

WYROK

z dnia 7 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 2 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 maja 2022 roku przez odwołującego **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu**, przy udziale wykonawcy **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. z siedzibą w Stanicy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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

Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni poza pasem drogowym na terenie miasta Bytomia na okres 12 miesięcy” – część I oraz część II, nr postępowania: Z46/60081.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23 lutego 2022 r. nr 2022/S 038-098469.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący”) 20 maja 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegających na:

- 1) zaniechaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 21 kwietnia 2022 roku, mimo dokonania 12 maja 2022 roku istotnej czynności mającej wpływ na wynik postępowania tj. odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych 5 kwietnia 2022 roku przez Wykonawcę Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (w części pierwotnie zastrzeżonej przez Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa) – mimo iż czynność odtajnienia wyjaśnień jest elementem czynności badania i oceny ofert, która to czynność nie mogła być dokonana bez unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 21 kwietnia 2022 roku,
- 2) wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica), którego oferta zawiera rażąco niską cenę, a także ze względu na to, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia– co wynika dopiero z ujawnionych Odwołującemu 12 maja 2022 roku wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 21 kwietnia 2022 roku, mimo dokonania 12 maja 2022 roku (a zatem po dokonanych wyborze) odtajnienia całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych 5 kwietnia 2022 roku przez Wykonawcę Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. mimo iż czynność odtajnienia wyjaśnień jest elementem czynności badania i oceny ofert, która to czynność nie mogła być dokonana bez unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 21 kwietnia 2022 roku,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., mimo iż cena oferty tego Wykonawcy jest ceną rażąco niską, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (w zakresie cen jednostkowych stanowiących istotne części składowe oferty),
- 3) art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., mimo, że treść oferty, w tym w szczególności dotyczący sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest sprzeczna z wymogami swz, co zostało ujawnione poprzez odtajnienie dokumentów.
- 4) art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. mimo tego, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, w związku z nieuwjęciem w cenie oferty wszystkich elementów kosztu/ceno twórczych - co zostało ujawnione przez odtajnienie dokumentów.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert i w ramach tej czynności odrzucenie oferty Wykonawcy DROMAR z uwagi na fakt, iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych oferty, oraz jej treść jest sprzeczna z wymogami swz,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na

to, że oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów w zakresie zarówno części I, jak i części II postępowania, a co za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty poprzedzającej Odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy Wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że termin na wniesienie odwołania został zachowany z następujących powodów. Odwołujący po pierwsze wskazał, że przedmiotem tego zamówienia jest letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz na terenach zieleni osiedlowej, w okresie do 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w podziale na dwa rejony:

- a) Rejon 1 czyli Centrum, Śródmieście Północ, Miechowice, Karb, Łagiewniki, Rozbark,
- b) Rejon 2 czyli Śródmieście Zachód, Stroszek, Sucha Góra, Stolarzowice, Górniki, Szombierki, Bobrek.

Następnie Odwołujący wskazał, że do dnia składania ofert, oferty w postępowaniu – w zakresie obu części postępowania - złożyło dwóch Wykonawców – Odwołujący oraz Wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K.

W dalszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że 21 kwietnia 2022 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. w obu częściach zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że 29 kwietnia 2022 roku Odwołujący złożył odwołanie, w którym wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert i w ramach tej czynności:

- a) odtajnienie całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. oraz przekazanie tych wyjaśnień odwołującemu
- b) ewentualnie – odrzucenie oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica), z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zakresie istotnej części składowej oferty,

Odwołujący wskazał, że odwołanie to zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 1178/22, zaś termin rozprawy wyznaczono na 17 maja 2022 roku.

12 maja 2022 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że Wykonawca DROMAR złożył oświadczenie o odtajnieniu dokumentów objętych dotychczas tajemnicą

przedsiębiorstwa w tym postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający udostępnił Odwołującemu całość pierwotnie utajnionej dokumentacji, której dotyczył zarzut nr 1 z odwołania z 29 kwietnia 2022 roku.

Odwołujący wyjaśnił, że 13 maja 2022 roku Zamawiający złożył także do sprawy KIO 1178/22 odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględni zarzut nr 1 odwołania. W dniu 16 maja 2022 roku Przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca DROMAR wskazał, że nie wnosi sprzeciwu w zakresie dokonanego przez Zamawiającego uwzględnienia. W konsekwencji, Izba 16 maja 2022 roku zniósła termin rozprawy wyznaczony na dzień 17 maja 2022 roku i wskazała, że wyda postanowienie na posiedzeniu niejawnym. Odwołujący od razu tego samego dnia złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że wnosi o przywrócenie terminu rozprawy i rozpoznanie merytoryczne odwołania, bowiem Zamawiający nie spełnił roszczeń Odwołującego i nie unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Do dnia dzisiejszego Odwołujący nie uzyskał jednak rozstrzygnięcia Izby w tej sprawie, z uwagi na to co wniesienie niniejszego odwołania okazało się konieczne z uwagi na obawę przed upłynięciem terminów. Odwołujący powziął bowiem informację o ujawnionych dokumentach (wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny) w dniu 12 maja 2022 roku, a tym samym to ten dzień jest początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zarówno braku unieważnienia czynności wyboru, jak i zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty DROMAR z uwagi na rażąco niską cenę oferty tego Wykonawcy oraz odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) bowiem również w tym zakresie wiedza wynika z odtajnionych dokumentów. Postawione aktualnie zarzuty dotyczą zatem dokumentów, które na etapie składania odwołania z 29 kwietnia 2022 roku nie były znane, bowiem były przez Wykonawcę DROMAR utajnione, zaś Zamawiający odmawiał ich odtajnienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający 13 maja 2022 roku uwzględnił zarzut nr 1 odwołania z dnia 29 kwietnia 2022 roku, tj. ujawnił dokumenty zastrzeżone pierwotnie przez DROMAR jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak w praktyce nie dokonał tego w sposób prawidłowy, bowiem nie skutkowało to unieważnieniem czynności wyboru. W treści odwołania z 29 kwietnia 2022 roku wskazano wprost, że Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert – i w ramach tej czynności:

- a) odtajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę DROMAR oraz przekazanie tych wyjaśnień Odwołującemu,
- b) ewentualnie - odrzucenie oferty Wykonawcy DROMAR z uwagi na fakt, iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zakresie istotnej części składowej oferty.

W ocenie Odwołującego, uwzględnienie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów musi być połączone z unieważnieniem czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert, a tej dokonuje się przed wyborem. Co więcej, niewątpliwie wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym Wykonawcom zweryfikowanie tego czy oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu. W sytuacji odtajnienia całości wyjaśnień Odwołujący może się z nimi zapoznać – i w konsekwencji dopiero wtedy może składać odwołanie w zakresie nieudowodnienia przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach, że cena oferty tego Wykonawcy nie jest ceną rażąco niską.

Jak wskazał Odwołujący odtajnienie wyjaśnień bez jednoczesnego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie tylko nie spełnia więc żądania Odwołującego, ale i jest czynnością niezgodną z przepisami ustawy. Tym bardziej, że Zamawiający stosując kolejny wybieg stwierdza, że odtajnienia dokonał sam Wykonawca – do czego jednakże nie miał prawa już na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawca składając oświadczenie, że dane informacje są tajne, przedstawiając rzekome procedury jakie funkcjonują w jego przedsiębiorstwie, politykę bezpieczeństwa informacji itd. wprowadził pierwotnie Zamawiającego w błąd, podając jak się okazuje nieprawdziwe oświadczenia. Skoro obecnie odtajnia wyjaśnienia i nie udowadnia, że owa polityka nie funkcjonuje to po pierwsze przyznaje się, że poświadczył nieprawdę a dodatkowo dokonał de facto modyfikacji swojej oferty, co jest na tym etapie niemożliwe. Tak więc dodatkowo w tych okolicznościach podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 uPzp, bowiem przedstawił informacje wprowadzające w błąd, które niewątpliwie miały i mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający nie wykonał żadnej z żądanych przez Odwołującego czynności w postępowaniu – udostępnił załącznik „Tajemnica Przedsiębiorstwa” w związku z oświadczeniem o odtajnieniu dokumentów złożonych przez Wykonawcę DROMAR, jednak takie działanie w ocenie Odwołującego prowadzi wyłącznie do zmiany treści oferty tego Wykonawcy. Zamawiający nie mógł bowiem dokonać takiej czynności w postępowaniu bez unieważnienia czynności wyboru, bowiem ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy jest czynnością dokonywaną w ramach badania i oceny ofert. Jeśli nie ma unieważnienia czynności wyboru to i nie ma ponownego badania ofert – w konsekwencji nie ma skutecznego odtajnienia.

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego są wyłącznie pozorne i miały doprowadzić do tego, aby uniemożliwić Odwołującemu skuteczne złożenie środka ochrony prawnej w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego jeśli Zamawiający dokonuje uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 to powinien

unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonać ponownego badania oceny ofert. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - „nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej następuje po czynności badania i oceny ofert i jest jej zwieńczeniem. Natomiast po wyborze oferty najkorzystniejszej może już tylko dojść do udzielenia zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający już po wyborze oferty najkorzystniejszej powźmie jakiegokolwiek wątpliwości, co do prawidłowości badania i oceny ofert, w celu powtórzenia tej czynności, powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy wskazać, że elementem badania i oceny oferty są m.in. takie czynności zamawiającego jak wezwanie do wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 bądź 4 p.z.p., wezwanie do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ale również i badanie skuteczności zastrzeżenia informacji znajdujących się w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa. Te wszystkie czynności, wskazane jedynie przykładowo, podejmowane są w ramach badania i oceny ofert i dopiero po zakończeniu tego etapu zamawiający może przejść do następnego, tj. ewentualnego wyboru oferty najkorzystniejszej (jeśli taki właśnie wniosek płynie z przeprowadzonego badania i oceny ofert)” (KIO 1190/19).

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego w tym postępowaniu nakierowane są na to jak działać niezgodnie z prawem, a nie na to jak działać zgodnie z prawem – Zamawiający najpierw nie wykonuje obowiązku badania zastrzeżenia tajemnicy w ofercie Wykonawcy DROMAR, zaś obecnie wyłącznie pozornie dokonuje uwzględnienia odwołania, ale nie dokonuje unieważnienia czynności wyboru i ponownej oceny ofert w ramach której dokonuje odtajnienia – a wyłącznie przekazuje Odwołującemu dokumenty, bowiem to Wykonawca złożył oświadczenie o ich odtajnieniu. To wszystko świadczy o naruszeniu zasad równego traktowania wykonawców, bowiem bez wątplenia działania Zamawiającego nakierowane są na utrudnienie dochodzenia swoich praw przez Odwołującego.

Z tych względów zdaniem Odwołującego termin na kwestionowanie tego, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy DROMAR z postępowania, mimo że Wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę biegnie właśnie od dnia 12 maja 2022 roku – a zatem niniejsze odwołanie składane jest w terminie. W innym bowiem przypadku Odwołujący byłby pozbawiony możliwości wniesienia środka ochrony prawnej nie ze swojej winy, z uwagi na to, że Zamawiający nie dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz że został zniesiony termin rozprawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy DROMAR, Odwołujący wskazał, co następuje.

30 marca 2022 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający powziął wątpliwość do cen jednostkowych w złożonej ofercie zarówno z zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2. Zamawiający wprost wskazał, że „w Państwa ofercie w zakresie zadania 1 zachodzą uzasadnione wątpliwości co do części składowej ceny ofertowej”. Zamawiający wskazał, że:

1. w zakresie części I:

a) Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT w zakresie pozycji „koszenie trawników – na zlecenie” oraz „odsnieżanie ciągów pieszych, prześwitów – całodobowo”,

b) Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe niższe o ponad 30% od średniej cen jednostkowych dla danej czynności przewidzianej w ofercie powiększonej o należny podatek VAT w zakresie pozycji „oczyszczanie trawników z wszelkich zanieczyszczeń na wskazanie w okresie zimowym”, „oczyszczanie terenów zieleni osiedlowej z wszelkich zanieczyszczeń (trawniki, podwórka) – na wskazanie w okresie zimowym”,

c) Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należnych podatek VAT oraz od średniej cen jednostkowych dla danej czynności przewidzianej w ofercie powiększonej o należny podatek VAT w zakresie pozycji „oczyszczanie ciągów pieszych z wszelkich zanieczyszczeń – na wskazanie w okresie zimowym”, „oczyszczanie ciągów pieszych, prześwitów z wszelkich zanieczyszczeń – na wskazanie w okresie zimowym” oraz „zamiatanie dróg osiedlowych – na wskazanie w okresie zimowym”,

2. w zakresie części II:

a) Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT w zakresie pozycji „oczyszczanie wybiegów dla psów (pn. – sb.)”,

b) Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe niższe o ponad 30% od średniej cen jednostkowych dla danej czynności przewidzianej w ofercie powiększonej o należny podatek VAT w zakresie pozycji „oczyszczanie terenów zieleni osiedlowej w wszelkich zanieczyszczeń (trawniki, podwórka) wskazane w okresie zimowym”,

c) Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należnych podatek VAT oraz od średniej cen jednostkowych dla danej czynności przewidzianej w ofercie powiększonej o należny podatek VAT w zakresie pozycji „oczyszczanie trawników, rabat mieszanych z wszelkich zanieczyszczeń wskazane w okresie zimowym”.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiający powziął wątpliwość co do 7 pozycji w ofercie w zakresie zadania nr 1 oraz co do 3 pozycji w ofercie w zakresie zadania nr 2. Wbrew stanowisku Zamawiającego (prezentowanemu w

wielu sprawach dotyczących braku odtajnienia dokumentów wykonawcy Dromar) odrzucenie oferty w zakresie rażąco niskiej ceny możliwe jest również w sytuacji, gdy rażąco niska, jest cena części składowych (elementów ceny, cen jednostkowych), a nie tylko ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że „zwrócenie się przez Zamawiającego do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie Wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 p.z.p. Wyjaśnienia Wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem Wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 p.z.p.)” (KIO 2249/21).

Odwołujący nadmienił, że Wykonawca DROMAR nie zaskarżył czynności wezwania go do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie zgodził się z wezwaniem, co zaktualizowało obowiązek do złożenia precyzyjnych, dokładnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie wskazanym w wezwaniu – pod rygorem odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia wyjaśnień czy niezłożenia ich w sposób wystarczający.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego 5 kwietnia 2022 roku Wykonawca złożył w naszym przekonaniu niewystarczające wyjaśnienia. Odnosząc się do złożonych przez Wykonawcę ZUDIŁ DROMAR wyjaśnień (które Odwołujący poznał w całości w dniu 12 maja 2022 roku) Odwołujący wskazał na wstępie, że Zamawiający badał istotne części składowe ceny.

Zamawiający na posiedzeniu komisji w dniu 24 marca 2022 roku dokonał analizy wszystkich złożonych ofert i ustalił, że część istotnych części składowych ofert nosi znamiona rażąco niskich. Zamawiający zbadał wszystkie ceny i odniósł je do tego, które z cen jednostkowych są dla niego szczególnie istotne. Zamawiający stwierdził, że część z tych cen jednostkowych (części składowych oferty) budzi jego wątpliwości i w konsekwencji skierował wezwania zarówno do Odwołującego, jak i do Wykonawcy DROMAR. Wezwania

były kierowane dwukrotnie ponieważ w pierwszej wersji Zamawiający popełnił omyłkę. Drugie wezwanie (z dnia 30 marca 2022 roku) było sprostowaniem omyłki i jest wezwaniem właściwym.

Na wezwanie Zamawiającego odpowiedział zarówno Odwołujący, jak i Wykonawca DROMAR. W tym miejscu należy jeszcze raz podkreślić, że żaden z Wykonawców nie kwestionował wezwania (nie złożył w tym zakresie odwołania) – co oznacza, że przyznano, iż wezwanie jest zasadne i dotyczy istotnych części składowych oferty.

Zamawiający w swojej analizie skonkretyzował, które ceny jednostkowe budzą jego wątpliwości i są istotne - i do ich wyjaśnienia wezwał Wykonawcę ZUDI K DROMAR domagając się także wyliczenia i złożenia dowodów na potwierdzenie wyjaśnień. Wskazał również na przepis art. 224 ust. 3 ustawy Pzp jako podstawę na której należy wyjaśnienia oprzeć, zatem również w zakresie wskazanym w tym przepisie Wykonawca był wezwany do złożenia wyjaśnień.

1. Koszty pracowników

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień Odwołujący wskazał, że na stronie 2 części od początku jawnej Wykonawca wyjaśnił, że w ofertach do zadania nr 1 oraz zadania nr 2 przyjął koszt całkowity jaki ponosi Wykonawca za jedną godzinę pracy pracownika w wysokości przekraczającej ustaloną stawkę minimalną (21,59 złotych brutto). Wskazać należy jednak, że ta wartość nie gwarantuje wysokości wymaganej prawem.

Stawka ta jest zaniżona, bowiem jej wysokość przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia za pracę i innych kosztów pracodawcy powinna wynieść 24,13 zł., a więc zaniżenie to nominalnie ma wartość 2,54 zł na każdej godzinie pracy pracownika.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zawarł w SWZ wymaganie, aby pracownicy realizujący zamówienie byli w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (str. 5 SWZ). Stawka wynagrodzenia pracownika jest zatem bez wątpienia kosztem i składnikiem ceny w tym postępowaniu. Jej wysokość, w związku z obowiązującymi przepisami, w roku 2022 nie może być niższa niż wskazana w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia z pracą oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku. W przypadku zatrudnienia na umowę o pracę od dnia 1 stycznia 2022 roku ustalono, że minimalne wynagrodzenie za pracę nie może być niższe niż 3 010 zł. Wskazana płaca minimalna jest prawnie ustalonym najniższym dopuszczalnym wynagrodzeniem za pracę. Wynagrodzenie poniżej najniższej płacy krajowej stanowi naruszenie praw pracowniczych i jest niedozwolone. Osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę przysługuje tym samym co najmniej wynagrodzenie wyliczane z minimalnej płacy – niezależnie od tego czy podpisali oni umowę o pracę ze stawką godzinową czy miesięczną, a także bez względu na wymiar czasu pracy (pełny etat, pół

etatu), miejsce pracy, czy też rodzaj pracy np. roboty budowlane lub usługi. Minimalna płaca ma charakter krajowy i jest punktem odniesienia dla wszystkich pracujących.

Odwołujący wskazał, że zatrudnienie na „umowę o pracę” zobowiązuje Wykonawcę (pracodawcę) do tego, że nawet minimalne wynagrodzenie pracownika musi być obciążane szeregiem narzutów wynikających z przepisów o zabezpieczeniu społecznym i wraz z narzutami wynikającymi ze stosowania prawa pracy. Do tych obciążeń należą obciążenia wymagane ustawą takie jak składka emerytalna, składka rentowa, składka wypadkowa, fundusz pracy, fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych - co powoduje, że przy średniomiesięcznym czasie pracy (165,33 godzin) minimalna stawka godzinowa wynosi 21,93 zł. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca DROMAR zastosował nieprawidłową stawkę. Odwołujący wyjaśnił, że wskazane wyżej składki nie są jedynym elementem, który kreuje stawkę. Dodatkowym obciążeniem stawki pracownika zatrudnionego na umowę o pracę jest koszt urlopu wypoczynkowego (20-26 dni) czy też kosztów związanych ze świadczeniami chorobowymi (33 dni w roku – płaci pracodawca), wymaganymi świadczeniami wynikającymi z przepisów BHP, czy też możliwość wyboru PPK (Pracownicze Plany Kapitałowe), przerw w pracy, na badania lekarskie. Przyjmuje się, że tzw. płace uzupełniające to 10% narzut do stawki podstawowej. Przy uwzględnieniu tych obciążeń stawka roboczogodziny wyliczona za poprzedni rok, tj. okres od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia 2021 roku wynosiła 22,09 zł, zaś obecna stawka, którą można już wyliczyć za okres od 1 stycznia do 31 marca 2022 roku wynosi 24,13 zł.

Odwołujący wskazał, że taką wartość podaje specjalistyczny publikator, uznany na rynku informator SEKOCENBUD, który w zeszycie wydany za I kwartał 2022 roku poinformował, że przy minimalnym wynagrodzeniu 3.010,00 zł i przyjęciu wszystkich obciążeń związanych ze świadczeniem pracy stawka minimalna w złotych za godzinę dla ustalonego wymiaru czasu pracy w ilości 165,33 r-g wynosi 24,13 zł.

Dowód – SEKOCENBUD, Zeszyt 4/2022, I Kwartał 2022 roku, strona 15

Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika tym samym jednoznacznie, że Wykonawca DROMAR zaniżył swoją stawkę godziny pracy jednego pracownika wskazując raz wartość 21,59 zł brutto, a raz 24 zł. Stawka firmy ZUDIŁ DROMAR jest niezgodna z przepisami, bowiem jest ona zaniżona w stosunku do obowiązującej w tym zakresie wartości stawki 24,13 zł. Oferta Wykonawcy jest zatem niezgodna z obowiązującymi przepisami i wynika to wprost ze złożonych wyjaśnień.

Ponadto Odwołujący wskazał, że z odtajnionych wyjaśnień wynika, że Wykonawca w swojej kalkulacji wycenił stawkę roboczogodziny pracownika na poziomie 24,00 zł. Wskazać należy jednak, że zamieszczona w kalkulacjach stawka została wyliczona z wartości brutto prac ustalonych w formularzu ofertowym. Ustalona stawka w wysokości 24,00 zł brutto roboczogodziny jest to zatem wartość, która zawiera w sobie 8% stawkę podatku VAT. Po

odliczeniu VAT-u, który przecież nie stanowi wynagrodzenia pracownika stawka wynagrodzenia godzinowego wyniesie 22,22 zł, zgodnie z poniższymi obliczeniami:

24,00 zł (stawka brutto)/1,08 (8% podatek VAT) = 22,22 zł (stawka netto – stawka pracownika)

Stawka taka nie gwarantuje wysokości wymaganej prawem - jest bowiem zaniżona o prawie 8% względem minimalnej stawki uwzględniającej minimalne wynagrodzenie za pracę i innych kosztów pracodawcy. Zaniżenie to nominalnie w wartościach pieniężnych ma wartość 1,91 zł na każdej godzinie zatrudnionego pracownika. Poprawnie wyliczona stawka godzinowa jednej roboczogodziny ma wartość 24,13 zł netto, co jak wskazano we wcześniejszej części pisma potwierdza informator o stawkach roboczogodziny SEKOCENBUD z I kwartału 2022 na stronie 15.

Informator SEKOCENBUD zawiera stawki wynagrodzenia pracowników bez VAT, co jest odnotowane jako zastrzeżenie dużą czcionką na stronie tytułowej tego informatora – strona 1.

Dowód – SEKOCENBUD, Zeszyt 4/2022, I Kwartał 2022 roku, strona 1

Wyjaśnione jest to również na stronie 10 - odnotowane jako „UWAGA” i zaczerpnięte.

Dowód – SEKOCENBUD, Zeszyt 4/2022, I Kwartał 2022 roku, strona 10

Podatek VAT nie stanowi wynagrodzenia pracownika i nie może być on związany z jego wynagrodzeniem, co powoduje, że prawidłowość stawki musi być oceniana bez uwzględnienia tego składnika.

Zdaniem Odwołującego stawka w wysokości 22,22 zł jaką podał Wykonawca DROMAR w swojej ofercie jest zatem znacznie zaniżona i nie obejmuje wszystkich kosztów pracy, które są nałożone ustawowo na Wykonawcę. Wartość prawidłowo wyliczonej stawki jest odnośnikiem potwierdzającym zaniżenie wartości wynagrodzenia pracowników o 1,91 zł na każdej godzinie w ofercie przedsiębiorcy ZUDIŁ DROMAR.

Dowód - wyliczenie minimalnej stawki kalkulacyjnej w roku 2022 (I kwartał) z płacami uzupełniającymi.

Zgodnie z art. 6 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wysokość wynagrodzenia pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy nie może być niższa niż wysokość minimalnego wynagrodzenia w danym roku. W przypadku zatrudnienia w niepełnym wymiarze czasu pracy jej wartość ustala się proporcjonalnie. Do obliczenia wysokości wynagrodzenia pracownika przyjmuje się przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia wynikające ze stosunku pracy, określone przez GUS w załączniku do objaśnień do sprawozdawczości i wynagrodzeń, wśród których wyróżniamy m.in. dodatki za pełnione funkcje, premie i nagrody regulaminowe, wynagrodzenie za urlop wypoczynkowy czy dodatek wyrównawczy wypłacony za obniżenie płacy z powodu wypadku przy pracy lub choroby zawodowej. Wskazane dodatki stanowią tzw. płace uzupełniające - co istotne te dodatkowe składniki

wynagrodzenia muszą stanowić wyliczenie pensji minimalnej. Pensja ta nie może być niższa niż wartość płacy minimalnej określona w roku 2022 na kwotę 3010 zł wraz z kosztami zatrudnienia i płacami uzupełniającymi. Dodatkowo do osób zatrudnionych objętych ustawą o PPK do kosztu zatrudnienia pracownika należy doliczyć wysokość wpłat finansowanych przez pracodawców. Zgodnie z art. 26 ustawy o Pracowniczych Planach Kapitałowych (PPK) wpłata podstawowa finansowana przez podmiot zatrudniający wynosi 1,5%.

Podana przez Wykonawcę DROMAR stawka bez wątpienia nie zawiera tych wszystkich elementów.

Dowód – wyjaśnienia głównego specjalisty ds. wycen wydawnictwa SEKOCENBUD (korespondencja e-mail)

2. Czynniki mikroekonomiczne

W zakresie mikroekonomicznych czynników kształtujących cenę Wykonawca DROMAR w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że ma możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny m.in. z powodu:

- zarządzania procesem świadczenia usług,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- korzystnych warunków wykonywania usług,
- innowacyjnego podejścia do świadczenia usług,
- doświadczenia zdobytego we wcześniejszej realizacji pracy,
- nowoczesny park maszynowy,
- logistyka.

Zdaniem Odwołującego jednak siedem powyższych czynników, które zostały określone przez Wykonawcę ZUDI K DROMAR w żaden sposób nie świadczą o konkurencyjności ceny Wykonawcy, bowiem poza ogólnikowymi twierdzeniami nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Zarządzanie procesem usług, logistyka

W tym zakresie Wykonawca wskazał, że wprowadził „oryginalny system zarządzania logistycznego posiadanym sprzętem”. System opiera się na metodyce nadzoru wykorzystania zasobu parku maszyn i pojazdów przez specjalnie stworzoną do tego jednostkę logistyczną Wykonawcy. W tym zakresie brak jest jednak jakichkolwiek wyliczeń, które powodowałyby że można uznać, iż takie rozwiązania wpływają na obniżenie zaoferowanej ceny. W załączonych kalkulacjach nie wykazano nawet kosztów zatrudnienia tej specjalnej jednostki logistycznej albo chociażby zainstalowania systemu GPS do pozycjonowania pojazdów.

Również powoływanie się na znajomość infrastruktury drogowej pozostaje bez związku z zamówieniem, ponieważ przetarg dotyczy prac wykonywanych poza pasem drogowym, co jest zaznaczone w tytule zamówienia. Umową są objęte prace na zieleńcach, skwerach,

podwórkach, ciągach pieszych, prześwitach wokół nieruchomości, które nie wchodzą w pas drogowy, na znajomość, którego powołuje się Wykonawca DROMAR. Usługi ogrodnicze i sprzątające to nie usługi transportowe przy których ewentualna logistyka ma znaczenie istotne dla kontraktu.

Dodatkowo w przedstawionych kalkulacjach przedsiębiorca DROMAR nie wykazał w ogóle nakładów i ceny sprzętu, co powoduje, że realnie omawiany czynnik nie został w ogóle w kalkulację wliczony.

Rozwiązania techniczne, korzystne warunki wykonywania usług, nowoczesny park maszynowy

W zakresie elementu – „nowoczesny park maszynowy” również brak jest wyliczeń, które by umożliwiały zaoferowanie niższych cen niż inni konkurenci na rynku. Wyjaśnienia w tym zakresie nie zawierają nawet obiektywnych informacji o posiadanym sprzęcie jakim dysponuje Wykonawca. Brak jest informacji o rodzaju, typie, marce czy też parametrach technicznych sprzętu, jego mocy, efektywności eksploatacyjnej lub innych danych, które mogłyby przekonać, że park ten jest nowoczesny i lepszy niż u innych przedsiębiorców. Brak jest jakichkolwiek dowodów, że taki park w ogóle istnieje. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca ZUDI K DROMAR opisuje co najwyżej proces napraw sprzętu, jednak wskazać należy, że przedmiotem zamówienia są usługi sprzątające oraz usługi związane z konserwacją zieleni – czyli usługi zupełnie bez związku z naprawą sprzętu, na którą powołuje się Wykonawca ZUDI K DROMAR. Wdrożone przez tego Wykonawcę rozwiązania napraw pojazdów pozostają bez związku z technologią ogrodniczą czy agrorolniczą i nie wpływają bezpośrednio na wykonanie prac. Usługi naprawy sprzętu nie były objęte przedmiotem zamówienia, a ich wykonanie - w szczególności gdy sprzęt jest nowy, objęty gwarancją - jest zapewnione dla wszystkich posiadaczy takiego wyposażenia przez producenta i nie stanowi to przewagi konkurencyjnej na rynku. Zgodnie z zapisami zawartymi w dokumentacji przetargowej i umowie wszyscy Wykonawcy zostali zobowiązani do wykonywania usług sprzętem sprawnym - jest to zatem minimalny standard, a nie przewaga konkurencyjna.

Wykonawca ZUDI K DROMAR nie wskazał zatem żadnych rozwiązań technicznych, organizacyjnych czy technologicznych, które byłby dostępne wyłącznie dla niego i gwarantowałyby mu przewagę konkurencyjną.

Innowacyjne podejście do świadczenia usług Wykonawca ZUDI K DROMAR w swoich wyjaśnieniach wskazał innowacje jako czynnik przewagi konkurencyjnej. Niestety w wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek informacji na temat ewentualnych innowacji także trudno uznać by był to element, który realnie obniżył cenę. Z wyjaśnień nie wynika również by ZUDI K DROMAR w cenę wliczył jakikolwiek prace badawcze lub rozwojowe lub rezultaty takich prac, a więc wykorzystane innowacje. Zamawiający również w swoich dokumentach

nie odznaczył żadnych „wynałazków” lub „novum” firmy ZUDI-K DROMAR, które mogłyby wpłynąć na możliwość obniżenia wartości oferty.

Doświadczenie zdobyte we wcześniejszej realizacji pracy

Zdaniem Odwołującego również doświadczenie na które powołuje się firma ZUDI-K DROMAR nie zostało wyliczone w koszty w sposób obiektywny. Wręcz przeciwnie - zaprezentowane kalkulacje mogą prowadzić do zupełnie odmiennych wniosków. Informacja, że Wykonawca „w przeciągu ostatnich trzech lat prowadził działalność usługową na terenie Gminy Bytom” nie jest dowodem na to, że prawidłowo i realnie skalkulował cenę oferty (KIO 158/20). Bez wyliczenia w wartościach liczbowych wpływu ewentualnego doświadczenia i powiązania tego doświadczenia z wyceną przedmiotu zamówienia nie można mówić o wyczerpujących wyjaśnieniach zaoferowanej ceny.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zamówienie objęte postępowaniem przetargowym jest obecnie realizowane przez ZUKTZ J. W. i to on jako jedyny dysponuje zespołem pracowników, który realnie posiada element doświadczenia przy wykonywaniu prac w zakresie tej umowy.

3. Podwykonawcy

Zamawiający w swoim wezwaniu zwrócił się do Wykonawcy także o wyjaśnienie szczegółów w zakresie określonym w art. 224 ust. 2 pkt. 8 ustawy Pzp tj. „wypełnienie obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy”. Odwołujący wskazał, że Wykonawca ZUDI-K DROMAR poinformował w JEDZ oraz w Formularzu ofertowym – pkt. IX, że 40% zakresu zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy (oraz poinformował, że na dzień składania ofert nie ustalił kto będzie tym podwykonawcą). Taka formuła sporządzenia oferty powoduje, że w wyliczeniu ceny, w kalkulacjach winien być wskazany zakres prac, a nawet Wykonawca, który będzie realizował 40% zakresu zamówienia - bo tylko w ten sposób można potwierdzić, że istnieje realny Wykonawca, który za ustaloną ceną wykona tą usługę. Ponadto, Wykonawca zadeklarował wynagrodzenie dla pracownika poniżej obowiązujących stawek, na co również podwykonawca prawdopodobnie się nie zgodzi – i to już znacząco zawyży ceny. W ujawnionych Odwołującemu wyjaśnieniach w ogóle pominięto informacje o wynagrodzeniu podwykonawcy pomimo tego, że aż 40% zamówienia zostanie mu powierzone. Istnieje zatem zagrożenie, że wynagrodzenie podwykonawcy nie obejmuje wszystkich elementów wymaganych przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Brak informacji o podwykonawcy i jego wynagrodzeniu powoduje, że wyjaśnienia są z pewnością niekompletne.

Zdaniem Odwołującego bezsprzecznie kwestia podwykonawstwa winna zostać odzwierciedlona w wyjaśnieniach w odniesieniu do sposobu wyliczenia ceny. Mimo tego w sporządzonych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek wzmianki o kosztach Wykonawcy,

zakresie prac, rodzaju prac, wyposażeniu, materiałach i innych elementach, które będą wykorzystywane przez podwykonawcę.

4. Braki w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia

Odnosząc się do przedstawionych kalkulacji należy stwierdzić, że mają one charakter bardzo ogólnikowy, co powoduje, że nie wyjaśniają one źródeł tworzenia się kosztów, które finalnie wpływają na ceny. Przy metodzie uproszczonej wycena nie przedstawia: cen wartości robocizny – R, materiałów – M, cen sprzętu – S, a jedynie łączną wartość robót.

Zamawiający zwracając się z wezwaniem oczekiwał konkretnych wyjaśnień, ponieważ łączną wartość robót znał z oferty i jej ponowne przedstawianie w kalkulacjach tak naprawdę nic nowego nie wnosi. Mimo tego, w przedstawionych kalkulacjach ceny są zagregowane, łączne i nie obejmują wszystkich elementów wyceny - w szczególności brak jest jakichkolwiek informacji o cenach sprzętu. Jest to o tyle istotne, że Wykonawca w tym zakresie powołuje się na jego „specjalne” możliwości. Kalkulacje przedstawione przez firmę ZUDI K DROMAR dzielą jedynie zaoferowaną cenę bez ujawnienia kosztów. Nie ujawniono, co jest składnikiem ceny, poszczególnych kosztów, nakładów pracy, ilości pracy, rodzaju pracy czy ceny sprzętu. W kalkulacjach nie powołano się na żadne techniczne, organizacyjne czy też technologiczne rozwiązania, które gwarantowałyby przewagę konkurencyjną. Nie wskazano również upustów, pomocy publicznej, ani żadnych innych istotnych elementów, które pozwalałyby na zastosowanie stawki kalkulacyjnej na poziomie poniżej wyliczalnej stawki minimalnego wynagrodzenia do której relatywnie się ją porównuje. Odwołujący wskazał też, że Wykonawca DROMAR nie ujął w wyliczeniach wszystkich niezbędnych elementów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia i nakładanych przez Zamawiającego obowiązków. Odwołujący wskazał, że żadna z kalkulacji nie obejmuje wyceny procedury odbioru prac. Zamawiający w SOPZ ustalił w Dziale VI, że odbiór prac będzie wykonywany wspólnie z przedstawicielem Wykonawcy. W tym celu wykorzystywany będzie środek transportowy, który zapewnia Wykonawca. Jest to istotny element, ponieważ odbiory odbywają się na terenie całego miasta, praktycznie codziennie. W złożonych wyjaśnieniach element ten całkowicie pominięto.

Innym elementem, który winien się znaleźć w ofercie Wykonawcy DROMAR, a nie został on ujęty w ofercie, co stanowi niezgodność z dokumentacją przetargową i błąd w obliczeniu ceny to rodzaj materiałów, który jest konieczny do zamówienia. Zamawiający w zakresie odśnieżania ciągów pieszych w SOPZ wskazał, że ciągi piesze po usunięciu śniegu muszą być posypane piaskiem lub innymi środkami uszorstniającymi w takiej ilości by wyeliminować śliskość. W tym zakresie Wykonawca winien wykazać się piaskiem, a także co najmniej chlorkiem sodu tzw. solą drogową, lub chlorkiem wapnia i chlorkiem magnezu. W warunkach zimowych to właśnie te środki zapewnią bezpieczeństwo na chodnikach i nie sposób je pominąć lub zastąpić innymi rozwiązaniami. Tym samym brak zaoferowania tego zakresu

stanowi o tym, że realizacja zamówienia jest niezgodna z wymogami swz, a jeśli stanowisko czy to zamawiającego czy ewentualnie przystępującego będzie takie ze oświadczył, że będzie realizował przedmiot zamówienia zgodnie ze standardami to bez wątpienia brak wykazania kosztów materiałów w cenie oferty stanowi o błędzie w obliczeniu ceny oferty.

W załączonych ogólnych kalkulacjach wątpliwości budzą następujące informacje (lub ich brak):

REJON 1

1. KOSZENIE TRAWNIKÓW NA ZLECENIE

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/ r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- koszt paliwa – nie określono, który pojazd bądź urządzenie zużyło 17 litrów paliwa (samochód dostawczy, kosiarka samojezdna, podkaszarka)

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

- brak kosztów pracy sprzętu

- nie określono czy trzej pracownicy są operatorami sprzętu

2. ODŚNIEŻANIE CIĄGÓW PIESZYCH, PRZESWITÓW – CAŁODOBOWO

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- przewidziano 2 pracowników/zmianę – 8 r-g

- materiał uszorstniający – brak ilości

- brak kosztów pracy sprzętu

- nie określono czy dwaj pracownicy na zmianę są operatorami sprzętu

3. OCZYSZCZANIE TRAWNIKÓW Z WSZELKICH ZANIECZYSZCZEŃ – NA WSKAZANIE W OKRESIE ZIMOWYM

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

4. OCZYSZCZANIE TERENÓW ZIELEN OSIEDLOWEJ Z WSZELKICH ZANIECZYSZCZEŃ (TRAWNIKI, PODWÓRKA) – NA WSKAZANIE W OKRESIE ZIMOWYM

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

5. OCZYSZCZANIE CIĄGÓW PIESZYCH Z WSZELKICH ZANIECZYSZCZEN – NA WSKAZANIE W OKRESIE ZIMOWYM

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

6. OCZYSZCZANIE CIĄGÓW PIESZYCH, PRZEŚWITÓW Z WSZELKICH ZANIECZYSZCZEN – NA WSKAZANIE W OKRESIE ZIMOWYM

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

7. ZAMIATANIE DRÓG OSIEDLOWYCH – NA WSKAZANIE W OKRESIE ZIMOWYM

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- brak czasu pracy zmiatarki drogowej

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

REJON 2

1. OCZYSZCZANIE WYBIEGÓW DLA PSÓW (pn.-sb)

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

2. OCZYSZCZANIE TERENÓW ZIELENI OSIEDLOWEJ Z WSZELKICH ZANIECZYSZCZEŃ (TRAWNIKI, PODWÓRKA) NA WSKAZANIE W OKRESIE ZIMOWYM

- zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

3. OCZYSZCZANIE TRAWNIKÓW, RABAT MIESZANYCH Z WSZELKICH ZANIECZYSZCZEŃ – NA WSKAZANIE W OKRESIE ZIMOWYM

- - zniżenie stawki wynagrodzenia, kosztów pracy:

24,00 zł brutto/r-g (22,22 zł netto/r-g < 24,13 zł netto/r-g wg SEKOCENBUD)

- brak kosztów pracy sprzętu

- koszty zagospodarowania odpadów – brak określenia miejsca zagospodarowania odpadów, ilości odpadów oraz kosztów transportu do punktu utylizacji

Tym samym wykonawca nie zaoferował realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami swz , a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) uPzp.

„Zniżenie ceny nie musi być zawsze wynikiem zamierzonego zaoferowania ceny niepokrywającej kosztów wykonania usługi, ale także omyłkowego niewliczenia w cenę kosztu elementu przedmiotu zamówienia, którego Zamawiający wymagał, a Wykonawca przez omyłkę czy przeoczenie nie skalkulował. Wówczas cena też może budzić wątpliwości co do swojej realności i w ramach wyjaśnień można ustalić, że Wykonawca nie zaoferował wykonania całości przedmiotu zamówienia” (KIO 2278/18).

„Podając wyjaśnienia wykonawcy badaniu zamawiający musi mieć na względzie, że składane wyjaśnienia muszą być spójne, logiczne, oparte na poprawnych, gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia (zgodnie z SWZ), założeniach. Tylko bowiem takie wyjaśnienia, poparte dodatkowo dowodami, mogą doprowadzić do obalenia zaoferowania ceny rażąco niskiej” (KIO 1344/21).

„To zakres przedmiotu zamówienia determinuje w każdym postępowaniu kalkulacje wykonawców, a wyjaśnienia składane w trybie art. 90 p.z.p. mają dotyczyć konkretnej zaoferowanej w postępowaniu ceny. Zamawiający zobowiązany był ocenić wyłącznie wyjaśnienia złożone w tym postępowaniu w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. w kontekście okoliczności w nich podniesionych dla wykazania rzetelności ceny i możliwości wykonania konkretnego świadczenia opisanego, jako przedmiot zamówienia” (KIO 244/20).

Odwołujący nie ma wątpliwości, że Wykonawca ZUDiK DROMAR zniżył stawkę kalkulacyjną robocizny o 8% w relacji do wartości minimalnego wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał na stanowisko Izby wyrażone w orzeczeniu KIO 966/22 – „Odwołujący w tym zakresie zwracał uwagę, że zgodnie z treścią SWZ i wzoru umowy Zamawiający zobowiązał Wykonawców do tego, aby osoby uczestniczące w realizacji przedmiotu umowy w okresie jej realizacji były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy – kodeks pracy i ustaw zabezpieczenia społecznego. Tym samym nawet minimalne wynagrodzenie pracownika musi być obciążane szeregiem narzutów wynikających z przepisów o zabezpieczeniu społecznym i narzutami, wynikającymi ze stosowania przepisów prawa pracy. Wyliczał, że uwzględniając wszystkie wynikające z przepisów obciążenia, stawka roboczogodziny wyliczona za poprzedni rok, tj. okres od 1

stycznia do 21 grudnia 2021 roku wynosiła 22,09 zł, zaś obecna stawka, którą można już wyliczyć za okres od 1 stycznia do 31 marca 2022 roku wynosi 24,13 zł (...). Izba w tym zakresie zwróciła uwagę nie tyle na wysokość samej stawki, co na okoliczność, że przystępujący w treści złożonych wyjaśnień, oprócz wskazania samej jej wysokości, nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń w tym zakresie. Nie wskazał jakich pracowników będzie zatrudniał do realizacji zadania, jakie wynagrodzenie oni otrzymują i nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, a przecież jednym z elementów wyjaśnień, o które zwracał się Zamawiający do Wykonawcy była właśnie kwestia kalkulacji kosztów pracy”.

Zdaniem Odwołującego z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie – Wykonawca DROMAR nie tylko wskazał na zaniżoną stawkę roboczogodziny, ale i w żaden sposób realnie nie wykazał że ma jakiegokolwiek możliwości na obniżenie tych kosztów w taki sposób, aby zastosowana stawka mogła zostać uznana za prawidłową.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach Wykonawca pominął także przyjęte przez siebie rozwiązania organizacyjne, które dotyczą współdziałania z podwykonawcą, któremu zamierza powierzyć 40% kontraktu. W swoich wyjaśnieniach nie przedstawił kosztów, które wynikają z takiego zobowiązania, co powoduje, że jego wyjaśnienia są w znacznym stopniu niekompletne i niespójne ze złożoną ofertą. Zaprezentowany przez Wykonawcę sposób realizacji i przyjęte rozwiązania są ogólnikowe i w ogóle nie pozwalają na wyjaśnienia czy Wykonawca uwzględnił w zaoferowanej cenie cały zakres pracy i swoje obowiązki wynikające z przyszłej umowy.

Odwołujący wskazał, że skierowanie przez Zamawiającego wezwania do Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny powoduje, że to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zaoferowana cena (w tym przypadku ceny jednostkowe stanowiące istotne części składowe oferty) nie są rażąco niskie. Mamy więc do czynienia z domniemaniem, którego naszym zdaniem Wykonawca DROMAR nie obalił.

W złożonej pismem z 1 czerwca 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

26 maja 2022 r. wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. z siedzibą w Stanicy (dalej: „Przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie procesowym z 2 czerwca 2022 r. Przystępujący zawarł swoje stanowisko procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

Ponadto Odwołujący złożył 3 czerwca 2022 r. (wiadomość email) pismo procesowe z 2 czerwca 2022 r. wraz z wyrokiem Sądu Okręgowego Sądu Zamówień Publicznych z 5

maja 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 36/22, które nie zostało przez Izbę wzięte pod uwagę jako że zostało złożone po zamknięciu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia było skuteczne.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Stan faktyczny został przez Odwołującego prawidłowo przytoczony w treści odwołania i nie jest między Stronami sporny, Strony różnią się w zakresie skutków prawnych jakie wywodzą z zaistniałych w sprawie okoliczności faktycznych. Wobec powyższego ustalenia Izba uznała ponowne przytaczanie okoliczności faktycznych w tym miejscu za zbędne.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 18 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
4. Zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.
5. Jeżeli jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym, zamawiający może nie ujawniać:
 - 1) danych osobowych, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b,
 - 2) wysokości wynagrodzenia, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 2- w zakresie dostaw lub usług, z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane.
6. Zamawiający udostępnia dane osobowe, o których mowa w art. 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1, z późn. zm.16)), zwanego dalej „rozporządzeniem 2016/679”, w celu umożliwienia korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX, do upływu terminu na ich wniesienie.

Zgonie natomiast z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Kierując się powyższą zasadą Izba uznała, że zarzut potwierdził się ale z uwagi na brak wpływu na wynik tego postępowania, odwołanie nie mogło z tego powodu zostać w tym zakresie uwzględnione. W pierwszej kolejności wskazać należy, że w sprawie o sygn. akt KIO 1178/22 podstawą umorzenia postępowania było oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu pierwszego odnoszącego się do zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego dotyczących wyjaśnienia ceny, przy jednoczesnym braku sprzeciwu ze strony Przystępującego. Nie ma przy tym w ocenie Izby większego znaczenia powód dla którego Zamawiający uwzględnił odwołanie co do tego zarzutu. W ocenie Izby wnioski odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1178/22 zostały sformułowane w sposób logiczny i spójny z zarzutami a ich konstrukcja nie pozostawia wątpliwości, że po pierwsze Odwołujący domaga się w ramach podniesionych zarzutów unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie udostępnienia mu dokumentów objętych pierwotnie tajemnicą przedsiębiorstwa. Wnioski uwzględniają również zarzut ewentualny i odnoszą się także do tego zarzutu, Odwołujący bowiem wskazał wyraźnie we wnioskach, że wnosi również o „ewentualnie - odrzucenie oferty Wykonawcy DROMAR z uwagi na fakt, iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zakresie istotnej części składowej oferty”. Niezależnie jednak od powyższego należy mieć na uwadze, że niewątpliwie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej następuje po czynności badania i oceny ofert i jest jej zwieńczeniem. Natomiast po wyborze oferty najkorzystniejszej może już tylko dojść do udzielenia zamówienia. Oznacza to, że w sytuacji, gdy Zamawiający już po wyborze oferty najkorzystniejszej poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości, co do prawidłowości badania i oceny ofert, w celu powtórzenia tej czynności, powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynnością podejmowaną w ramach badania i oceny ofert jest również ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Udostępnienie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentów pierwotnie zastrzeżonych przez Zamawiającego tajemnicą przedsiębiorstwa jest zawsze czynnością mogącą mieć wpływ na wynik postępowania, dlatego zawsze powinna być poprzedzona unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Reasumując, zarzut potwierdził się, bowiem udostępniając w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1178/22 dokumenty objęte pierwotnie tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednak z uwagi na okoliczność, iż odwołanie co do pozostałych zarzutów podlegało oddaleniu, Izba uznała że w przedmiotowej sprawie nie zaszła przesłanka, o której mowa w art. 554 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzenie się tego zarzutu nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania.

Ad zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy Pzp.

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

Natomiast jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 ww. regulacji w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Jak natomiast wynika z art. 224 ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ustawa Pzp przesądza również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (*vide*: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a ponadto stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (*vide*: art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Reasumując powyższe, gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Innymi słowy w takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny a także wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że same wyjaśnienia nie są wystarczające ustawodawca przesądził bowiem że muszą być one poparte dowodami zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze.

Zauważyć należy również, iż bez znaczenia jest ewentualna okoliczność że nie zachodziła obligatoryjna konieczność wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tj., że nie zmaterializowały się przesłanki z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Sam fakt podjęcia takich czynności przez Zamawiającego zobowiązuje wykonawców do udzielenia wyjaśnień pod rygorem wskazanych w ustawie konsekwencji postaci odrzucenia oferty.

Następnie wskazać należy, że jak wynika z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 ustawy kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem

przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej strony konieczności poniesienia konsekwencji zaniechania realizacji tego obowiązku, lub braku skuteczności w tym zakresie, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Również na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (*vide*: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (*vide*: wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2617/18). Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

Stosownie natomiast do treści art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie omawianych zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy Pzp nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył niewystarczające wyjaśnienia. Odwołujący podniósł zastrzeżenia co do prawidłowości wskazanej przez Przystępującego w wyjaśnieniach stawki za roboczogodzinę. Izba uznała argumentację wskazaną na stronie 9 uzasadnienia odwołania za chybioną, ponieważ z treści udzielonych wyjaśnień nie wynika aby stawka za roboczogodzinę została zaoferowana na poziomie 21,59 zł lecz Przystępujący wyraźnie wyjaśnił w części jawnej pisma, że zaoferował stawkę na poziomie przekraczającym tę kwotę. Powyższe zostało potwierdzone w dalszej części wyjaśnień (tj. w wyjaśnieniach pierwotnie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, a następnie odtajnionych), gdzie Przystępujący w kalkulacjach dotyczących cen jednostkowych w zakresie w jakim został wezwany, konsekwentnie wskazywał, że przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 24 zł brutto. Izba nie uznała również za zasadne

stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym zaniżona jest wskazana przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stawka za roboczogodzinę w wysokości 24 zł brutto. Argumentacja ta została przez Odwołującego oparta na twierdzeniu, że stawka ta została przez Przystępującego opodatkowana stawką VAT w wysokości 8% zatem w rzeczywistości po jej odliczeniu stawka za roboczogodzinę wskazana przez Przystępującego w wyjaśnieniach ceny wynosi 22,22 zł. Stanowisko to nie przekonało Izby, w tym zakresie skład orzekający przychylił się do argumentacji zaprezentowanej przez Przystępującego w piśmie procesowym z 2 czerwca 2022 r. str. 10-15. Zatem o oddaleniu odwołania w tym zakresie przesądziła konstrukcja zarzutu odwołania. Odwołujący bowiem nie skoncentrował się na wykazaniu, że stawka w wysokości 24 zł brutto jest stawką zaniżoną, w tym nie pozwalającą na realizację zamówienia lecz poczynił swoje, w ocenie Izby niezasadne, założenia z których następnie wywodził nieprawidłowość tej stawki. Powołanie się przez Odwołującego na publikator Sekocenbud również nie jest w ocenie Izby trafne z następujących powodów. Po pierwsze, przedmiotem tego zamówienia są usługi, a publikator ten dotyczy cen i stawek w budownictwie. Po drugie, publikator ten nie jest podstawą określenia minimalnej stawki za pracę. Podstawa ta znajduje się w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1690). Po trzecie, należy mieć na uwadze, że Sekocenbud jest wydawany przez prywatną spółkę – Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa „PROMOCJA” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, prowadzącą zwykłą komercyjną działalność. Publikator ten nie odzwierciedla więc sytuacji danego podmiotu lecz zawiera uśrednione stawki, nie są to w ocenie Izby dane adekwatne do oceny indywidualnej sytuacji danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja własna stawki za roboczogodzinę oprócz tego, że nie uwzględnia ewentualnej sytuacji Przystępującego, bazuje na danych dotyczących I kwartału 2022 r, i nie jest dla Izby jasne dlaczego ten okres miałby być miarodajny dla wyliczenia stawki za roboczogodzinę, uwzględniając, że termin składania ofert upłynął 21 marca 2022 r., a usługa ma być świadczona przez 12 miesięcy. W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane podczas rozprawy co do zaniechania przez Przystępującego przedstawienia jak stawka 24 brutto została zbudowana jest stanowiskiem nowym wobec treści zarzutu odwołania. W tym miejscu Izba zauważa również, że wezwanie skierowane do Przystępującego nie zawierało wprost żądania o wskazanie jak stawka ta została zbudowana. Odnosząc się do zawartego na stronie 18 uzasadnienia odwołania akapit drugi stanowiska, że Przystępujący „(...) nie tylko wskazał na zaniżoną stawkę roboczogodziny ale i w żaden sposób realnie nie wykazał, że ma jakiegokolwiek możliwości na obniżenie tych kosztów w taki sposób (...)”, Izba wskazuje, że stanowisko to opiera się na

niewłaściwym założeniu, że stawka podana przez Przystępującego wynosi 22,22 zł i z tego powodu nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie twierdzenia co do zaniechania wycenienia kosztów wyspecyfikowanych na str. 14-17 uzasadnienia odwołania, Izba również nie podziela tej argumentacji. Izba miała na uwadze treść wezwania, gdzie Zamawiający nie narzucił wykonawcy sposobu przedstawienia wyjaśnień, w tym określonej metodologii zaprezentowania kalkulacji. Mając to na uwadze w ocenie Izby nie sposób uznać, żeby udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia z 5 kwietnia 2022 r. nie stanowiły odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Ponadto wyjaśnienia składają się z kalkulacji, a także z części opisowej do każdej z tych kalkulacji, gdzie Przystępujący wskazał, jakie koszty i w których pozycjach zostały przez niego ujęte. Zarzut więc sprowadza się do tego, że przedstawiona kalkulacja nie została sporządzona w sposób pożądaný przez Odwołującego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania przez Przystępującego wskazania w treści wyjaśnień rozwiązań organizacyjnych dotyczących współpracy z podwykonawcą, to wskazać należy, że stanowisko zawarte na stronie 18 trzeci akapit nie może w ocenie Izby przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Odwołujący wskazał na zaniechanie opisanie przez Przystępującego kosztów, jakie wynikają ze zobowiązania z podwykonawcą. Jednak dostrzec należy, że treść art. 224 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp, (co Odwołujący zdaje się pomijać w swoim stanowisku) odnosi się do obowiązków wykonawcy względem podwykonawcy, jakie wynikają z treści art. 463 i art. 464 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący w swojej argumentacji nie wskazuje dlaczego ten brak wyjaśnień miałby świadczyć o nierealności ceny. Dodatkowo Izba rozpoznając zarzut wzięła pod uwagę stanowisko Przystępującego wskazane z str. 16 akapit drugi pisma z 2 czerwca 2022 r., które uznała za przekonujące i spójne.

Wobec powyższego, wynikający ze wskazanych wyżej twierdzeń zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp również podlegał oddaleniu. Nie sposób bowiem w ocenie Izby przesądzić, że skoro kalkulacja nie została sporządzona na wymaganym przez Odwołującego poziomie szczegółowości to treść oferty Przystępującego jest niezgodna z treścią SWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Reasumując, odwołanie podlegało oddaleniu, ponieważ Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący, że zaoferowana cena w zakresie w jakim zostało skierowane do Przystępującego wezwanie jest rażąco niska, w tym nie daje możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo w ocenie Izby mając na uwadze treść wezwania nie sposób uznać aby wyjaśnienia nie stanowiły na nie odpowiedzi i to nawet uwzględniając ewentualne braki wyjaśnień, w tym brak w zakresie art. 224 ust 2 pkt 8 ustawy Pzp zważywszy, że w treści oferty Przystępujący wskazał na potencjalną możliwość powierzenia bliżej nieokreślonego zakresu zamówienia (wskazano tylko na wielkość wynoszącą 40%)

niewiadomemu podwykonawcy. W ocenie Izby nakazanie odrzucenia oferty w okolicznościach rozpoznawanej sprawy tylko z tego powodu byłoby skrajnie formalnym podejściem podczas gdy rolą procedury wyjaśniającej cenę jest ustalenie w wyniku jej przeprowadzenia czy zaoferowana cena ma charakter rynkowy.

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone w piśmie Przystępującego z 2 czerwca 2022 r. str. 4 i 5 pisma. Odwołujący ponadto potwierdził podczas rozprawy, że stanowisko zawarte w przedostatnim akapicie na str. 5 uzasadnienia odwołania nie jest dodatkowym zarzutem naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10, tylko jest to argumentacja Odwołującego w zakresie zaniechania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 kwietnia 2022 r. (*vide*: str. 3 protokołu posiedzenia i rozprawy z 2 czerwca 2022 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Wobec oddalenia odwołania i złożenia wniosku kosztowego przez Zamawiającego w przedmiocie zasądzenia kosztów zastępstwa przed Izba, w tym wobec złożenia stosownej faktury, Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego od Odwołującego zwrot kwoty wskazanej w pkt 2.2 sentencji wyroku.

Przewodniczący: