

**WYROK**

**z dnia 24 stycznia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **17 stycznia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **27 grudnia 2021 r.**

przez wykonawcę: **PARK-M POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu**

w postępowaniu pn. *Rewitalizacja parku w Mosznej poprzez częściowe zagospodarowanie terenu, w tym utworzenie parterów ogrodowych w pobliżu zachodniego skrzydła budynku Zamku* (nr postępowania DOA-X.272.19.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Opolskie**

przy udziale wykonawcy: **BILPOL-K. sp. j. z siedzibą w Chorzowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oferty Przystępującego, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniły podanej w ofercie ceny.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
  - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

Województwo Opolskie {dalej również: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Rewitalizacja parku w Mosznej poprzez częściowe zagospodarowanie terenu, w tym utworzenie parterów ogrodowych w pobliżu zachodniego skrzydła budynku Zamku* (nr postępowania DOA-X.272.19.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 października 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00245960.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

22 grudnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BILPOL-K. sp. j. z siedzibą w Chorzowie {dalej: „Bilpol”, „Wykonawca” lub „Przystępujący”}.

27 grudnia 2021 r. PARK-M POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu {dalej: „Park-M” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia oferty Bilpolu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 224 ust. 6 i 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Bilpolu, który nie uczynił zadość ciężącemu na nim obowiązкови i nie wyjaśnił Zamawiającemu w sposób konkretny i jednoznaczny sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty, co skutkować winno uznaniem, że wyjaśnienia takie w ogóle nie zostały złożone i tym samym oferta Bilpolu winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.
2. Art. 16 pkt 1 w zw. art. 17 ust. 2 i art. 239 ust 1 i 2 – przez wybór jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Bilpolu, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i legalizmu.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Bilpolu.

W uzasadnieniu odwołania zasadniczy zarzut został w szczególności sprecyzowany

przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne.

Według protokołu postępowania wartość szacunkowa tego zamówienia 17 sierpnia 2021 r. została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.880.013,84 zł. Podczas otwarcia ofert 16 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie tego zamówienia dysponuje kwotą 2.125.497,00 zł, a w postępowaniu oferty z następującymi cenami złożyło trzech wykonawców: 1) Bilpol – 1.530.200,55 zł, 2) Sorted sp. z o.o. z siedzibą w Chyliczkach {dalej: „Sorted”} – 3.449.400,00 zł, 3) Park-M – 2.716.190,62 zł.

Zamawiający sporządził tabelaryczne zestawienie powyższych informacji, które doprowadziło go do następującego wniosku: *Oferta nr 1 wymaga wyjaśnień z art. 224 ust PZP – cena oferty niższa, co najmniej 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert.*

Pismem z 23 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Bilpol w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień, zakreślając ich zakres, w tym jako obligatoryjne dwa elementy składowe ceny oferty: 1) zgodność 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisami odrębnymi właściwymi dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Jednocześnie Zamawiający (powołując się na wyrok Izby z 14 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 637/15), wskazał, jak te wyjaśnienia winny wyglądać oraz jakich wyjaśnień nie uzna za wystarczające. *Wyjaśnienia składane przez Wykonawcę powinny być potwierdzone konkretnymi dowodami, a nie mglistymi тезami, których interpretacja jest utrudniona. (...) Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego na nie wynagrodzenia przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Zamawiający podkreślił, że to na Wykonawcy będzie ciążył obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 224 ust 5 ustawy pzp), stwierdzając dalej, że wykazać, oznacza coś więcej niż tylko wyjaśnić. Dla owego wykazania często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia.*

Odwołujący przedstawił [w lit. a)-m)] następującą analizę treści wyjaśnień złożonych przez Bilpol:

[a) i b)]

*Po pierwsze, podkreślenia wymaga fakt, posiadania przez Wykonawcę doświadczenia wyniesionego z realizacji podobnych umów, fakt ten pozwala Wykonawcy na dokonanie prawidłowej, rzetelnej wyceny w odniesieniu zarówno co do specyfiki robót objętych przedmiotem zamówienia, jak i kosztów potrzebnych do realizacji zamówienia publicznego... Wiedza i doświadczenie w organizacji oraz realizacji tego typu zamówień pozwoliły Wykonawcy na przygotowanie konkurencyjnej wyceny przedmiotu zamówienia (...) należy zwrócić uwagę, że nasza firma ma doświadczenie wyniesione z realizacji prac w parku w Mosznej w latach poprzednich stąd teren oraz warunki są nam dobrze znane.*

Brak wskazania tych podobnych umów, a poza tym wskazana okoliczność nie przesądza o analogicznych warunkach ekonomicznych.

Przede wszystkim nie wskazano, jak konkretnie (kwotowo) podnoszona okoliczność wpłynęła na cenę złożonej oferty, co powtarza się niemal przy każdym kolejnym argumentem wyjaśnień.

[c]

*Nasza firma macierzystą bazę posiada w Koszęcinie to jest około 100 kilometrów na miejsce kilometrów na miejsce budowy, dodatkowo posiadamy bazę w Opolu (odległość 35 km), gdzie aktualnie realizujemy wiele umów. Stąd zaoszczędzimy na kosztach transportu materiału, które łączyć będziemy na kosztach transportu materiału, które łączyć będziemy w miarę możliwości z innymi budowlami. ...pozostałe dwie firmy są odległe od terenu prac o ponad 300 km w jedną stronę co przy aktualnie rosnących cenach paliwa miało na pewno wpływ na cenę ofert.*

Oczywiste jest, że żaden z pozostałych wykonawców nie będzie świadczył prac z miejsca, gdzie ma swą główną siedzibę, a z baz wynajętych w bezpośrednim sąsiedztwie Mosznej. W tej sytuacji trudno uznać za element przewagi zadeklarowanie baz, których adresu nawet nie podano i dla których nie załączono tytułów prawnych (np. umów najmu) jako dowodów.

[d]

*Wykonawca w niniejszym piśmie składa stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami, dotyczące elementów oferty, a mające wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowanie zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu,*

*w którym realizowane jest zamówienie, zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy, wybranych rozwiązań technicznych wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, kosztów zakupu materiału roślinnego, sprzętu materiałów koniecznych do wykonania usługi oraz pozostałych czynników związanych z przedmiotem zamówienia opisanym w SWZ (koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, koszty zaopatrzenia, koszty zaopatrzenia, zysk). (...) Pracownicy dedykowani do wykonania zadania są zatrudnieni na umowę o pracę – w większości na czas nieokreślony i otrzymują wynagrodzenie miesięczne brutto w kwocie spełniającej wymogi minimalnego wynagrodzenia oraz premii uznaniowej. Wykwalifikowana i doświadczona kadra pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac. Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny uwzględnia wymogi ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wykonawca oszacował cenę usługi w sposób uwzględniający niezbędne do poniesienia nakłady na wynagrodzenie. Cena oferty Wykonawcy w zakresie oferowanego Pakietu pokrywa te nakłady w stopniu niezbędnym do wykonania usługi.*

Wykonawca całkowicie pominął żądanie Zamawiającego o którym mowa była wyżej, co skutkować winno zastosowaniem art. 224 ust. 6 pzp. W wyjaśnieniach nie wskazuje się nawet liczby pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotowego zadania, a w konsekwencji ich wynagrodzeń, kosztów pracodawcy i innych obciążeń przewidzianych przepisami Prawa pracy. Jak wynika z danych zawartych na stronie <https://www.biznes.gov.pl/pl/portal/0083>, koszty związane z zatrudnieniem pracownika do których w ogóle nie odniósł się Bilpol: 1) składki na ubezpieczenia społeczne, 2) obowiązkowe badania lekarskie (wstępne, okresowe, kontrolne), szkoleń BHP, c) wynagrodzenie chorobowe przez okres pierwszych 33 dni nieobecności z powodu choroby lub odosobnienia w związku z chorobą zakaźną lub 14 dni, w przypadku osób, które ukończyły 50 lat, 3) płatny urlop wypoczynkowy w wymiarze 20 lub 26 dni w roku, w zależności od stażu pracy pracownika, 4) rekompensata ewentualnej pracy w godzinach nadliczbowych (dodatek albo czas wolny), 5) prowadzenie i przechowywanie (przez okres 10 lat po ustaniu stosunku pracy) dokumentacji pracowniczej, w tym ewidencji czasu pracy, 6) wynagrodzenie w okresach niewykonywania pracy, kiedy przepisy tak stanowią, np. w okresie przestoju niezawinionego przez pracownika (art. 81 Kodeksu pracy), 7) Pracownicze Plany Kapitałowe.

[e]

*Na potwierdzenie możliwości zrealizowania usługi należycie w załączeniu przekazujemy kserokopię poświadczeń należycie wykonanych usług między innymi na obiekcie w Mosznej. Firma Bilpol współpracowała już z Zamawiającym wykonując wiele prac na powyższym...*

Zamiast wyjaśniać cenę złożonej oferty Wykonawca złożył wraz ze swymi wyjaśnieniami referencje należytego wykonywania usług, które i tak stosownie do SWZ zobligowany był złożyć wraz z wykazem robót budowlanych.

[f]

*Firma posiada własny sprzęt i wszelkie urządzenia niezbędne do realizacji przedmiotowego zadania w związku z czym brak jest konieczności wydawania środków na zakup nowych.*

Powyższej deklaracji nie towarzyszy wskazanie, jaki to jest sprzęt, ani jakiegokolwiek dowody (choćby model, nazwa, nr VIN, nr rejestracyjny, umowy leasingowe).

[g]

*W wycenie zostały ujęte wszelkie koszty amortyzacji oraz związane koszty eksploatacyjne, w tym paliwa, smary, części zamienne, materiały oraz konieczne naprawy dla sprzętu spełniające go odpowiednie normy emisji spalin.*

Ponownie brak wskazania konkretnych tj., jaka kwota została przeznaczona na poszczególne kategorie tych kosztów. Oczywiście jest, że ogólnikowe stwierdzenia nie mają żadnego ładunku poznawczego dla Zamawiającego.

[h]

*Bilpol zadeklarował, że posiada własną stację paliw, co znacząco obniża koszty paliwa wykorzystywanego zarówno na potrzeby transportu pracowników, jak również na potrzeby wykorzystywanych urządzeń i maszyn.*

Nie ma wartości, o które owa stacja obniża koszty paliwa.

Wykonanie nie wskazuje np. faktury zakupu stacji, nie informuje także, gdzie konkretnie się znajduje, co ma kluczowe znaczenie z uwagi na zadeklarowane uprzednio posiadanie baz w odległości 35 km i 100 km od Mosznej.

[i]

*Wpływ na ustalenie stawek ma jednoczesna realizacja kilku umów w województwie opolskim, co ma wpływ na wysokość zarówno kosztów pośrednich (koszty bazy, koszty administracyjne, koszty pracy, itp.), które rozkładane są na większą ilość realizowanych umów oraz kosztów bezpośrednich. Powyższe umożliwia elastyczne dysponowanie zarówno sprzętem jak i osobami wykonującymi prace.*

Wykonawca nie informuje, jakie konkretnie umowy (nazwa, wartość, przedmiot, umowa jako dowód), jaki mają wpływ na wysokość kosztów pośrednich oraz bezpośrednich i w jaki sposób ułatwiają elastyczne dysponowanie potencjałem sprzętowym i osobowym.

[j)]

*Firma BILPOL K. sp. jawna wykonuje wiele prac związanych z zakupem i sadzenie materiału roślinnego dzięki temu współpracujemy z wieloma szkółkami, gdzie mamy wypracowane rabaty na zakup materiału roślinnego oraz jego dostawę, dzięki czemu jesteśmy w stanie zaproponować konkurencyjne ceny.*

Bilpol nie wymienia choćby z nazwy tych szkółek, nie wskazuje wysokości rabatów. Tymczasem Odwołujący dysponuje własną szkółką (<https://szkolka.park-m.pl/>), co daje mu przewagę w tym aspekcie nad składającym wyjaśnienia.

[k]

W podsumowaniu wyjaśnień Wykonawca w dziewięciu punktach przedstawia elementy wpływające na wysokość zaoferowanej ceny, bez nie wskazania, o ile dzięki nim mógł obniżyć cenę. dzięki tym wylistowanym okolicznościom. Innymi słowy brak jest za tymi elementami konkretnych cyfr, kosztów, które pozwoliłyby ocenić realność i rentowność przedsięwzięcia.

W szczególności każdy z wykonawców może wykazać się wykwalifikowaną i doświadczoną kadra, która pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac, dysponowaniem odpowiednim zapleczem sprzętowym, czy własnym serwisem maszyn i sprzętu, który umożliwi szybkie naprawy oraz konserwacje maszyn i urządzeń oraz tanie i sprawne utrzymanie sprzętu w stanie gotowości, więc trudno traktować te ogólne zapewnienia w kategoriach konkretnych i szczególnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty,

Z kolei fakt posiadania własnego zbiornika paliwa nie jest udowodnioną przewagą i wiarygodnym źródłem wiedzy dla Zamawiającego z uwagi na okoliczności omówione wcześniej.

Podobnie brak konkretnych informacji, charakterystyczny dla składanych wyjaśnień, przede wszystkim odnośnie wpływu na wycenę oferty w stwierdzeniach: *Prowadzimy wiele prac na terenie województwa opolskiego. Pozwala to minimalizować koszty dojazdu. (...) Wykonując wiele prac na terenie miasta Opole możemy rozłożyć koszty transportu na wiele umów.*

[l)]

Trudno jest ocenić, jaki wpływ na kalkulację ceny oferty miało zawarcie w 2020 r.



przez Bilpol umowy z Nadleśnictwem Koszęcin, gdyż nie odniesiono się do tego w wyjaśnieniach. Ponieważ załączona do wyjaśnień umowa obowiązuje do 31 grudnia 2021 r. (§ 2 ust. 2) obowiązuje ona do 31 grudnia 2021 r., nie ma podstaw, aby zakładać, aby miała istotny wpływ na realizację tego zamówienia począwszy od stycznia 2022 r. przez 60 miesięcy.

[m)]

*Dzięki specjalizacji w wykonywaniu tego typu usług, firma BILPOL K. Sp. jawna znalazła dostawców oraz wynegocjowała bardzo korzystne ceny materiałów niezbędnych do ich realizacji. Sadzonki materiału roślinnego posiadamy również ze szkółki prowadzonej przez właściciela firmy BILPOL. Gospodarstwo Szkółkarskie o numerze 24/07/4143 specjalizuje się w produkcji materiału do nasadzeń przydrożnych i alejowych, materiał produkowany jest od początku czyli od wysiewu nasion poprzez wielokrotne szkółkowanie i doprowadzenie do określonej jakości zgodnie z parametrami określonymi w SIWZ. O cenie decyduje ilość materiału do wysadzenia. Przy takiej ilości materiału cena zakupu jest bardzo niska. To wszystko pozwala nam maksymalnie zredukować koszty materiału do nasadzeń. Jest pozbawiona jakichkolwiek konkretnych danych, które w sposób wiarygodny umożliwiłyby ocenę złożonej oferty.*

O ile powyższa okoliczność może mieć wpływ na kalkulację ceny oferty, o tyle nie zostało wyjaśnione, co konkretnie oznacza „maksymalna redukcja kosztu materiału do nasadzeń” i w jaki sposób wpłynęła na cenę oferty.

W odniesieniu do załączonych do wyjaśnień dowodów (wydruk z allegro dotyczący kosza na śmieci i nóg żeliwnych do ławki, wydruki dotyczące kostki granitowej; oferta dostawy roślin na potrzeby „Nasadzenia drzew i krzewów na terenie miasta Opola”, faktura VAT 1007/WGK/2021 wystawiona przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Agronas” sp. z o.o. z siedzibą w Kole, faktura VAT 667/10/2021 wystawiona przez Firmę Handlową „Elstar” S.K., faktura VAT nr 21020218 wystawiona przez GreenGarden z Holandii, dotyczące sadzonek; faktura VAT FS6668/PN/2021 z 8 listopada 2021 r. dotycząca zakupu paliwa; faktura VAT 2021/08414 z 29 października 2021 r. dotycząca betonu, ważna 1 dzień oferta Arcelor Mittal dotycząca stali) Odwołujący stwierdził, że ponieważ wymienione w nich kwoty, nazwy kontrahentów, nr faktur, asortymenty nie pojawiają się w wyjaśnieniach, nie stanowią one potwierdzenia okoliczności, które miały wpływ na kalkulację ceny oferty.

Ponadto według Odwołującego załączone również do wyjaśnień poświadczenia należytego wykonania usług są bez znaczenia dla potwierdzenia ceny oferty.

Odwołujący podsumował, że z wyjaśnień Bilpolu nie wynikają żadne konkretne informacje, która pozwoliłaby na ocenę i przesądzenie, że cena jego oferty jest realna, rzeczywista, rynkowa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 14 stycznia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności powołując się na następujące okoliczności i argumenty.

Zamawiający obszernie zacytował wyjaśnienia Bilpolu z 24 listopada 2021 r., gdyż jego zdaniem Odwołujący nie uwzględnił pełnego spektrum zawartych w nich argumentów.

(...)

*Wykonawca w kalkulacji ofertowej przyjął koszty dojazdu na miejsce wykonywania zamówienia z posiadanych baz w tym w Koszęcinie i Opolu. Bazy te wykorzystywane są na rzecz wykonywanych usług na terenie województwa opolskiego także dla innych usług wykonywanych w okolicy. Wykonawca ponadto informuje, iż posiada własną stację paliw co znacząco obniża koszt paliwa wykorzystywanego zarówno na potrzeby transportu pracowników, jak również na potrzeby wykorzystywanych urządzeń i maszyn. Koszty dowozu wszystkich wymaganych pracowników jednym autem oscylują na poziomie 100,00 zł za jednorazowy transport.*

*Wpływ na ustalenie stawek ma jednoczesna realizacja kilku umów w województwie opolskim co ma wpływ na wysokość zarówno kosztów pośrednich (koszty bazy, koszty administracyjne, koszty pracy, itp.), które rozkładane są na większą ilość realizowanych umów oraz kosztów bezpośrednich. Powyższe umożliwi elastyczne dysponowanie zarówno sprzętem jak i osobami wykonującymi prace.*

*Bliskość geograficzna miejsca realizacji podobnych prac pozwala z jednej strony na porównanie cen a z drugiej na łączenie ich realizacji co zmniejsza koszty, koszty prowadzonej działalności gospodarczej w tym koszty pracownicze nie obciążają wyłącznie zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania a jednocześnie pozwala na ich należyte wykonanie.*

(...)

*Pracownicy dedykowani do wykonania zadania są zatrudnieni na umowę o pracę – w większości na czas nieokreślony i otrzymują wynagrodzenie miesięczne brutto w kwocie spełniającej wymogi minimalnego wynagrodzenia oraz premii uznaniowej.*

(...) *Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny uwzględnia wymogi ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wykonawca*

*oszacował cenę usługi w sposób uwzględniający niezbędne do poniesienia nakłady na wynagrodzenie. Cena oferty Wykonawcy w zakresie oferowanego pakietu pokrywa te nakłady w stopniu niezbędnym do wykonania usługi.*

*Całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie tzw. koszty pośrednie w tym: urlopy, odprawy emerytalne, rentowe, nagrody jubileuszowe, pranie odzieży, środki czystości dla pracowników, wydatki związane z utrzymaniem biura, zatrudnieniem pracownika do obsługi biura, oraz do kierowania robotami, dowóz pracowników, szkolenia, badania lekarskie.*

*W celu ustalenia minimalnego wydatku finansowego, w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, związanego z zatrudnieniem pracownika w pierwszej kolejności koniecznym było ustalenie średnio miesięcznego wymiaru czasu pracy. Przepisy Kodeksu Pracy określają normy czasu pracy, wynoszące: 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin na tydzień w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym.*

*Na wysokość zaoferowanej ceny wpływa:*

- 1. Wykwalifikowana i doświadczona kadra (...)*
- 2. Dysponowanie odpowiednim zapleczem sprzętowym.*
- 3. Własny serwis maszyn i sprzętu (...)*
- 4. Posiadanie własnego zbiornika paliwa FM 5000 litrów. Na paliwo dostarczane przez firmę zewnętrzną udzielony jest rabat.*
- 5. Prowadzimy wiele prac na terenie województwa opolskiego. Pozwala to minimalizować koszty dojazdu.*
- 6. Na rok 2021 podpisaliśmy umowę z Nadleśnictwem Koszęcin, co pozwala nam na bezpośredni zakup drewna z Lasów Państwowych. Firma posiada również własną stolarnię gdzie elementy z drewna wykonywane są przez naszych pracowników co pozwala zaoszczędzić na zakupie gotowych elementów małej architektury.*
- 7. Przedmiot zamówienia wykonamy siłami własnymi, nie zlecając żadnych prac Podwykonawcom.*
- 8. Dzięki specjalizacji w wykonywaniu tego typu usług, firma BILPOL-K. Sp. jawna znalazła dostawców oraz wynegocjowała bardzo korzystne ceny materiałów niezbędnych do ich realizacji. Sadzonki materiału roślinnego posiadamy również ze szkółki prowadzonej przez właściciela firmy BILPOL. (...) O cenie decyduje ilość materiału do wysadzenia. Przy takiej ilości materiału cena zakupu jest bardzo niska. To wszystko pozwala nam maksymalnie zredukować koszty materiału do nasadzeń.*

*9. Wykonując wiele prac na terenie miasta Opole możemy rozłożyć koszty transportu na wiele umów.*

(...)

Ponadto Zamawiający zrelacjonował, że wyjaśnienia zawierały również tabelę pn. „Kalkulacja cenowa”, w której pozycje przedmiaru robót zagregowane zostały do poszczególnych etapów realizacji zamówienia: 1) robót budowlanych, 2) nasadzeń, 3) pielęgnacji, dla których przedstawiono: koszty robocizny wraz z kosztami materiału, zryczałtowane koszty zagospodarowania odpadów (zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy obowiązek zgodnego z przepisami prawa zagospodarowania odpadów oraz wszelkie koszty z tym związane ponosić ma wykonawca zamówienia), zryczałtowane koszty prowadzenia działalności gospodarczej, zysk na poziomie 2% w wysokości 30.604,01 zł.

W opinii Zamawiającego nie zostały podważone fakty wynikające z załączonych do wyjaśnień środków dowodowych, w tym:

- cena jednostkowa za 1 m<sup>3</sup> oleju napędowego [faktura VAT FS 6668/PN/2021 z 08.11.2021];
- ceny jednostkowe za materiał roślinny wyspecyfikowany w opisie przedmiotu zamówienia [faktura VAT 1007/WGK/2021 z 29.10.2021, faktura VAT 667/10/2021 z 13.10.2021, faktura nr 21020218 z 26.08.2021, oferta nr 25/2021 z 11.2021 r. Gospodarstwa Plantacyjno-Szkółkarskiego M.K. nr rej. 24/07/44143, korespondencja mailowa w sprawie dostępności, ceny i terminu dostawy róż z 10.11.2021, korespondencja mailowa w sprawie cen prętów stalowych, cennik dotyczący kostki granitowej Strzegom, umowa sprzedaży nr KN210216068 z 26.10.2020 r.];
- koszty zakupu 105,00 m<sup>3</sup> drewna w wysokości 14.927,00 zł netto, co daje 142,16 zł/m<sup>3</sup> [umowa nr 14210216068 zawarta 26.10.2020 r. z Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe Nadleśnictwem Koszęcin], co oznacza, że Wykonawca pozyskuje materiał po cenie znacząco niższej, nawet od cen rynkowych drewna kominkowego (opałowego), którego ceny oscylują na poziomie ok. 300 zł/m<sup>3</sup>.

Zamawiający podał również, że w ramach badania oferty złożonej przez Bilpol pod kątem rażąco niskiej ceny inwestor zastępczy, działając w imieniu Zamawiającego, zlecił wykonanie dodatkowego kosztorysu inwestorskiego, obejmującego swym zakresem roboty budowlane, tj. część zamówienia charakteryzującą się największą różnicą wartości cen ofertowych, w celu ustalenia, czy wycena przez Bilpol tej części zamówienia jest realna.

Zgodnie z tym kosztorysem inwestorskim z 26.11.2021 r. [załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie] wartość robót budowlanych w ramach niniejszego zamówienia

wynosi 551.815,99 zł netto (678.733,67 zł brutto), czyli mniej niż 633880,40 zł netto (779.672,89 zł brutto) według kosztorysu inwestorskiego z 17.08.2021 r., który był podstawą ustalenia wartości szacunkowej tego zamówienia wynosi . Natomiast ze złożonych w postępowaniu ofert wynika cena za realizację robót budowlanych. Natomiast ten zakres zamówienia został w ofertach wyceniony (brutto) następująco: 1) Bilpol – 689.830,47 zł, 2) Sorted – 2.337.000,00 zł, 3) Park-M – 1.667.375,39 zł.

Z kolei wycena (brutto) etapu 2. zadania, tj. trzyletniej pielęgnacji, kształtuje się w złożonych ofertach następująco: 1) Bilpol – 237.562,60 zł, 2) Sorted – 194.400,00 zł, 3) Park-M – 473.246,93 zł.

W przekonaniu Zamawiającego Bilpol prawidłowo wymienił i umotywowwał czynniki mające wpływ na wysokość oferowanej ceny, tj.: po pierwsze – oświadczył, że równoległe do niniejszego zamówienia realizuje podobne przedmiotowo zamówienia, po drugie, oświadczył, że posiada własną stację paliw, co wpływa na koszt transportu personelu, sprzętu, maszyn i urządzeń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, po trzecie – wskazał lokalizację posiadanych baz z dokładnością do nazwy miejscowości oraz odległości od terenu objętego zamówieniem, po czwarte – podał stawkę za jednorazowy transport pracowników, po piąte – powołał się na możliwość obniżenia kosztów pośrednich i bezpośrednich w związku z realizacją kilku zamówień w bliskiej odległości.

Według Zamawiającego skoro zarówno Sorted, jak i Park-M aktualnie nie posiadają swoich stałych baz na terenie województwa opolskiego, oczywiste jest, że muszą ponosić większe nakłady finansowe na zatrudnienie, wyposażenie, maszyny i sprzęt, środki transportu oraz organizację pracy (np. zapewnienie noclegów swojemu personelowi). Natomiast Bilpol jako przedsiębiorca funkcjonujący na terenie województwa opolskiego, posiadający zorganizowaną grupę pracowników, już wyposażony w maszyny, sprzęt, środki transportu i od przeszło 20 lat prowadzący działalność będzie o wiele bardziej konkurencyjny cenowo.

Z kolei powołanie się przez Bilpol na doświadczenie w realizacji usług i robót budowlanych na terenie zabytkowego parku w Mosznej, w ocenie Zamawiającego potwierdza znajomość specyfiki oraz uwarunkowań tego obszaru, co bezpośrednio przekłada się na wycenę robót i usług objętych tym zamówieniem.

Przy czym Wykonawca nie był zobligowany do wskazania konkretnych umów, w tym również ich zakresu, tym bardziej, że Zamawiający posiada z urzędu wiedzę na temat zamówień wykonanych na jego rzecz przez Bilpol [umowy – załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie]:

- 1) postępowanie nr DOA-IV.272.29.2016 pn. *Gospodarka drzewostanem i szatą roślinną wraz z częściowym zagospodarowaniem terenu (strefa A, B, C, D, E, F i G)*, którego przedmiot obejmował prace m.in. z zakresu: wycinki drzew, cięć sanitarnych, pielęgnacyjnych i korygujących koron drzew, wzmocnienia koron wiązaniami elastycznymi, nasadzeń drzew z zastosowaniem systemu napowietrzania korzeni, cięć sanitarnych i odmładzających w skupinach krzewów, frezowania pniaków, nasadzeń krzewów, wycinki samosiejek, wykonania rabatów i trawników, pielęgnacji nasadzeń (rabat) w okresie 3 lat, pielęgnacji nasadzeń (drzew, krzewów i trawników) w okresie 2 lat;
- 2) postępowanie nr DOA-IV.272.38.2015 pn. *Renowacja alei lipowej (strefa C) z gospodarką drzewostanem i szatą roślinną (strefa A i B)*, którego przedmiot obejmował m.in. wycinkę drzew, likwidację skarp, zabiegi pielęgnacyjne i korygujące drzewa i krzewy, nasadzenia, pielęgnację nasadzeń przez 8 kwartałów;
- 3) postępowanie nr DOA-IV.272.13.2018 pn. *Remont stawu Kalusznik wraz z częściowym zagospodarowaniem terenu, gospodarką drzewostanem i szatą roślinną – Remont stawu* na roboty budowlane obejmujące ukształtowanie i zabezpieczenie skarp wyspy i stawu Kalusznik, odmulenie dna stawu, wykonanie konserwacji rowu, remont budowli piętrząco- zrzutowej.

Powyższe zamówienia zostały należycie wykonane przez Bilpol [protokoły odbioru – załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie].

Ponadto w trakcie badania rażąco niskiej ceny Zamawiający dokonał rozpoznania, w wyniku którego ustalił, dzięki informacjom zawartym na stronach internetowych [pobrane z nich ogłoszenia o poniższych zamówieniach wraz z informacjami z otwarcia ofert oraz zawiadomieniami o wyborze najkorzystniejszej oferty] – załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie], że aktualnie Bilpol realizuje zamówienia na podstawie umów zawartych z Miejskim Zarządem Dróg w Opolu {dalej: „MZD”}:

- 1) umowy z 25.08.2021 r., okres realizacji – 36 miesięcy, nr ogłoszenia 2021/BZP 00167925/01, sygn. NP.260.31.2021.P, w zakres zamówienia wchodzi usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, w tym: prace przygotowawcze, dostawa materiału roślinnego, wykonanie nasadzeń 34 szt. drzew i 178 szt. krzewów oraz przesadzenie 1 szt. drzewa z donicy na teren wskazany przez MZD, pielęgnacja nasadzeń w okresie gwarancyjnym;
- 2) umowa z 4.10.2021 r., okres realizacji – 36 miesięcy, nr ogłoszenia 2021/BZP 00200153/01, sygn. NP.260.39.2021.P, w zakres zamówienia wchodzi usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, w tym: prace przygotowawcze, dostawa

materiału roślinnego, wykonanie nasadzeń 3 szt. drzew i 60 szt. krzewów oraz 380 szt. bylin, pielęgnacja nasadzeń w okresie gwarancyjnym.

Ponieważ w ramach niniejszego postępowania mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, Wykonawca miał prawo zagregować wszelkie ww. czynniki i przedstawić je w zryczałtowanych pozycjach wymienionych w tabeli elementów rozliczeniowych („TER”), która potwierdza rentowność realizacji zamówienia w kontekście zaoferowanej ceny.

Zamawiający, dzięki posiadaniu dużego doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, stwierdził, że skoro w ramach etapu nr 1 (obejmującego roboty budowlane oraz nasadzenia), który ma trwać do 6 miesięcy od podpisania umowy, Wykonawca wycenił koszty robocizny na 227.430,98 zł, daje to 37.905,16 zł za 1 miesiąc. Zakładając, że nasadzenia zostaną wykonane przez około 3 osób w terminie dużo krótszym, a roboty budowlane wykona, przypuszczalnie, druga grupa pracowników licząca około 3-5 osób, dla maksymalnie potrzebnej liczby pracowników (około 8) w 6-miesięcznym okresie realizacji etapu nr 1 daje to wynagrodzenie na osobę w wysokości ok. 4700 zł miesięcznie, czyli wynagrodzenie znacznie przekraczające wynagrodzenie minimalne, zarówno na 2021 r., jak i 2022 r.

Zdaniem Zamawiającego skoro według przedstawionej mu kalkulacji Bilpol osiągnie zysk, nie będzie realizował zamówienia poniżej kosztów, wobec czego w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Zamawiający stwierdził, że wartość robót budowlanych miała kluczowy wpływ na wysokość cen ofertowych. Co istotne wycena tych robót przez Bilpol na 689.830,47 zł mieści się w przedziale wartości wynikających z ww. kosztorysów inwestorskich (678.733,67-779 672,89 zł), co przesądza o tym, że Wykonawca będzie mógł zrealizować w takiej cenie ten najbardziej cenotwórczy etap. Również wycena przez Bilpol za etap obejmujący trzyletnią pielęgnację nasadzeń, jako wyższa od wyceny z oferty Sorted, nie może być uznana za zaniżoną.

Zamawiający stanął na stanowisku, że obszerność i szczegółowość złożonych wyjaśnień, wykraczających poza obligatoryjne czynniki wskazane przez niego w wezwaniu, wskazały na indywidualne dla Wykonawcy uwarunkowania uzasadniające wysokość ceny zawartej w jego ofercie. Jednocześnie argumentacja Wykonawcy nie tylko rozwiała wątpliwości Zamawiającego, które to stały się podstawą wezwania do złożenia wyjaśnień, ale i nie spowodowała powstania dalszych wątpliwości.

Natomiast w ocenie Zamawiającego podważanie w odwołaniu wpływu czynników przedstawionych przez Bilpol na obniżenie ceny oferty, wyłącznie z uwagi na brak

sprowadzenia poszczególnych czynników cenotwórczych do konkretnej kwoty oraz brak udokumentowania tej wartości pieniężnej w konkretnych środkach dowodowych, jest nieusprawiedliwione i nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty Bilpolu, zwłaszcza w sytuacji, gdy z treści wyjaśnień oraz załączonych dowodów można było wyczytać informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji ceny oferty (patrz tabela pn. „Kalkulacja cenowa”).

Według Zamawiającego w odwołaniu zabrakło precyzyjnych informacji, np. w postaci kalkulacji własnych, które powinny stanowić uzasadnienie podniesionych zarzutów. Brak takich wyliczeń powoduje, że niemożliwym staje się zidentyfikowanie, które elementy oferty Bilpolu w ocenie Odwołującego są niewłaściwie skalkulowane oraz z jakich dokładnie powodów wywodzi on, że cena tej oferty jest rażąco niska.

Przystępujący w piśmie z 17 stycznia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania, powołując się na okoliczności i argumenty zbieżne z podniesionymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Ponadto Przystępujący dokonał następującego uporządkowania zawartej w wyjaśnieniach listy czynników, które wpłynęły na wysokość ceny oferty, z uwzględnieniem załączonych do tych wyjaśnień dowodów:

1. Doświadczenie wyniesione z realizacji podobnych umów, w tym także z realizacji w latach poprzednich prac w parku w Mosznej.
2. Wykwalifikowana i doświadczona kadra, która pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac.
3. Dysponowanie odpowiednim zapleczem sprzętowym.
4. Własny serwis maszyn i sprzętu, który umożliwia szybkie naprawy oraz konserwację maszyn i urządzeń oraz tanie i sprawne utrzymanie sprzętu w stanie gotowości.
5. Wykonanie przedmiotu zamówienia siłami własnymi, bez zlecania jakichkolwiek prac podwykonawcom.
6. Bliskość do miejsca realizacji zamówienia, niższe koszty pracy w danej lokalizacji, znajomość organizacji Zamawiającego z uwagi na wcześniejszą z nim współpracę, które pozwoliły na dokonanie rzetelnej wyceny z uwzględnieniem zarówno specyfiki robót objętych przedmiotem zamówienia, jak i kosztów realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie – potwierdzone referencjami wystawionymi przez Zarząd Województwa Opolskiego (dotyczącymi prac na terenie pałacowo-parkowym w Mosznej) i Skanska



- S.A. (dotyczącymi rozbudowy cmentarza komunalnego w Opolu-Półwsi).
7. Korzystna lokalizacja geograficzna macierzystej bazy w Koszęcinie (około 100 km od parku w Mosznej) oraz posiadanie bazy w Opolu (około 35 km od zamku w Mosznej), gdzie Bilpol realizuje równoległe wiele umów, dzięki czemu koszt dojazdu pracowników, transportu sprzętu oraz materiału jest niższy niż u pozostałych wykonawców i rozkłada się na kilka umów.
  8. Posiadanie własnego zbiornika paliwa FM 5000 litrów oraz wypracowanych rabatów na dostarczane paliwo, co obniża koszty związane z zakupem paliwa niezbędnego do transportu pracowników, sprzętu oraz materiału, a także do urządzeń i maszyn do 4,90 zł/litr netto tj. 6,03 zł/litr brutto (podczas gdy cena hurtowa oleju napędowego oferowanego przez Grupę Orlen 5.11.2021 r. wynosiła 4,95 zł/litr netto tj. 6,10 zł/litr brutto) – faktura VAT z 8.11.2021 r. dotycząca sprzedaży z 5.11.2021 r.
  9. Posiadanie wypracowanych rabatów u dostawców materiałów wymaganych w SWZ, w tym na zakup:
    - 1) drewna bezpośrednio z Lasów Państwowych oraz posiadanie własnej stolami oraz odpowiednio wykwalifikowanych pracowników, co jest szczególnym atutem, gdyż na rynku drzewnym panuje obecnie kryzys surowcowy, przejawiający się brakiem dostępności drewna oraz wysokimi jego cenami, co pozwoliło na obniżenie kosztów wykonania elementów małej architektury, jak i kosztów związanych z pracami wyszczególnionymi w SWZ (np. szalunków), również dzięki możliwości wykonania produktu docelowego we własnym zakresie – umowa zawarta z nadleśnictwem potwierdza zakup przez Bilpol 2021 r. 105 m<sup>3</sup> drewna o łącznej wartości netto 14.927,00 zł, a więc po 142,16 zł/m<sup>3</sup> netto (czyli o wiele taniej niż wynoszą ceny rynkowe);
    - 2) kory po 70,00 zł netto za mp; 1 tys. krokusów za 78,00 euro, traw – kostrzewy czerwonej po 1.080,00 zł netto za kwintal, życicy trwałej po 945,00 zł netto za kwintal, życicy westerwoldzkiej po 630,00 zł za kwintal –faktury;
    - 3) betonu w cenie 209,00 zł/m<sup>3</sup> – faktury;
    - 4) poszczególnych asortymentów roślin wyszczególnionych w SWZ w konkretnych cenach jednostkowych – potwierdzone ofertą Gospodarstwa Plantacyjno-Szkółkarskiego M.K.,
    - 5) poszczególnych asortymentów róży wyszczególnionych w SWZ – oferta R. Ć.;
    - 6) prętów stalowych – oferta ArcelorMittal;
    - 7) nóg żeliwnych do ławek oraz koszy na śmieci – oferty z serwisu Allegro
    - 8) kostki granitowej Strzegom – cennik.

Ponadto według Przystępującego powyższe okoliczności potwierdzają również złożone przez niego oświadczenia, zarówno w formularzu oferty, jak i w samych wyjaśnieniach.

W odniesieniu do pkt 4. i 6. wezwania do wyjaśnień Przystępujący powtórzył ten sam fragment, który przytoczył Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący podkreślił, że w podsumowaniu wyjaśnień przedstawił kalkulację cenową, w której podał poszczególne składowe ceny każdego z elementów oferty w następujący sposób:

1. Etap związany z robotami budowlanymi: 1) koszty pracy (robocizny) – 118.617,07 zł, 2) koszty materiału – 521.213,40 zł.
2. Etap nasadzeń: 1) koszty pracy (robocizny) – 108.813,91 zł, 2) koszty materiału – 418.001,05 zł.
3. Etap pielęgnacji: koszty pracy (robocizny) i pozostałe koszty – 150.939,03 zł.
4. Koszty zagospodarowania odpadów (łącznie przez cały okres obowiązywania umowy) – 41.040,00 zł.
5. Koszty prowadzenia działalności gospodarczej, w tym koszty zatrudnienia po stronie pracodawcy (łącznie przez cały okres obowiązywania umowy) – 140.972,08 zł.
6. Zysk – 30.604,01 zł.
7. Podsumowanie – 1.530.200,55 zł.

W ocenie Przystępującego tak przedstawione argumenty oraz załączone na ich poparcie dowody, a także wiedza, w tym ogólnie dostępna, i własne doświadczenie Zamawiającego, pozwoliły Zamawiającemu na uznanie złożonych wyjaśnień jako konkretnych, rzeczowych i precyzyjnie uzasadniających cenę oferty jako rynkową, a nie rażąco zaniżoną.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego, może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla tej sprawy.

Ponieważ przedstawione powyżej za odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem Przystępującego okoliczności dotyczące treści wezwania i wyjaśnień złożonych przez Bilpol odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, wymagają jedynie uzupełnienia i podsumowania, również w kontekście twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego podnoszonych w toku postępowania odwoławczego.

Przedmiotem tego zamówienia jest rewitalizacja parku w Mosznej, polegająca na częściowym zagospodarowaniu terenu, w tym utworzeniu parterów ogrodowych w pobliżu zachodniego skrzydła budynku zamku. W pierwszej kolejności przewidziano poprawienie stanu technicznego i ogólnego wyglądu strefy „G”, dzięki wykonaniu murków oporowych oraz schodów terenowych. Następnie wykonanie trawników dywanowych z krokusami oraz nasadzeń roślin parkowych, w tym krzewów liściastych i iglastych oraz bylin traw, oraz ich trzyletnią pielęgnację. Dodatkowo zaplanowano montaż elementów małej architektury, takich jak ławki i kosze na śmieci [„Krótki opis przedmiotu zamówienia” zamieszczony w pkt 1. rozdziału V SWZ]

Przy czym z uwagi na specyfikę przedmiotu robót oraz różnych źródeł finansowania przedmiot zamówienia podzielony został na dwa etapy: 1) etap I robót budowlanych – częściowego zagospodarowania terenu oraz wyposażenia terenu w elementy małej architektury wraz z gospodarką szatą roślinną, 2) etap II trzyletniej pielęgnacji roślin [§1 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ; dalej zwanych „wzorem umowy”]. Stąd Zamawiający wymagał przedstawienia w formularzu oferty

(stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ) ceny oferty – służącej zarówno do porównania złożonych ofert, jak i do rozliczenia realizacji zamówienia (tzw. wynagrodzenie ryczałtowe) – jako wynikającej ze zsumowania ryczałtów za: 1) etap I a) – robót budowlanych, 2) etap I b) – nasadzeń, 3) etap II – pielęgnacji [patrz pkt 1., 2., 3. i 5. rozdziału XV SWZ regulującego sposób obliczenia ceny oferty oraz pkt 3. formularza oferty].

Opis przedmiotu tego zamówienia stanowią: 1) projekt budowlany i projekty techniczne (zwane dalej „dokumentacjami projektowymi”), 2) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, 3) przedmiar robót (składające się na załącznik nr 1 do SWZ) [wyliczenie zamieszczone w pkt 1. rozdziału V SWZ]. Podobnie § 1 ust. 3 wzoru umowy stanowi, że szczegółowy zakres rzeczowy robót budowlanych i technologii ich wykonania określają 1) projekt budowlany i projekty techniczne (zwane dalej „dokumentacjami projektowymi”), 2) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, 3) przedmiary robót. Przy czym z § 1 ust. 9 wzoru umowy wynika ustanowienie – na wypadek wątpliwości interpretacyjnych co do rodzaju i zakresu robót oraz praw i obowiązków stron – następującej hierarchii ważności dokumentów: 1) umowa w sprawie tego zamówienia, 2) dokumentacje projektowe, 3) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, 4) przedmiary robót, 5) wybrana oferta.

Załączony do SWZ jako element opisu przedmiotu zamówienia „Przedmiar – projekt zagospodarowania terenu”, dzieli się na dwie części nazwane odpowiednio „Strefa G – parking i partery ogrodowe przy skrzydle wschodnim” oraz „Zieleń”. Pierwsza część obejmuje zakresy prac dotyczące: 1) robót rozbiórkowych (poz. 1.-7.), 2) murków oporowych (poz. 8.-21.), 3) schodów terenowych (poz. 22.-30.), 4) elementów małej architektury (poz. 31.-32.). Druga część dotyczy prac w tzw. strefie G II obejmujących: 1) parking i partery kwiatowe (poz. 33.-52.), 2) pielęgnację roślin w 3-letnim okresie gwarancyjnym (poz. 53.-67.). Przy czym dla każdej pozycji przedmiaru została podana podstawa (jako konkretna pozycja katalogów nakładów rzeczowych, analogia do takiej pozycji albo kalkulacja własna), opis i wyliczenia ilości oraz łączna ilość wg wskazanej jednostki miary.

Upřednio, na etapie przygotowywania postępowania, powyższy przedmiar stał się elementem opracowanego według tej samej systematyki kosztorysu inwestorskiego z 17 sierpnia 2021 r., który – oprócz kalkulacji sporządzonej metodą uproszczoną – zawiera również kalkulację szczegółową cen jednostkowych poszczególnych pozycji (z wyodrębnieniem wyceny kosztów bezpośrednich dotyczących robocizny, materiału lub sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku).

O ile wewnętrzny dokument analityczny [plik pn. „Obliczenia rażąco niskiej ceny złożonych ofert” z rozszerzeniem .pdf] zawiera jedynie konstatację, że cena oferty Bilpolu

odbiega o ponad 40% od średniej arytmetycznej cen wszystkich trzech złożonych ofert, o tyle Zamawiający, kierując wezwaniem z 22 listopada 2021 r., wprost wyraził, że w takiej sytuacji powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przez Bilpol przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów. Skoro zakres wezwania nie został ograniczony do jakiejś istotnej części składowej (np. jednego lub dwóch spośród trzech zasadniczych tzw. elementów scalonych podlegających wycenie w formularzu oferty), wycena całego zakresu przedmiotu zamówienia wzbudziła takie wątpliwości Zamawiającego.

Wobec takiego zakresu wezwania za bez znaczenia dla sprawy należy uznać datowany na 26 listopada 2021 r. „Kosztorys inwestorski”, dotyczący *stricte* robót budowlanych, w którym zostały one wycenione niżej niż w ramach kosztorysu inwestorskiego będącego podstawą oszacowania wartości tego zamówienia. Ponadto nowy kosztorys został sporządzony wyłącznie metodą uproszczoną i nie zawiera żadnych załączników, co uniemożliwia jakkolwiek jego weryfikację co adekwatności dokonanej w nim wyceny. Natomiast w świetle zasad doświadczenia życiowego i notoryjnej wiedzy o aktualnych uwarunkowań gospodarczych, w tym najwyższej od ponad 20 lat inflacji, rosnących cenach materiałów budowlanych, wzroście płac etc., wątpliwe wydaje się, aby oszacowanie wartości tego zamówienia, które korzysta z domniemania, że zostało dokonane z należyłą starannością, mogło ulec obniżeniu.

Wbrew temu, co twierdził Zamawiający w toku postępowania odwoławczego, dystansując się od wystosowanego wezwania lub wręcz deprecjonując jego prawidłowość, dla profesjonalnego wykonawcy – którego na zasadzie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp obowiązuje podwyższony miernik staranności – nie powinno budzić wątpliwości, że w powyżej opisanych uwarunkowaniach wykazanie braku rażąco niskiego charakteru ceny oferty wymaga przedstawienia sposobu jej kalkulacji na takim poziomie szczegółowości, który obiektywnie nadawałby się do weryfikacji. Wezwanie nie sprowadzało się przecież do przytoczenia otwartego katalogu okoliczności, których mogą (według art. 224 ust. 3 pzp) lub muszą (według art. 224 ust. 4 pzp) dotyczyć wyjaśnienia. Najobszerniejsza część pisma poświęcona została wskazaniu, co według przywołanych wypowiedzi doktryny i orzecznictwa oznacza ciężący na wezwanym wykonawcy obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 5 pzp). A w szczególności, że oznacza to konieczność co najmniej uprawdopodobnienia (o ile nie udowodnienia) pokrywania przez cenę oferty kosztów koniecznych dla należytego wykonania danego zamówienia. Z kolei oczywiste jest, że takie wykazanie wymaga wyjścia od podstaw, czyli odpowiedniego zobrazowania sposobu wyliczenia cen za poszczególne części przedmiotu zamówienia.

Przy czym w okolicznościach tego postępowania przedstawienie takiej kalkulacji było ułatwione dzięki załączeniu do SWZ przedmiaru robót. O tym, że wezwanie w tym zakresie było jasne i zrozumiałe, świadczy również fakt zamieszczenia w wyjaśnieniach Bilpolu z 24 listopada 2021 r. tabeli pn. „Kalkulacja cenowa”.

Jednakże pomimo takiej nazwy, w rzeczywistości ta kluczowa część wyjaśnień sprowadza się do wyodrębnienia: po pierwsze – dla każdego z dwóch pierwszych etapów (robót budowlanych i nasadzeń) dwóch kategorii kosztów – kosztu materiałów i kosztu robocizny, a dla etapu pielęgnacji łącznego kosztu robocizny i (bliżej niesprecyzowanych) pozostałych kosztów, po drugie – kosztu zagospodarowania odpadów, po trzecie – (bliżej niesprecyzowanych) kosztów prowadzenia działalności gospodarczej, po czwarte – zysku, które to kwoty sumują się do ceny oferty. Podanie *de facto* podsumowania kosztów obiektywnie rzecz biorąc nie pozwala na prześledzenie, krok po kroku, w jaki sposób zostały skalkulowane poszczególne ceny jednostkowe wchodzące według systematyki przedmiaru w zakres poszczególnych etapów jako elementów scalonych wycenionych ryczałtowo w formularzu oferty Bilpolu. Co więcej, dopiero w piśmie procesowym Przystępujący podał, że koszty zatrudnienia po stronie pracodawcy ujął w ramach kosztów prowadzenia działalności gospodarczej.

Pozostała treść pisma z 24 listopada 2021 r. sprowadza się w przeważającej mierze do powołania się na mniej lub bardziej ogólnie opisane okoliczności, które w przekonaniu Bilpolu pozwoliły mu na konkurencyjną wycenę przedmiotu zamówienia, takich jak: wiedza i doświadczenie wyniesione z wykonania lub wykonywania podobnych zamówień; dysponowanie wykwalifikowanym i doświadczonym personelem; posiadanie bazy w Opolu, gdzie równolegle realizuje wiele podobnych umów, co umożliwia obniżenie kosztów transportu pracowników i materiału; posiadanie własnego sprzętu niezbędnego do realizacji tego zamówienia oraz jego serwisowanie we własnym zakresie; posiadanie zbiornika paliwa o pojemności 5 tys. litrów oraz rabatu na dostarczane paliwo; zawarcie umowy na dostawę drewna z Nadleśnictwem Koszęcin i posiadanie własnej stolarni, co obniża koszt wykonania obiektów małej architektury; korzystne ceny sadzonek dzięki stałej współpracy z wieloma szkółkami. Przy czym nie sprecyzowano, jakie konkretnie przełożenie miały poszczególne okoliczności na obniżenie ceny oferty.

W wezwaniu z 22 listopada 2021 r. Zamawiający podkreślił, że w odniesieniu do wykazania zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego [patrz pkt 4) i 6) listy okoliczności w trzecim akapicie uzasadnienia wezwania] złożenie wyjaśnień jest obligatoryjne. Przy czym w następnym akapicie Zamawiający pouczył Bilpol, że w ramach wyjaśnień powinien

udowodnić w sposób niebudzący wątpliwości, dzięki przedstawieniu stosownych dowodów lub przynajmniej odpowiedniemu uprawdopodobnieniu, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, nie będzie ponosił strat.

Tymczasem udzielone w powyższym zakresie wyjaśnienia (abstrahując od omówionego powyżej wskazania łącznego kosztu robocizny w ramach tzw. kalkulacji cenowej) sprowadzają się do: po pierwsze – powtórzenia, słowo w słowo, treści wezwania w zakresie pkt 4) i 6; po drugie – zapewnieniu, że wysokość kosztów pracy przyjęta na potrzeby ustalenia ceny oferty *uwzględnia wymogi ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Wykonawca oszacował cenę usługi w sposób uwzględniający niezbędne do poniesienia nakłady na wynagrodzenia, a cena oferty (...) w zakresie oferowanego pakietu pokrywa te nakłady w stopniu niezbędnym do wykonania usługi*; po trzecie – skonstatowaniu, że *całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie tzw. koszty pośrednie w tym: urlopy, odprawy emerytalne, rentowe, nagrody jubileuszowe, pranie odzieży, środki czystości dla pracowników, wydatki związane z utrzymaniem biura, zatrudnieniem pracownika do obsługi biura, oraz do kierowania robotami, dowóz pracowników, szkolenia, badania lekarskie*; po czwarte – stwierdzeniu, że *w celu ustalenia minimalnego wydatku finansowego, w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, związanego z zatrudnieniem pracownika w pierwszej kolejności koniecznym było ustalenie średnio miesięcznego wymiaru czasu pracy, przy czym przepisy Kodeksu Pracy określają normy czasu pracy, wynoszące: 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin na tydzień w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym*.

Nawet zatem w zakresie elementów, które Zamawiający wskazał jako obligatoryjne, wyjaśnienia sprowadzają się do generalnych zapewnień, że wszystko, co wynika z przepisów wskazanych w wezwaniu, zostało uwzględnione w cenie oferty. Co prawda ostatnie zdanie zdaje się sugerować, że zostanie przedstawiony sposób kalkulacji kosztów zatrudnienia w przeliczeniu na jedną godzinę, jednak kończy się to na wskazaniu oczywistej okoliczności wynikającej z Kodeksu pracy. Na podstawie tak ogólnikowych wyjaśnień nie sposób stwierdzić praca ilu pracowników i w jakim wymiarze czasowym została skalkulowana w ramach kosztów zbiorczo wskazanych w powyżej omówionej tabeli. Co więcej, żaden z załączonych dowodów nie dotyczy tego kluczowego według wezwania obszaru wyjaśnień.

Już z tego względu bez znaczenia dla sprawy jest treść ofert, umów czy cenników załączonych jako dowody do wyjaśnień. Niezależnie od tego, jak trafnie podniósł Odwołujący, wyjaśnienia w żaden sposób do nich nie nawiązują. Przede wszystkim, wobec braku przedstawienia w ramach wyjaśnień kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych, nie sposób domniemywać, jakby się ona przedstawiała wyłącznie na podstawie szczątkowych informacji wynikających z załączników do wyjaśnień.

Reasumując, Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych i szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na pozytywne zweryfikowanie ceny oferty jako prawidłowo skalkulowanej Bilpol, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie tej ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

W tak ustalonych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp, gdyż Zamawiający powinien ocenić złożone w trybie art. 224 ust. 1 pzp przez Bilpol wyjaśnienia jako nieuzasadniające ceny złożonej przez niego oferty.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, 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 2020 r. poz. 2207) 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.

Przy czym art. 224 ust. 4 pzp stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała podobne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma norma prawna wynikająca z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja wprost odzwierciedla interpretację

poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być również wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny tej oferty, odwołujący jest zobligowany li tylko do poważenia prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny tych wyjaśnień. W konsekwencji Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12). W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może

ograniczać się do podważania prawidłowości oceny przez zamawiającego złożonych przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że w tej sprawie przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoficerowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia jego oferty, bez stwarzania mu kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy

wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na sugerowaniu wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie skutecznie została podważona prawidłowość zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych mu przez Bilpol wyjaśnień jako nieuzasadniających ceny oferty, co obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.