3 szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi brutto 74.498,09 zł. Cena Państwa oferty stanowi 66,62 % wartości zamówienia;

3) w części 4 szacunkowa wartość zamówienia, powiększona o podatek VAT wynosi brutto 342.485,67 zł. Cena oferty stanowi 58,16 % wartości zamówienia;

4) w części nr 5 szacunkowa wartość zamówienia, powiększona o podatek VAT wynosi brutto 10.689,02 zł. Cena oferty stanowi 58,74 % wartości zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że wyjaśnienia dotyczące ceny należy poprzeć stosownymi dowodami (obliczeniami).

Pismem z 24 maja 2020 r. odwołujący udzielił wyjaśnień. Wskazał, że stawkę roboczogodziny ustalił zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. Wyjaśnił, że wyliczenia dokonał dokładnie na podstawie przedmiaru robót które ściśle określa przyjęta przez zamawiającego norma zawarta w wymienionych pozycjach. Przyczepa oraz ciągnik w tablicy 2508-04, 2508-01 nie występują. Wykonawca samodzielnie nie może modyfikować podanego przez zamawiającego przedmiaru robót.

Wyjaśniając elementy oferty mające wpływ na jej cenę odwołujący wskazał, że bardzo szczegółowo zapoznał się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mającymi wpływ na cenę zamówienia. Oferta zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. Oświadczył, że z uwagi na dużą konkurencję na rynku, zysk został skalkulowany na niskim poziomie. Za decydujący element uznał doskonałą znajomość zakresu oraz warunków pracy w terenie, w którym są przewidziane prace, ponieważ kilkakrotnie w poprzednich latach wykonywał te same prace na tych samych obiektach. Odwołujący wskazał, że

dysponuje nowoczesnym sprzętem, który pozwala w znacznym stopniu zminimalizować koszty wykonania do minimum, na dowód czego załączył poświadczenie. Podkreślił również, że ze względu na łatwość wykonania zamówienia mogą je wykonać pracownicy początkujący. W wyliczeniu w kosztorysie ofertowym uwzględniono niską wartość kosztów pośrednich, dlatego że wśród pracowników corocznie odwołujący okresowo posiada stażystów, których koszty zatrudnienia, wynagrodzenia pokrywa w całości Urząd Pracy i załączył poświadczenia przyznawania staży). W tym roku również w okresie wykonywania koszenia będzie dysponować stażystami.

Odwołujący wskazał również na posiadane rabaty na zakup paliwa używanego do pracy (załączył poświadczenia) oraz obniżenie o połowę wpłat na ZUS w związku z epidemią. Jako dowód potwierdzający wysoki potencjał odwołującego złożył referencje dotyczące wykonania konserwacji na odcinku 13.040 mb w czasie 4 dni. Prace polegały na wykoszeniu ze skarp porostów, odmuleniu, ścinaniu zagajników, czyszczeniu przepustów. Odwołujący załączył również referencje potwierdzające wykonywanie prac w kilku województwach, często w jednakowych terminach obejmując swoim zakresem duży zakres kilometrów. Wskazał również, że dysponuje nowoczesnym sprzętem do konserwacji skarp zbiorników rzek, wałów, który może wykonać kilkakrotnie więcej pracy niż wiele osób (REFORM METRAC H7X, Robogren oraz inne) nie powodując zniszczeń, będący najnowocześniejszym sprzętem wielokrotnie zwiększającym wydajność w stosunku do tradycyjnych maszyn. Sprzęt Metrac można wyposażyć np. w dwa urządzenia jednocześnie, co w porównaniu z tradycyjną kosiarką daje znacznie większą wydajność i powoduje znaczne zmniejszenie kosztów.

Zamawiający wyjaśnić elementów oferty mających wpływ na jej cenę żądał również od P.P.H.U. EKOMEL M. W. w zakresie części 3 i 4 oraz KASKADA Tereny Zielone A. K. w zakresie części 5.

Wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia pismami z 24 maja 2020 r.

P.P.H.U. EKOMEL M. W. wskazała, że jednym z czynników wpływającym na cenę jest wieloletnie doświadczenie oraz szerokie zaplecze wydajnego sprzętu specjalistycznego dzięki, któremu może wykonywać prace w zakresie koszenia, wycinania krzaków jak i wywożenia pozostałości. Do tych sprzętów należy m.in. 5 ciągników z różnego rodzaju kosiarkami bijakowymi, piły mechaniczne, przyczepy oraz specjalistyczne kosiarki do wykoszenia ręcznego. Sprzęt jest w bardzo dobrym stanie technicznym, nie jest obciążony zobowiązaniem finansowym i jest własnością wykonawcy. Ponadto przedstawił kalkulację ceny obejmującą stawkę roboczogodziny operatora, koszt oleju napędowego oraz smary i oleje.

Wyliczenia złożył również KASKADA Tereny Zielone A. K. w piśmie zawierającym wyjaśnienia z 22 maja 2020 r. Wskazał również, że w zakresie robocizny cenę, której wyliczenie przedstawił, kalkulował również dla siebie, gdyż jest operatorem ciągnika z kosiarką bijakową z wieloletnim stażem i doświadczeniem. W zakresie pracy sprzętu wykonawca przyjął do kalkulacji własny sprzęt, który jest w bardzo dobrym stanie technicznym i nie jest obciążony zobowiązaniem



finansowym.

Pismem z 19 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze ofert w częściach 1, 3 - 5 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający w wybrał ofertę P.P.H.U. EKOMEL M. W. w zakresie części 1, 3 i 4 oraz ofertę KASKADA Tereny Zielone A. K. w zakresie części 5.

Odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający uzasadniał, brakiem wiarygodnego dowodu na potwierdzenie tezy o niewymaganiu przez zamawiającego ujęcia kosztów ciągnika i przyczepy. Zamawiający ocenił, że wykonawca nie dołożył należytej staranności przy sporządzaniu oferty i nie uznał wyjaśnień. Podkreślił, że oferta winna być sporządzona zgodnie z treścią SIWZ i STWIOU - załącznik nr 9 do SIWZ (pkt 4) przewidujących zagospodarowanie pokosu zgodnie z ustawą o odpadach. Porównanie tak sporządzonych kosztorysów ofertowych z kosztorysami innych wykonawców, jest niemożliwe, stąd oferta podlega odrzuceniu. Wyjaśnienia dotyczące ceny zamawiający uznał za zbyt ogólnikowe, niewystarczające do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie wskazał, nie poparł obliczeniami, jaki wpływ na cenę ofertową mają przedstawione w wyjaśnieniach elementy.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Powołane ustalenia zostały dokonane na podstawie SIWZ i wymienionych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy. Korespondencja zamawiającego obejmowała również inne części postępowania. Zostało to jednak pominięte w uzasadnieniu, gdyż nie dotyczy zarzutów odwołania obejmującego części 1, 3 – 5.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz nieuzyskania zamówienia w częściach 1, 3-5.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Pierwszoplanowe znaczenie uzyskują zatem wymagania opisane przez zamawiającego w SIWZ. Opis ten musi spełniać dyrektywy wynikające z art. 29 ust. 1 Pzp, powinna zatem cechować go jednoznaczność, dokładność, zrozumiałość oraz kompletność. Braki w tym zakresie nie powinny obciążać wykonawcy, który przygotował ofertę uwzględniając literalne brzmienie wymagań zamawiającego. W sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, każda z tych części stanowi odrębny przedmiot zamówienia, który powinien zostać opisany przez zamawiającego odrębnie z należyłą starannością. Zamawiający nie może

oczekiwać od wykonawców, że relewantnych informacji o wymaganiach dotyczących danej części zamówienia wykonawca będzie poszukiwał w SIWZ dotyczącej innej części postępowania.

Dostrzec też należy, że w badanym postępowaniu zamawiający opisu przedmiotu zamówienia dokonał za pomocą STWiOU, przedmiarów oraz map, zatem co do zasady wymagania zawarte w tych dokumentach mogą stanowić o niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego. Kosztorys ofertowy w warunkach postępowania nie służył potwierdzeniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Biorąc ponadto pod rozwagę, że zamawiający dopuścił posłużenie się przez wykonawcę kalkulacją własną, brak jest podstaw do uznania, że w sytuacji, gdy kosztorys obejmuje wszystkie pozycje przedmiaru, oferty złożone w postępowaniu nie są porównywalne. Izba zważyła, że zamawiający zarówno wzywając odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, jak i dokonując odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie wskazał, z jakim konkretnie postanowieniem SIWZ jest niezgodna oferta odwołującego. Już z tego powodu zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Próba wskazania postanowień SIWZ, na późniejszym etapie, podjęta przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie nie może być skuteczna, gdyż stosownie do art. 180 ust. 1 i 2 Pzp odwołanie przysługuje wobec czynności zamawiającego, a zatem ocenie podlega czynność z daty jej dokonania. Ponadto z powołanych przez zamawiającego postanowień pkt 4 STWiOU nie wynika wprost obowiązek wywiezienia uzyskanej masy. W ocenie Izby wymaganie to ma charakter warunkowy i posłużenie się ciągnikiem z przyczepą zależy m.in. od przyjętego przez wykonawcę sposobu wykonania umowy. Zamawiający nie wskazał również, na czym miałyby polegać zagospodarowanie wykoszonego porostu zgodnie z ustawą o odpadach.

Oferta odwołującego nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 0 ust. 3 Pzp.

Art. 90 ust. 1 *in initio* Pzp stanowi, że 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, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,

- obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
  - 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku 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 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia o udzielenie wyjaśnień. Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp 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.

Odwołujący udzielił wyjaśnień, zatem należy rozważyć, czy wyjaśnienia te potwierdzają rażące zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy. Na to pytanie zamawiający odpowiedział twierdząco, z czym nie sposób się zgodzić.

Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę tylko z powodu otrzymania niedostatecznych wyjaśnień, jednak o niedostatecznych, zbyt ogólnych wyjaśnieniach można mówić w sytuacji, gdy wykonawca odpowiada bardzo ogólnie, w szczególności nie odwołując się do realiów postępowania i treści swojej oferty.

Zamawiający otrzymał wyjaśnienia konkretne, wskazujące dostępne odwołującemu korzystne warunki wykonania umowy, jednak ocenił je nieprawidłowo. W uzasadnieniu odrzucenia oferty i na rozprawie zamawiający eksponował kwestię braku złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość obliczenia ceny oferty. Dostrzec jednak trzeba, że przepisy ustawy nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Zamawiający wskazał, że oczekuje dowodów w postaci obliczeń, jednak sam fakt ich nieotrzymania nie uzasadnia w realiach badanej sprawy odrzucenia oferty z powodu braku dostatecznych wyjaśnień. Zamawiający otrzymał przecież inne dowody potwierdzające korzystne dla odwołującego okoliczności mające znaczenie dla obliczenia ceny oferty i nie powinien pomijać ich przy ocenie wyjaśnień. Jeśli zamawiający na podstawie złożonych dowodów nie potrafił ocenić znaczenia korzystania ze stażystów, korzystnych warunków zakupu paliwa, posiadanego przez odwołującego sprzętu dla wysokości ceny oferty, mógł i powinien był wystąpić o wyjaśnienia uzupełniające.

Wyjaśnienia odwołującego nie potwierdzają, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnień tych nie sposób uznać za nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne. Odwołujący odniósł się do elementów składowych istotnych dla obliczenia ceny swojej oferty: sprzętu, paliwa, kosztów osób wykonujących usługę, posiadanego sprzętu, sprostował zatem wynikającemu z art. 90 ust. 2 oraz art. 191 ust. 1 pkt 1a Pzp obowiązkowi wykazania, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Ocena tych wyjaśnień nastąpiła zatem z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 1a Pzp

Skoro wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie potwierdzają rażąco niskiego charakteru

ceny jego oferty, zamawiający odrzucając tę ofertę naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Naruszenia, których dopuścił się zamawiający mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą w części 1 postępowania.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy skutkiem wadliwego odrzucenia oferty odwołującego nie ma wpływu na wynik postępowania w częściach 3, 4 i 5 postępowania. Zarzuty dotyczące zaniechania ofert P.P.H.U. EKOMEL M. W. w zakresie części 3 i 4 oraz KASKADA Tereny Zielone A. K. nie znalazły bowiem potwierdzenia.

Wymienieni wykonawcy złożyli zamawiającemu wyjaśnienia uwzględniające kalkulację ceny wykonania usługi. Kalkulacja ta nie jest kwestionowana przez odwołującego, który zarzuca jedynie, że wyjaśnienia te nie są dość szczegółowe. Izba nie zgadza się z tym poglądem.

Przepisy ustawy nie precyzują sposobu prezentacji informacji, które mają znaczenie dla obliczenia ceny ofertowej. Ich istotą jest jednak prezentacja danych, z których wynika poprawność obliczenia ceny, w tym znaczeniu, że za daną cenę możliwe jest wykonanie umowy zgodnie z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego. Wyjaśnienia udzielone przez P.P.H.U. EKOMEL M. W. w zakresie części 3 i 4 oraz KASKADA Tereny Zielone A. K. w zakresie części 5 spełniają to wymaganie. Izba nie dopatrzyła się podstaw do tego, by uznać, że cena ofert tych wykonawców jest zaniżona.

Zamawiający otrzymał wyjaśnienia konkretne, adekwatne do wezwania, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać ich za lakoniczne i powierzchowne.

Sposób redakcji wyjaśnień odwołującego i pozostałych wykonawców jest odmienny. Odwołujący wskazał dostępne sobie korzystne warunki wykonywania usługi, które mają znaczenie dla wysokości ceny, zaś pozostali wykonawcy przedstawili obliczenia. W okolicznościach sprawy, gdzie przedmiot zamówienia jest mało skomplikowany, a ceny ofert wszystkich wezwanych wykonawców nie różnią się istotnie, oba sposoby należy uznać za dopuszczalne.

Izba nie dopatrzyła się zatem podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez P.P.H.U. EKOMEL M. W. w zakresie części 3 i 4 oraz KASKADA Tereny Zielone A. K. w zakresie części 5 powinny być pominięte i traktowane tak, jakby w ogóle nie zostały złożone.

Zamawiający dokonał prawidłowej oceny tych wyjaśnień i nie naruszył art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, w konsekwencji zarzuty zaniechania odrzucenia ofert P.P.H.U. EKOMEL M. W. w zakresie części 3 i 4 oraz KASKADA Tereny Zielone A. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp również nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, nakazując zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w postanowieniu z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku

rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona – zasada obciążenia kosztami postępowania strony przegrywającej oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego. Pogląd ten ugruntowuje się w orzecznictwie sądów okręgowych (vide przykładowo orzeczenia: Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18).

W badanej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołujący uzyskał potwierdzenie podnoszonych zarzutów w całości w odniesieniu do własnej oferty, jednak odwołanie w zakresie zarzutów skierowanych pod adresem konkurentów okazało się chybione i w tym zakresie stroną wygrywającą postępowanie jest zamawiający. Z uwagi na dwie niezależne podstawy odrzucenia oferty odwołującego oraz podniesieniem przez niego takiego samego zarzutu wobec dwóch ofert konkurentów Izba postanowiła obciążyć odwołującego i zamawiającego kosztami postępowania w częściach równych. Dwie niezależne, choć związane ze sobą, podstawy odrzucenia oferty odwołującego, mają w ocenie Izby wagę zbliżoną do jednej, choć różniące się nieco w zakresie okoliczności faktycznych, podstawy odrzucenia ofert dwóch wykonawców konkurujących z odwołującym w częściach 3, 4 i 5.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł (łącznie 18.600 zł). Koszty te poniósł w całości odwołujący, jednak odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł (18.600 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodniczący:** .....