

Sygn. KIO 1295/21

Sygn. KIO 1296/21

WYROK
z dnia 14 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2021 r. przez:

A. Wykonawcę BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Brzezna 576, 33-386 Podegrodzie (KIO 1295/21)

B. Wykonawcę MatPark Sp. z o.o. Gródek nad Dunajcem 107, 33-310 Gródek nad Dunajcem (KIO 1296/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A. ul. Dajwór 27, 31-060 Kraków**

przy udziale wykonawcy

A. GAMUZA Sp. z o.o. ul. Prof. dr M. Michałowicza 46/2, 43-300 Bielsko-Biała zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1296/21 po stronie zamawiającego

B. P.P.H.U. GENERIX W. N. ul. Strzałkowskiego 6, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1296/21 po stronie zamawiającego

C. MatPark Sp. z o.o. Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1295/21 po stronie zamawiającego

D. Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1295/21 po stronie zamawiającego

E. Zakład Usługowo-Handlowy "KONDOR" K. G. Sitno 24, 87-645 Zbójno zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1295/21 po stronie zamawiającego

orzeka

w zakresie odwołania wykonawcy BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Brzezna 576, 33-386 Podegrodzie (KIO 1295/21)

1.1 I. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania ozn. numerami: 4; 6; 7 i 8 w związku z ich uwzględnieniem i wycofaniem przez odwołującego,

1.2 uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu ozn. nr 3 w odwołaniu dotyczącego braku wezwania wykonawcy Gamuza sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty i nakazuje zamawiającemu w zakresie tego zadania unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny wraz z dokonaniem ponownego badania i oceny ofert,

1.3 w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i:

2.1 kosztami postępowania obciąża: odwołującego w wysokości $\frac{3}{4}$ wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz zamawiającego w wysokości $\frac{1}{4}$ kosztu wpisu od odwołania oraz $\frac{1}{4}$ kosztu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2 zasądza od odwołującego BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. na rzecz zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. kwotę 2 700,00 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu $\frac{3}{4}$ kosztu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3 zasądza od zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. na rzecz odwołującego BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. kwotę 3 750,00 (trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu $\frac{1}{4}$ kwoty wpisu oraz 900,00 (dziewięćset) złotych tytułem zwrotu $\frac{1}{4}$ kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

w zakresie odwołania MatPark sp. z o.o. Gródek nad Dunajcem 107, 33-310 Gródek nad Dunajcem (KIO 1296/21)

3.1 Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odwołania ozn. numerem 2, w związku z jego wycofaniem,

3.1 uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 2 dotyczącego nieodrzczenia ofert wykonawcy Gamuza Sp. z o.o. z powodu nie wykazania, że oferty złożone na zadania 6; 9 i 10 nie zawierają rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu: w zakresie zadań 6; 9 i 10 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert tego wykonawcy na te zadania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3.2 w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

3.3 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i:

3.4 kosztami postępowania obciąża po połowie odwołującego i zamawiającego

3.5 zasądza od odwołującego MatPark sp. z o.o. na rzecz zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. kwotę 1 800,00 (jeden tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu połowy kosztu wynagrodzenia pełnomocnika,

3.6 zasądza od zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. na rzecz odwołującego MatPark sp. z o.o. kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych tytułem zwrotu połowy kwoty wpisu oraz 1 800,00 (dziewięćset) złotych tytułem zwrotu połowy kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący

Sygn.. KIO 1295/21

Sygn.. KIO 1296/21

UZASADNIENIE

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN 1 WN na obszarze działania Tauron Dystrybucja S.A. Oddziały w Krakowie i Tarnowie

”. Numer referencyjny: 2020/TD-CN/TD-CN/02624/S. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2020/S 252-637830 z dnia 28 grudnia 2020.

Zamawiający dokonał podział zamówienia na części (zadania) i każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę na jedno zadanie, lub więcej zadań. W dniu 20 kwietnia zamawiający opublikował na swojej platformie zakupowej informacje o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych zadaniach.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawcy: BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Brzezna, adres: Brzezna 576, 33-386 Podegrodzie – sygn. KIO 1295/21 oraz wykonawca MATPARK sp. z o.o. z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, adres: Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem – sygn. KIO 1296/21 wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołanie wykonawcy : BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. sygn. KIO 1295/21

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności, stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, tj.:

1. Brak odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. z siedzibą w Sitnie, składającego ofertę **na zadanie numer 1**, która zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwana dalej Pzp).
2. Brak odrzucenia oferty wykonawcy, stanowiącego konsorcjum firm Lider konsorcjum Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Partner: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Durdach, składającego oferty na zadania numer 1,2, 3, 4, 5, 7, 8, 9,10, 11, 12, 13 która w zakresie **zadania numer 3 i 11** zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp).
3. Zaniechanie wezwania wykonawcy GAMUZA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku Białej, składającego oferty na zadania numer 4, 6, 9,10 do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub

kosztu w zakresie oferty na **zadanie numer 4**, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadanie numer 4 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 Pzp).

4. Zaniechanie wezwania wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie oferty na zadanie **numer 5**, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadanie numer 5 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 Pzp).

5. Zaniechanie wezwania wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12,13, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie oferty na **zadanie numer 11**, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadanie numer 11 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 Pzp).

6. Brak odrzucenia oferty wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na **zadanie numer 5** (art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp).

7. Uznanie wyjaśnień wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem w zakresie rażąco niskiej ceny na zadaniu numer 4 za tajemnicę przedsiębiorstwa, (art. 8 ust. 1,2, 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) dalej zwaną "UZNK").

8. Zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującej się zastrzeżonych przez MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem jako niejawnych części ofert (załączników do protokołu) w części dotyczącej załączników numer 1 i 2 do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na **zadanie numer 4** (art. 7 ust. 1 Pzp, art. 96 ust. 3 Pzp).

9. Wybór jako najkorzystniejszej oferty:

a) dla **zadania numer 1** oferty wykonawcy Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. z siedziba w Sitnie, którego oferta podlegała odrzuceniu,

b) dla **zadania numer 3 i 11** wykonawcy stanowiącego konsorcjum firm Lider konsorcjum Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Partner: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Durdach, którego oferta podlegała odrzuceniu,

c) dla **zadania numer 4** wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku Nad Dunajcem, która podlegała odrzuceniu z

powodu braku przedstawienia rzetelnych wyjaśnień i dowodów, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

d) dla **zadania numer 5** wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, którego oferta podlegała odrzuceniu,

10. zaniechanie wyboru Oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w **zadaniach numer 1,3,4,5 i 11** spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Podnosząc powyższe żądania wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania numer 1,3,4,5 oraz 11

2. Odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. z siedzibą w Sitnie, składającego ofertę na zadanie numer 1, która zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp).

3. Odrzucenia oferty wykonawcy, stanowiącego konsorcjum firm Lider konsorcjum Usługi Leśne i Ogrodnicze Eliteias Sp. z o.o. Partner: Usługi Leśne i Ogrodnicze Eliteias Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Durdach, składającego oferty na zadania numer 1,2, 3, 4, 5, 7, 8, 9,10, 11, 12,13 która w zakresie zadania numer 3 i 11 zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp).

4. Odrzucenia oferty wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12,13, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadanie numer 5 oraz 11 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp).

ewentualnie o:

wezwanie wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 4, 5, 6, 8, 9,10, 11, 12,13, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadanie numer 5 oraz 11, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie oferty na zadanie numer 5 {art. 91 ust. 1 a pkt. 1 PZP).

5. Odrzucenia oferty wykonawcy GAMUZA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej, składającego oferty na zadania numer 4, 6, 9,10 która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadanie numer 4 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP).

ewentualnie

wezwanie wykonawcy GAMUZA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej, składającego oferty na zadania numer 4, 6, 9, 10 która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadanie numer 4 do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia

dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie oferty na zadanie numer 5 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 Pzp).

6. Ujawnienia treści wyjaśnień wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem w zakresie rażąco niskiej ceny na zadaniu numer 4 wraz z Załącznikiem numer 1 i Załącznikiem numer 2 do wyjaśnień.

7. Dokonania ponownej oceny ofert, wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 1,3, 4, 5 i 11 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Na wstępie podał, że zamawiający oszacował wartość zamówień dla zadania numer 1 na kwotę 3 475 000 zł netto, dla zadania numer 3 na kwotę 3 096 000 zł netto, dla zadania numer 4 na kwotę 5 927 000 zł, dla zadania numer 5 na kwotę 3 300 000 zł netto oraz dla zadania numer 11 na kwotę 3 278 000 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w podziale na poszczególne zadania, w tym dla zadania numer 1 na kwotę 3 753 000 zł brutto, dla zadania numer 3 na kwotę 3 343 680 zł brutto, dla zadania numer 4 na kwotę 6 401 160 zł brutto, dla zadania numer 5 na kwotę 3 564 000 zł brutto a dla zadania numer 11 na kwotę 3 540 240 zł; przy czym wartości te stanowiły oszacowaną przez zamawiającego wartość zamówienia dla poszczególnych części, powiększona o podatek VAT w obowiązującej dla tego typu usług wysokości 8%.

Podał, że zakres prac przedmiotu zamówienia, rzutuający na koszt jego realizacji, jest bardzo szeroki i został opisany szczegółowo w Załączniku nr 1 do Umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ. Zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) usługa serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. w każdej części prowadzonego postępowania obejmuje następujące prace:

1. całkowite wycięcie (za wyjątkiem przypadków opisanych w OPZ) na całej długości powierzonych w Zadaniu linii, na obszarze pasa wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi rosnących bezpośrednio pod lub nad linią, a także z boku linii, zachowując bezpieczne odległości zgodnie z Rysunkiem nr 1 ,
2. zredukowanie rozmiarów rosnących bezpośrednio pod linią drzew, krzewów i podrostów do minimalnych odległości od linii nie zagrażającej normalnej pracy linii określonych na Rysunku nr 1. w przypadkach opisanych szczegółowo w OPZ;
3. wycinkę serwisową (prewencyjną) wykonywaną sukcesywnie na całej długości powierzonych w zadaniu linii, w okresie 48 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, której celem jest zapobieganie awariom sieci poprzez regulowanie i korygowanie wzrostu drzew, krzewów, podrostów i gałęzi poprzez:

- 1) wykonanie inwentaryzacji roślinności rosnącej w pasie wycinki w celu określenia terminu wykonania wycinki prewencyjnej, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy,
- 2) wykonanie oględzin stanu zadrzewienia całości powierzonych w Zadaniu linii oraz okresowej inwentaryzacji, lecz nie rzadziej niż 1 raz w roku, roślinności rosnącej w pasie wycinki w celu określenia terminu wykonania kolejnej wycinki prewencyjnej (załącznik nr 2 do Umowy).
- 3) prace przygotowawcze i organizacyjne obejmujące m.in.:
 - 4.1. rozpoznanie terenu i oględziny stanu zadrzewienia całości powierzonych w zadaniu linii,
 - 4.2. uzyskanie pisemnych zezwoleń, wymaganych przez obowiązujące prawo, na wycinkę drzew, krzewów, odrostów i gałęzi od właściwych organów administracji publicznej,
 - 4.3. uzyskanie zgód na wycinkę od właścicieli terenów prywatnych ,
 - 4.4. przedstawienie w formie pisemnej Zamawiającemu do uzgodnienia harmonogramu prac wycinkowych (do pierwszych 30 dni od rozpoczęcia każdego roku serwisowego), przedmiotowy harmonogram podlega aktualizacji według bieżących potrzeb,
- 4) przycięcie/wycięcie okresowe, na podstawie uzgodnionego z zamawiającym harmonogramu prowadzenia prac prewencyjnych, przyrostów krzewów, gałęzi i podrostów w pasie na całej długości linii powierzonych w Zadaniu, zachowując parametry określone na Rysunku nr 1 oraz zasady opisane w pkt 3.11.2.OPZ.
- 5) wycięcie pojedynczych drzew (np. suchych, chorych lub pochylonych w kierunku linii), rosnących poza pasem określonym w wycince zerowej, które w zależności od ukształtowania korony, gatunku, średnicy pnia, rodzaju podłoża mogą pod wpływem ciężaru opadu atmosferycznego, działania na drzewo sił naporu wiatru powalić się na linię - działanie okresowe prowadzone zgodnie z harmonogramem lub interwencyjne prowadzone na skutek zgłoszenia przez zamawiającego,
- 6) wycięcie awaryjne już opierających się na linii drzew, gałęzi w wyniku niewłaściwie przeprowadzonej wycinki drzew znajdujących się na skraju pasa przez osoby trzecie bądź w wyniku działania naporu wiatru lub opadu atmosferycznego (nie mającego charakteru kataklizmu tzn. zjawiska naturalnego powodującego znaczne szkody na terenie objętym tym zjawiskiem, pozostawiające po sobie często zmieniony obraz powierzchni ziemi - awaria masowa),
- 7) podjęcie na wniosek zamawiającego w ciągu 24 godzin od momentu powzięcia informacji, działań mających na celu wycinkę lub zredukowanie wysokości drzew i innej roślinności rosnącej pod i w pobliżu powierzonych w Zadaniu linii, w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego bezpośredniego zagrożenia dla prawidłowej pracy linii.

8) uprzątnięcie terenu i zagospodarowania urobku w sposób uzgodniony z właścicielem terenu, przy czym zamawiający nie dopuszcza pozostawienia pozostałości po wycince bezpośrednio w miejscu cięcia,

9) czyszczenie stanowisk słupowych oraz terenu napowietrznych stacji transformatorowych SN/nN z porastającej roślinności i zarośli (np. krzaki, drzewa, dzika winorośl, bluszcze) nie częściej niż raz na 18 miesięcy, w terminach uzgodnionych z Zamawiającym (w odległości do 1 m),

10) doraźne przycięcie/wycięcie drzew w miejscach zbliżeń do linii wskazanych przez Zamawiającego (szczególnie w liniach z innym okresem realizacji niż jest to określone w harmonogramie w stosunku do momentu zgłoszenia),

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, w zakresie:

- Wykonawcy Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. z siedzibą w Sitnie, składającego ofertę na zadanie numer 1, którego wartość zamawiający oszacował na kwotę 3 753 000 zł brutto, wpłynęły trzy oferty. Oferta z najniższą ceną, wynoszącą 2160 000 zł brutto, a więc 57,55% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp została złożona przez wykonawcę Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. . W dniu 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), wystosował do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawcy udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta wykonawcy złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez wykonawcę cena oferty brutto wydała się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania w zakresie zadania numer 1. Wobec powyższego, zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. przesłał w dniu 9 kwietnia 2021 r. uproszczoną kalkulację, z której wynika, że na mulczowanie krzaków przewiduje 767 370,40 zł, na ręczną wycinkę i przycinanie drzew i krzaków przewiduje 852 638,36 zł, na

sprzątanie po wycince przewiduje 209 061,75 zł, na uzgodnienia z właścicielami i odszkodowania przewiduje 170 929,49 zł, co daje łącznie 2 000 000 zł netto i 2 160 000 zł brutto.

Wykonawca wyjaśnił ponadto, że wykonywał prace serwisowe na tej linii w roku 2016 - 2019, w związku z tym „wie mniej więcej czego się spodziewać”. Zna adresy i roszczenia właścicieli, stąd też wynika przedstawione wyliczenie i pewność „że w tej kwocie się wyrobi i zarobi”. Wskazuje ponadto, że przed przystąpieniem do przetargu poprosił o złożenie oferty dokładnie na tę wycinkę firmę Geo Scan, z którą wykonawca wcześniej już współpracował i firma ta złożyła ofertę na wycinkę w cenie 2 400 zł za 1 km linii za cztery lata prac, tj. po 600 zł za jeden kilometr linii za każdy rok serwisowy, bez względu na wysokość poziomu zadrzewienia. Należy przy tym wskazać, że średni poziom zadrzewienia tej linii, szacowany przez Zamawiającego, wynosi 30%.

Powyższe wyjaśnienia zamawiający uznał za spełniające wymogi ustawowe, wykazujące i udowadniające zamawiającemu, że wykonawca w swojej ofercie skalkulował wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, a realizacja umowy za tę cenę jest możliwa w sposób należyty i dokonał wyboru oferty wykonawcy Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. z siedziba w Sitnie jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 1.

W ocenie odwołującej, wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, uwzględnia wszystkie czynniki kosztotwórcze oraz zysk wykonawcy. Ponadto złożone wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami. Analiza wyjaśnień, złożonych przez wykonawcę „KONDOR” K. G., wskazuje zarówno na to, że wykonawca ten nie sprostął wymogom złożenia rzetelnych i przekonujących wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi te wyjaśnienia, a nadto w tej części wyjaśnień, z których można wywodzić jakiegokolwiek konkretne informacje, wykonawca potwierdza, że jego cena jest rażąco niska i nie uwzględnia wszystkich istotnych elementów, jakie wykonawca powinien uwzględnić przy kalkulacji oferty dla tego postępowania.

Całe, krótkie i lakoniczne wyjaśnienia tego wykonawcy, opierają się jedynie na twierdzeniach, które dowodzą tego, że wykonawca ten zupełnie pominął kwestie pełnych realnych kosztów, jakie musi ponieść w celu prawidłowego zrealizowania umowy (wskazując je tylko wybiórczo i w sposób niepełny).

W ramach wyjaśnień wykonawca przedstawił cztery punkty własnych założeń kalkulacyjnych, bez wskazania jakichkolwiek danych wyjściowych, w oparciu o które skalkulował sobie ceny jednostkowe dla tych pozycji, jak również bez jakichkolwiek dowodów, że te założenia kalkulacyjne są słuszne. Nie wiadomo więc, ile osób wykonawca przewidział do realizacji przedmiotu umowy, z jakim wynagrodzeniem i w jakim charakterze,

ile godzin miesięcznie te osoby będą wykonywały czynności przy realizacji tej umowy, jakie wykonawca założył koszty transportu pracowników, koszty transportu rębaka, koszty diet, delegacji, noclegów, koszty napraw sprzętu, koszty paliwa do tego sprzętu, koszty napraw i wymiany urządzeń oraz narzędzi niezbędnych do realizacji umowy. Nie wiadomo jakich zamierza używać maszyn poza rębakiem, jaką założył pracochłonność ręcznej wycinki i przycinki drzew i krzaków. Z przedstawionego „kosztorysu ofertowego” nie wynika kompletnie nic, poza gołosłownymi twierdzeniami wykonawcy.

W wyjaśnieniach wykonawcy brak jednak jakiegokolwiek wskazania, w której pozycji i w jakiej wysokości ujął on koszty wykonania czynności pomocniczych, związanych z inwentaryzacją aktualnego stanu linii (co jest elementem obligatoryjnym do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy), jak również wycinek awaryjnych, interwencyjnych i doraźnych. Brak takich informacji również w odniesieniu do czynności czyszczenia stanowisk słupowych i terenu napowietrznych stacji transformatorowych.

W pozycji dotyczącej kalkulacji innych kosztów, dotyczących uzgodnień i odszkodowań, wykonawca założył koszt na poziomie 170 929,49 zł nie wskazując, co się na ten założony koszt składa. W szczególności wykonawca nie wskazuje, w jakim wymiarze przewiduje zatrudnienie do wykonywania czynności pomocniczych (uzyskiwania wypisów z ewidencji gruntów i budynków, zgód właścicieli, składania wniosków o zezwolenia administracyjne na wycinkę drzew lub na czasowe zajęcie nieruchomości, obsługi postępowań administracyjnych) i jakie wynagrodzenie przewiduje dla osoby zajmującej się tymi czynnościami. Nie ma tu również informacji, jakie założenia wykonawca przyjął w zakresie kosztów opłat administracyjnych oraz kosztów odszkodowań dla właścicieli nieruchomości, wypłacanych na podstawie ugód oraz na podstawie decyzji administracyjnych. Brak tych danych nie pozwala na jakąkolwiek weryfikację, czy założenia przyjęte przez wykonawcę, są rzetelne i realne. Twierdzenia, podnoszone na zasadzie *„robiliśmy tam dwa lata temu, więc wiemy czego się spodziewać”* są w kontekście tych dodatkowych kosztów czynności pomocniczych mało kompetentne i mało poważne, zważywszy, że po upływie dwóch lat od nowa należy zweryfikować stany prawne zadrzewionych nieruchomości pod liniami energetycznymi i od nowa uzyskać zezwolenia na czasowe zajęcie nieruchomości (bądź to od aktualnych posiadaczy bądź to na drodze administracyjnej).

Nadto zwrócił uwagę, że wskazana przez wykonawcę stawka roboczogodziny 18,60 zł (nie wiadomo przy tym czy brutto czy netto) jednoznacznie wskazuje na to, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Obecnie minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800 zł brutto miesięcznie, co po dołożeniu kosztów składek ubezpieczeń, obciążających pracodawcę, daje kwotę 3 373,44 zł miesięcznie. Kotwa ta podzielona przez ilość 168 godzin roboczych w przeciętnym miesiącu daje stawkę pensji 20,03 zł za godzinę pracy pracownika,

a zatem już w chwili składania oferty założona przez wykonawcę stawka jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Mając na uwadze, że kontrakt jest zawierany na 4 lata, to prawidłowo skalkulowana oferta musi przewidywać wzrost tej płacy w każdym kolejnym roku realizacji umowy. Ponadto osoby wymagane do realizacji przedmiotowej umowy są to osoby o umiejętnościach i uprawnieniach znacznie większych niż minimalne, więc obecnie na rynku pracy takie osoby nie świadczą pracy za minimalnym wynagrodzeniem. Z samej już przytoczonej tutaj kalkulacji kosztów bezpośrednich płacy wynika, że stawka roboczogodziny, zastosowana przez wykonawcę, jest nierynkowa i rażąco zaniżona. Podana przez wykonawcę stawka roboczogodziny jednoznacznie wskazuje na to, że wykonawca nie wziął pod uwagę żadnego z tych obligatoryjnych elementów, składających się na koszty pracy i stawkę roboczogodziny.

W swoich wyjaśnieniach wykonawca w ogóle nie opisał żadnych oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, które pozwalały mu na złożenie oferty za cenę niższą o blisko 43% od wartości szacunkowej, ustalonej przez zamawiającego.

Podkreślił, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ogólnikowe wyjaśnienia, na których poparcie nie przedstawiono żadnych dowodów, nie mogły zostać uznane za skuteczne i obalające domniemanie z art. 90 ust. 1 Pzp. Skoro wykonawca, jako podmiot profesjonalnie prowadzący swoją działalność, nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, zamawiający powinien był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że w orzecznictwie KIO ugruntowała się linia orzecznicza, zgodnie z którą wyjaśnienia powinny obejmować wszystkie objęte treścią wezwania zagadnienia i pozwalać zamawiającemu na dokonanie pełnej i pozytywnej weryfikacji czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska i została skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych założeń. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawowy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp. To wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień, a nie własnej wiedzy, zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu, dlatego też tak ważne jest, aby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie były ogólne, a także by zostały one poparte dowodami.

- w zakresie wykonawcy konsorcjum firm Lider konsorcjum Usługi Leśne i Ogrodnicze Eitelas Sp. z o.o. Partner: Usługi Leśne i Ogrodnicze Eitelas Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Dardach, która w zakresie zadania numer 3 i 11 zawiera rażąco niską cenę podał, że w zakresie zadania numer 3, którego wartość zamawiający oszacował na kwotę 3 343 680 zł brutto, wpłynęły dwie oferty. Oferta z najniższą ceną wynoszącą 2 149 200 zł brutto, a więc 64,28% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, została złożona przez przedmiotowe konsorcjum. Natomiast w zakresie zadania numer 11, którego wartość zamawiający oszacował na kwotę 3 540 240 zł brutto, wpłynęły trzy oferty. Oferta z najniższą ceną wynoszącą 2 363 040 zł brutto, a więc 66,75 % wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, została złożona przez wykonawcę konsorcjum ELITELAS.

W dniu 6 kwietnia 2021 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystosował do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawcy udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta wykonawcy złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez wykonawcę cena oferty brutto wydała się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia ponieważ jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania w zakresie zadania numer 3 i 11.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca konsorcjum ELITELAS, przesłał w dniu 8 kwietnia 2021 r. wyjaśnienia oraz uproszczoną kalkulację, osobną dla każdego z zadań. Wynika z nich, że „cena oferty stanowi bilans sprzyjających i dostępnych nam warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na dysponowaniu dużym zapleczem technicznym, sprzętem i urządzeniami do realizacji przedmiotu zamówienia min. ciągniki rolnicze, rębaki, pilarki, samochody samowyladowcze co skutkuje niższymi kosztami, w tym kosztami pracy oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu. Posiadamy system zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników. Dysponujemy wykwalifikowaną kadrą pozwalającą na fachowe i rzetelne wykonanie zamówienia bez konieczności zatrudniania drogich specjalistów. Wynagrodzenia osób zgodne są z obowiązującymi stawkami na rynku pracy (i nie są one niższe niż najniższe wynagrodzenie brutto za godzinę pracy w roku bieżącym), natomiast dodatkowe koszty jakie zostaną poniesione przy realizacji zamówienia to jedynie koszty paliwa, które są znacznie niższe ze względu na hurtowe ilości zakupu. Na zaoferowaną cenę miał wpływ również sprzyjający okres wykonania zamówienia, a także wolne moce przerobowe, które

wykonawca posiada. Wobec żądania przez zamawiającego przedłożenia stosownych dowodów wykonawca według jego stanowiska kalkulacji określił najważniejsze składniki cenotwórcze, w szczególności koszty pracowników, koszty zaangażowania odpowiedniego sprzętu i koszty jego eksploatacji toteż niniejsze wyjaśnienia i przedstawione dowody nie mają charakteru iluzorycznych.

Jednakże, według odwołującego analiza złożonych wyjaśnień, skonfrontowana z wymogami określonymi w art. 90 ustawy Pzp nie pozwala na przyjęcie, że wykonawca konsorcjum ELITELAS sprostą ustawowemu obowiązkowi w zakresie wyjaśnienia i wykazania podstaw kalkulacji ceny. W części opisowej swoich wyjaśnień konsorcjum ELITE LAS powołuje się ogólnikowo na wiele aspektów takich jak dysponowanie własnym zapleczem technicznym, dobrą organizacją pracy czy upusty, co pozwala konsorcjum złożyć ofertę za znacznie niższą cenę niż szacunkowa wartość zamówienia. Jednak już od dawna istnieje ugruntowane orzecznictwo, zgodnie z którym wykonawca, wskazując na oszczędności metody zamówienia nie może poprzestawać na ogólnikowych twierdzeniach, tylko wskazać na takie aspekty, które są dostępne tylko i wyłącznie temu wykonawcy, które powodują możliwość obniżenia jego ceny w stosunku do cen rynkowych. Własne zaplecze techniczne, dobra organizacja pracy czy upusty wynikające z hurtowych zakupów to nie są elementy, które są dostępne wyłącznie temu wykonawcy, lecz są to podstawowe standardy prowadzenia działalności biznesowej, niezbędne do realizacji zamówień publicznych na tak dużą skalę, jak objęte przedmiotowym postępowaniem. Nie jest również żadnym nadzwyczajnym osiągnięciem posiadanie własnej kadry specjalistów, albowiem własny zasób odpowiedniego personelu jest czynnikiem dostępnym każdemu wykonawcy, ubiegającemu się o udzielenie zamówień w ramach przedmiotowego postępowania. Ponadto wykonawca konsorcjum ELITELAS nie wykazało, w jaki konkretnie policzalny sposób posiadanie własnej kadry (niezbędnych do realizacji zadania pracowników), przekłada się na obniżenie kosztów w stosunku do wykonawców, którzy w tym zakresie posilkują się zasobami ludzkimi podmiotów trzecich.

Podkreślił także, iż uznanie przez zamawiającego jako czynniki obiektywnie i wiarygodnie obniżające cenę tłumaczenia wykonawcy iż „na podaną przez nas cenę miał wpływ również sprzyjający okres wykonania zamówienia” budzi uzasadnioną wątpliwość, czy zamawiający w ogóle przeczytał złożone wyjaśnienia - albowiem „sprzyjający okres wykonania zamówienia” to taki sam korzystny czy też niekorzystny okres dla wszystkich wykonawców. Ramy czasowe i zakres obowiązków jest bowiem tożsamy dla wszystkich wykonawców i trudno nawet domniemywać, dlaczego ten sam okres 48 kolejno po sobie następujących miesięcy, składających się na cztery cykle czterech pór roku jest akurat szczególnie korzystny dla jednego wykonawcy w kontekście możliwości obniżenia ceny. Wyjaśnienia

wykonawcy są także niewiarygodne, według odwołującego chociażby z tego względu, że są wewnętrznie sprzeczne. W treści wyjaśnień opisowych wykonawca podkreśla, że „dysponuje wykwalifikowaną kadrą pozwalającą na fachowe i rzetelne wykonanie zamówienia bez konieczności zatrudniania drogich specjalistów”, jak również, że zatrudnia tę wykwalifikowaną kadrę za wynagrodzeniem wyższym niż wynagrodzenie minimalne.

Tymczasem kalkulacje, przedstawione dla zadania numer 3 potwierdzają, że wykonawca nie ujął w cenie ofertowej wszystkich elementów kosztotwórczych realizacji przedmiotu umowy. Z tabeli, zamieszczonej w poz. 1 „Koszt pracowniczy” jasno wynika, że do kalkulacji przyjęto koszt pracowniczy równy płacy minimalnej i nic poza tym. Skoro bowiem wykonawca przewidział na jeden etat w okresie uwzględnionym w ofercie kwotę 161 925,12 zł, a okres obejmuje 48 miesięcy, to z matematycznego rachunku wychodzi miesięczny koszt w wysokości 3373,44 zł na jednego pracownika, tj. koszt równy miesięcznemu najniższemu wynagrodzeniu za pracę, bez jakichkolwiek innych kosztów pracowniczych.

Niezależnie od tego wyjaśnienie, że są to całkowite koszty pracownicze, potwierdza że wykonawca nie ujął wszelkich innych kosztów pracy, o których szeroko zostało wspomniane przy analizie wyjaśnień wykonawcy Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR” K. G. . Na koszt pracowniczy składa się bowiem zdecydowanie więcej elementów niż tylko koszt wypłaty pracownika podczas realizacji prac, w tym koszty szkoleń, badań okresowych, koszty uzyskiwania i utrzymania uprawnień wymaganych przy realizacji przedmiotu umowy, odzieży roboczej, odzieży ochronnej, wynagrodzenia za czas urlopu, wynagrodzenia za czas choroby, itp. Przykładowo wskazał na pozycję 2, gdzie wykonawca konsorcjum ELITELAS wskazało, że koszty sprzętu i transportu (w tym praca sprzętu, paliwo, zakup środków transportowych, amortyzacja, itp.) to kwota 60 000 zł. To również potwierdza, że wykonana kalkulacja jest nierzetelna i oderwana od realiów wykonywania pracy, gdyż po podzieleniu tego kosztu przez okres 48 miesięcy uzyskujemy zaplanowaną na ten cel kwotę w wysokości 1250 zł miesięcznie, która jest nierealna dla pokrycia samego kosztu paliwa do pilarek i rębaka, o dalszych kosztach transportu na miejscu realizacji prac oraz dojazdu z siedziby firmy do miejsca realizacji prac i z powrotem 4 razy w miesiącu, rzekomo ujętych w tej pozycji, nie wspominając.

W pozycji „koszt pozyskania zgód i odszkodowań” wykonawca konsorcjum ELITELAS wskazał kwotę 34 000 zł czyli 708 zł miesięcznie, przy czym wykonawca nie wskazał, jakie składniki zamierza pokryć z tej kwoty (czy będą to opłaty skarbowe, opłaty administracyjne, odszkodowania, czy też inne koszty, wszystkie wyżej wymienione, a może tylko niektóre z nich). To również obrazuje, że kalkulacja została wykonana w sposób oderwany od realiów realizacyjnych przedmiotu umowy, same bowiem odszkodowania, które wykonawca musi wypłacić ze swoich środków, to nie tylko kwoty związane z wyrządzeniem jakichkolwiek

szkód czy też kwoty odszkodowań za drzewa wycięte, wypłacanych za porozumieniem z posiadaczami nieruchomości, lecz także koszty odszkodowań z tytułu drzew wyciętych zgodnie z wydanymi pozwoleniami administracyjnym, ustalone w drodze decyzji administracyjnych. Tych elementów nie da się pokryć kwotą 708 zł miesięcznie.

Przenosząc uwagi z tego zadania do zadania 11 podał, że wnioski z powyższej kalkulacji są dla zadania numer 11. Podał, iż w zakresie kosztów pracowniczych wykonawca dokonał tych samych założeń kosztotwórczych co dla zadania numer 3, a więc uwzględnił w tej pozycji jedynie koszt wypłaty pensji pracowników w okresie świadczenia przez nich pracy, w wysokości równej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Niekompletność i nierealność takich założeń kalkulacyjnych w świetle wymagań Zamawiającego odnośnie uprawnień i kompetencji pracowników skierowanych do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia została szczegółowo wykazana przy analizie elementów kosztotwórczych dla zadania numer 3. W zakresie pozostałych elementów kosztotwórczych, składających się w ocenie wykonawcy konsorcjum ELITELAS na całościowy koszt realizacji przedmiotu zadania numer 11, wykonawca wskazał, że na koszty sprzętu i transportu zamierza przeznaczyć 120 000 zł (dwukrotnie więcej niż dla zadania numer 3), na koszty pozyskiwania zgód i odszkodowań kwotę 90 000 zł (a więc prawie trzykrotnie więcej niż dla zadania numer 3), na koszty utylizacji drzew i gałęzi po wycince kwotę 80 000 zł (blisko trzykrotnie więcej niż w zadaniu numer 3). Porównanie tych wartości jest jeszcze jednym argumentem potwierdzającym, że konsorcjum ELITELAS nie wykonało żadnej rzetelnej kalkulacji kosztów realizacji zadania i nie wykazało Zamawiającemu, że będzie w stanie w sposób prawidłowy wykonać zadania numer 3 i numer 11. Złożone wyjaśnienia wskazują, że wykonawca dowolnie- żongluje kwotami przewidywanymi na poszczególne pozycje kosztowe, bez ich żadnego racjonalnego uzasadnienia i wyjaśnienia Zamawiającemu. Wskazać bowiem należy, że linie w zadaniu numer 3 mają łącznie długość 527,82 km i średni procent zadrzewienia na poziomie 30%, natomiast linie w zadaniu numer 11 mają łącznie długość 444,70 km i średni procent zadrzewienia na poziomie 39%. W związku z powyższym robienie tak drastycznie różnych założeń kosztowych dla tych samych pozycji, gdy zakres prac do wykonania (z uwagi na długość linii i poziom zadrzewienia) jest zbliżony, nie jest w żaden sposób racjonalnie uzasadnione.

W zakresie kolejnego wykonawcy GAMUZA składającego oferty na zadania numer 4, 6, 9, 10 podniósł iż wykonawca ten winien zostać wezwany do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w zakresie oferty na **zadanie numer 4**, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w tej części. Podał, że z dokumentów, udostępnionych na wezwanie odwołującego przez zamawiającego, nie wynika, aby zamawiający wezwał wykonawcę GAMUZA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej do złożenia

wyjaśnień, wykazujących że zaoferowana przez niego cena dla zadania numer 4 nie jest ceną rażąco niską, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek, obligujących zamawiającego do wystosowania takiego wezwania. Zamawiający dla zadania numer 4 wskazał następującą wartość zamówienia na kwotę 6 401 160,00 zł. Natomiast na powyższe zadanie wykonawca GAMUZA złożył ofertę z ceną 2 990 701,44 zł brutto, stanowiącą 46,72% wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że pomimo istnienia obiektywnych okoliczności zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień, wykazujących że zaoferowana przez niego cena dla zadania numer 4 nie jest ceną rażąco niską, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek, obligujących zamawiającego do wystosowania takiego wezwania. Zwrócił także uwagę na kwestie iż na to zadanie zostały złożone dwie oferty o bardzo podobnej cenie, różnica pomiędzy ofertą Gamuza, a ofertą wybraną wynosiła zaledwie 0,07%. Zamawiający wezwał wykonawcę składającego najtańszą ofertę do złożenia wyjaśnień. Niestety takie wezwanie nie zostało wystosowane, do wykonawcy Gamuza sklasyfikowanego według ceny oferty na drugiej pozycji.

Kolejny zarzut ozn. nr 4, a dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy MATPARK, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie oferty na zadanie numer 5, która to oferta zawiera zdaniem odwołującego rażąco niską cenę został przez zamawiającego uwzględniony. Podobnie został uwzględniony zarzut 7 i 8, a zarzut nr 6 został wycofany przez odwołującego. Nadto co do zarzutów uwzględnionych odwołujący oświadczył, że je wycofuje. Wobec powyższego Izba uznała za niezasadne prezentowanie w tym zakresie stanu faktycznego podanego w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach uczestników.

Kolejnym zarzutem jest zarzut wobec wykonawcy MATPARK sp. z o.o. jest zarzut zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie zadania nr 11. Podał, że zamawiający dla zadania numer 11 wskazał wartość brutto (wartość netto wskazana w pozycji 2.4. protokołu, powiększona o należny podatek VAT w wysokości 8%) w wysokości 3 540 240 zł. Natomiast wykonawca MATPARK złożył ofertę z ceną 2 454 743,88 zł brutto, stanowiącą 69,34 % wartości szacunkowej zamówienia. Podał, że z dokumentów, udostępnionych na wezwanie odwołującej przez zamawiającego, nie wynika, aby zamawiający wezwał wykonawcę MATPARK do złożenia wyjaśnień, wykazujących że zaoferowana przez niego cena dla zadania numer 11 nie jest ceną rażąco niską, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek, obligujących zamawiającego do wystosowania takiego wezwania. W uzasadnieniu zarzutu podał, że oferta wybrana w tym zadaniu była tańsza tylko o 3,74% i ten wykonawca był wzywany przez zamawiającego do wyjaśnień. Podkreślił, że przepis art. 90 ust. 1 i 1a Pzp nakłada na

zamawiającego obowiązek do wezwania wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień, czy cena oferty nie jest rażąco niska w każdym przypadku, gdy zachodzą przesłanki ustawowe. Obowiązek ten nie został ograniczony wyłącznie do wykonawcy, który złożył najtańszą ofertę. W okolicznościach tego postępowania cena zaoferowana przez wykonawcę MATPARK Sp. z o.o. budzi uzasadnione podejrzenie, że jest rażąco niska, nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Badanie kwestii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty z ceną drugą co do jej wysokości jest uzasadnione, albowiem w sytuacji, w której wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, odstępuje od zawarcia umowy; zamawiający zawiera umowę z wykonawcą, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Oferta taka nie może zawierać ceny, budzącej wątpliwości czy ten konkretny wykonawca w ramach możliwości swojego przedsiębiorstwa, jest w stanie prawidłowo wykonać zamówienie za oferowaną cenę, skoro jest ona o ponad 30% niższa od wartości przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutów 9 i 10 odwołujący oświadczył, że są to zarzuty wynikowe mające odniesienie do zarzutów kwestionujących czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie odwołującego zgłoszone przystąpienia zostały wycofane na etapie posiedzenia.

Zamawiający w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł opozycję przeciwko zgłoszonym przystąpieniom po stronie odwołujących wykonawców Generix i Gamuza wskazując, że wykonawcy Ci nie mają interesu w przystąpieniu, gdyż w odwołaniu nie zakwestionowano czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 9, ani też nie podniesiono żadnych zarzutów co do czynności zamawiającego w ramach tego zadania. Zarzuty dotyczące wykonawcy Gamuza (zarzut nr 3 Odwołania, do którego wprost odnosi się przystępujący Generix w pkt III przystąpienia) dotyczą wyłącznie zadania nr 4, w którym to zadaniu wykonawca Generix nie złożył oferty. Przystępujący Generix nie ma zatem interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, wobec czego brak jest podstaw dla udziału tego wykonawcy w nin. postępowaniu. Natomiast w zakresie przystąpienia wykonawcy Gamuza podał dodatkowo, że w razie uwzględnienia zarzutów odwołania sytuacja wykonawcy Gamuza może jeszcze ulec pogorszeniu. Celem odwołującego jest bowiem doprowadzenie do uzyskania zamówienia w zakresie zadania nr 4 we własnym zakresie i odrzucenie oferty Gamuza (pkt 5 wniosków Odwołania – s. 39 Odwołania). Zachodzi więc duże prawdopodobieństwo, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego (przystępującego) będą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, co może stanowić naruszenie art. 525 ust. 4 Pzp. z 2019 r.

Ponadto jak to wyżej już wskazano zamawiający oświadczył, że postanowił uwzględnić zarzuty odwołania oznaczone w treści odwołania numerami 4, 7 i 8. Natomiast w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się w sposób ogólny do treści obu odwołań podał, że na zamawiającym, będącym operatorem systemu dystrybucyjnego, ciąży obowiązek utrzymania linii elektroenergetycznych w stanie umożliwiającym zapewnienie niezawodnych dostaw energii. W związku z tym, zamawiający na bieżąco organizuje postępowania, których przedmiotem jest m.in. wycinka i przycinka drzewostanu w obrębie linii elektroenergetycznych. W organizacji zamawiającego obowiązuje tzw. Program Zarządzania Wegetacją, w ramach którego całość prac wycinkowych, tj. oględziny i inwentaryzacja zadrzewienia, pozyskanie zgód właścicieli gruntów i decyzji na wycinkę wymaganych prawem oraz przeprowadzenia prac wycinkowych, jest powierzona wykonawcom zewnętrznym. W przypadku linii wysokiego napięcia i średniego napięcia zamawiający zawiera czteroletnie umowy serwisowe SLA (Service Level Agreement), w ramach których wykonawca zarządza wegetacją w ramach linii określonych w zadaniu, otrzymując wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. To do wykonawcy należy dokonanie oględzin zadrzewienia oraz decydowanie, w jakim okresie/roku/kwartale serwisowym trwania umowy mają zostać dokonane czynności administracyjne czy wycinkowe w poszczególnych ciągach/odcinkach linii, w celu utrzymania odpowiednich odległości zadrzewienia od przewodów roboczych zgodnie z zasadami opisanymi w umowie. Zamawiający dokonuje zaś odbiorów i okresowej oceny jakości świadczonych usług (np. utrzymania wymaganych odległości od przewodów, ocenia uzasadnione reklamacje, zakłócenia i awarie spowodowane zadrzewieniem).

W przypadku każdego z zadań dla wycinki serwisowej w sieciach średniego i wysokiego napięcia oszacowanie wartości zamówienia, jak i porównanie cen dla poszczególnych zadań jest znacząco utrudnione ze względu na specyfikę każdego z nich (różna długość linii w każdym z zadań, różny stopień zadrzewienia, utrudnień terenowych, itp.). Szacowane wartości zamówienia dla poszczególnych zadań różnią się, a jednocześnie wartości te nie zawsze są miarodajne dla oceny, czy oferta złożona przez danego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę. W związku z tym, w ocenie zamawiającego, w przypadku zamówień o takim charakterze jak to będące przedmiotem nin. postępowania, znacznie bardziej adekwatnym kryterium dla oceny rażąco niskiej ceny stanowi nie szacunkowa wartość zamówienia, a średnia arytmetyczna złożonych ofert.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego ceny oferty wykonawcy Kondor ustalonej dla zadania 1, podał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Kondor dla zadania nr 1 nie jest mniejsza o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, bowiem stanowi 73,81 % tej wartości. Podał, że średnia cena z ofert złożonych na to zadanie

wynosiła 2 926 212,48 PLN, a cena oferty wykonawcy opiewała na kwotę 2 160 000,00 PLN. Podkreślił, że zgodnie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp z 2004 r., na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w zakresie zadania nr 1 przedstawione przez wykonawcę Kondor, mimo ich zwięzłej formy, zamawiający uznał za wystarczające. Zamawiający uznał za przekonujące wyjaśnienia m.in. z uwagi na fakt, iż wykonawca ten ma doświadczenie w prowadzeniu wycinek na tym terenie, a zatem posiada wiedzę o uwarunkowaniach lokalnych. Jest to istotna okoliczność, bowiem z doświadczenia zamawiającego wynika, że wykonawcy, którzy wcześniej realizowali prace na danym terenie, posiadają wiedzę np. o właścicielach gruntów, na których będą realizowane prace, a co za tym idzie, są w posiadaniu zasobów, które przyspieszą i ułatwią przygotowanie administracyjne do pracy. W ocenie zamawiającego, opartej na doświadczeniu realizacji objętych zamówieniem zadań, cena zaproponowana przez wykonawcę Kondor jest realna i umożliwia wykonanie zamówienia z zyskiem.

Wreszcie, z najdalej idącej ostrożności procesowej, odnosząc się do zarzutu „braku odrzucenia oferty” wykonawcy Kondor, podniósł, że nawet w sytuacji, gdyby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez tego wykonawcę zostały uznane przez Izbę za niewystarczające, stan faktyczny niniejszej sprawy oraz przepisy prawa nie uzasadniają automatycznego odrzucenia oferty tego wykonawcy, ale dokonanie przez zamawiającego ponownego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i n. ustawy Pzp. z 2004 r. Za orzeczeniem KIO z 26.11.2014 r., KIO 2326/14 wskazał, że powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego numerem 2 a dotyczącego wykonawcy Elitelas sp. z o.o. w zakresie ceny podanej za wykonanie zadań 3 i 11, podał, że w zadaniu nr 3 złożone zostały jedynie dwie oferty – pierwsza złożona przez konsorcjum firm: 1) Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. oraz 2) Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Konsorcjum Elitelas”) i druga złożona przez wykonawcę BKW

(Odwołującego). Kwota, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w ramach tego zadania, wynosiła 3 343 680,00 PLN brutto. Tymczasem oferty złożone przez obu wykonawców wynosiły odpowiednio:

- Oferta Konsorcjum Elitelas: 2 149 200,00 PLN brutto;
- Oferta BKW (Odwołującego): 2 548 103,40 PLN brutto.

Biorąc pod uwagę globalną wartość zamówienia, kwoty te nie odbiegają znacząco od siebie. Co więcej, obie te kwoty są niższe niż szacunkowa wartość zamówienia, przy czym oświadczył zamawiający podtrzymuje stanowisko wyrażone powyżej, iż w przypadku nin. postępowania szacunkowa wartość zamówienia nie jest miernikiem adekwatnym dla oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska; obiektywnym miernikiem pozostaje przy tym średnia arytmetyczna ofert, która w tym przypadku wynosi 2 348 651,50 PLN brutto. Poniżej przedstawiono zestawienie ukazujące, że w istocie obie oferty nie różnią się od siebie znacząco, zaś wezwanie przez zamawiającego Konsorcjum Elitelas do wyjaśnień wynikało wyłącznie z matematycznego porównania oferty Elitelas z szacunkową wartością zamówienia i brzmieniem art. 90 ust. 1a pkt 1 in principio Pzp z 2004 r.; przy czym oferta ta jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o zaledwie 8,5 %. W przypadku zadania nr 11, sytuacja jest podobna jak przy zadaniu nr 3. Oferty złożone przez trzech wykonawców dają średnią arytmetyczną na poziomie 2 510 767,80 PLN brutto, a oferta złożona przez Elitales wynosiła 2 363 040,00 PLN. Jednocześnie z uwagi na różnicę oferty zaproponowanej przez Konsorcjum Elitelas w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia te zdaniem zamawiającego są wyczerpujące i przekonujące. Wykonawca ten przedstawił zarówno opisową część uzasadnienia, jak i konkretne wyliczenia kosztów pracowniczych, kosztów sprzętu i transportu, pozyskania zgód i odszkodowań oraz utylizacji drzew i gałęzi po wycince. Zamawiający dokonał powyżej oceny analizując ogół okoliczności zaprezentowanych w wyjaśnieniach oraz ofercie wykonawcy Elitelas. W tym miejscu podkreślenia wymaga zdaniem zamawiającego, że precyzyjny przegląd poszczególnych sformułowań (słów i zdań – np. „sprzyjającego okresu wykonania zamówienia” czy „wolnych mocy przerobowych”) użytych w dokumencie przedstawionym przez Konsorcjum Elitelas, którego dokonał odwołujący w odwołaniu, połączony z ich skrupulatną krytyką, stanowi zdaniem zamawiającego przejaw nadmiernej i nieuzasadnionej drobiazgowości. Przedmiotem oceny zamawiającego co do istnienia rażąco niskiej ceny ma być bowiem nie językowa sprawność wykonawcy dostarczającego wyjaśnień, ale ogół przedstawionych okoliczności, mających na tę cenę wpływ.

Nadto zamawiający podkreślił, że za wykonanie zamówienia została ustalona wynagrodzenie w formie ryczałtu, a tym samym przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt

niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp - por wyrok KIO 2640/18.

Tak jak w przypadku zarzutu poprzedniego zamawiający podniósł, że z najdalej posuniętej ostrożności procesowej w sytuacji, gdyby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez wykonawcę Elitelas zostały uznane przez Izbę za niewystarczające (czemu zamawiający przeczy), stan faktyczny niniejszej sprawy oraz przepisy prawa nie uzasadniają automatycznego odrzucenia oferty tego wykonawcy, a dokonanie przez zamawiającego ponownego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i n. Pzp. z 2004 r.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu ozn. nr 3 odwołujący zarzucił zaniechanie wezwania wykonawcy Gamuza do wyjaśnienia podstaw tak ustalonej ceny ofertowej, gdyż według odwołującego jest ceną rażąco niską. Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut podał, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. z 2019 r., Izba uwzględni 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.

W przypadku zadania nr 4, oferta Odwołującego BKW zajęła III miejsce w rankingu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Matpark, zaś oferta wykonawcy Gamuza zajęła II miejsce. Jednocześnie podkreślił, że charakter zarzutów względem wykonawcy Matpark w zakresie zadania nr 4 (które dotyczą jedynie uznania wyjaśnień co do zaoferowanej ceny za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechania udostępnienia pozostałym wykonawcom tych wyjaśnień) nie kreuje podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy w tym zadaniu ani wykluczenia go z postępowania.

Jeśli chodzi zaś o zajmującego II miejsce w rankingu wykonawcę Gamuza, to również nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp z 2019 r. zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W myśl tego przepisu odrzucenie oferty jest warunkowane dwoma rodzajami przesłanek: po pierwsze – nieudzielenie wyjaśnień i po drugie – złożenie wyjaśnień oraz dowodów, których ocena potwierdza rażąco niskie zniżenie ceny lub kosztu. Niemniej, jednak, nie można jednak odrzucić oferty na tej podstawie bez wcześniejszego wszczęcia procedury zmierzającej do ustalenia, czy zaoferowana przez wykonawcę cena lub proponowany przez niego koszt noszą znamiona rażąco niskich.

Tym samym, w żadnym wypadku w wyniku uwzględnienia tego zarzutu odwołania nie może dojść do zmiany wyniku postępowania. Kwestia wezwania wykonawcy Gamuza do wyjaśnień nie ma zatem wpływu na jego wynik, bowiem wykonawca ten, zajmując II miejsce w

rankingu, i tak nie uzyskałby zamówienia, w związku z czym, biorąc pod uwagę brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. z 2019 r., zarzut odwołania nie może zostać uwzględniony.

W odniesieniu do zarzutu piątego odwołania odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy Matpark do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdyż według odwołującego nosi ona znamiona ceny rażąco niskiej Zamawiający wnosząc o uznanie tego zarzutu za bezzasadny podał, że w ramach zadania nr 11, oferta odwołującego zajmuje III miejsce w rankingu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum Elitelas, zaś oferta wykonawcy Matpark zajęła II miejsce. Jeśli chodzi o Konsorcjum Elitelas, zarzuty względem oferty tego wykonawcy w ramach tego zadania są bezzasadne, a nawet w sytuacji, gdyby zostały one uwzględnione, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Elitelas (por. pkt 26 oraz 17-19 powyżej) czy też wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

W przypadku tego zadania, kwestia wezwania Matpark do wyjaśnień w sytuacji, gdy zajął on II miejsce w rankingu, nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy zajmującego pierwsze miejsce, albo wykluczenia go z postępowania; brak też takich podstaw w przypadku Matpark, bowiem nawet jeżeli zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w ramach tego zadania zostałby uwzględniony, nie będzie możliwe odrzucenie oferty tego wykonawcy bez uprzedniego wezwania go do ich złożenia. Tym samym kwestia wezwania nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem wykonawca ten, zajmując II miejsce w rankingu, i tak nie uzyskałby zamówienia. Nadmienić także, że Matpark nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w zadaniu nr 5 i nie miał możliwości przedstawienia stanowiska w tym zakresie i tym samym nie można arbitralnie stwierdzić, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odnosząc się do zarzutów 9 i 10 odwołania zamawiający podał, iż z uwagi na niespełnienie wymogów formalnych, trudno przypisać im miano zarzutów. Tytułem wyjaśnienia, w tym miejscu zauważyć bowiem należy, iż dla żadnego z nich nie została podana odpowiednia podstawa prawna. Nadto, brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego ich zastosowania tak w petitum, jak również w dalszej części przedmiotowego odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło kilku wykonawców.

Wykonawca Zakład-Uslugowo - Handlowy „Kondor” w stanowisko zawartym w przystąpieniu, jak i w złożonym piśmie procesowym oraz stanowisku zaprezentowanym w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie zarzutu kierowanego wobec jego oferty, jako całkowicie niezasadnego. Podał, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia na wskazanym odcinku została wyszacowana przez przystępującego w sposób prawidłowy, natomiast być może to

zamawiający przeszacował tą cenę. Jako okoliczność wskazującą pośrednio na prawidłowość kalkulacji ceny podał, że obecnie zaoferowana przez przystępującego cena jest taka sama, jak cena za wykonanie usług w okresie 2016-2019 roku. Następuje to w sytuacji, gdy obecna długość linii objęta tym zadaniem jest krótsza o ok. 37 km. Podkreślił, że w związku z tym, iż przystępujący wykonywał już to zamówienie, a więc bardzo dobrze zna stan zadrzewienia i może stwierdzić, że występuje ono na poziomie od 20-30% długości linii, a więc cena została dostosowana do faktycznych kosztów jakie należy ponieść przy usuwaniu zadrzewienia. Odnosząc się do twierdzeń odwołującego podaje, że przystępujący nigdzie w wyjaśnieniach nie przyznaje, iż pominął pewne koszty, które są potrzebne do realizacji zamówienia, jak choćby koszty wyłączeń energii na sieci. Zostały one ujęte chociażby w pozycji „inne” gdzie kwota na to została zarezerwowana w wysokości ok. 170 000zł. Ponadto zgodnie z treścią umowy z zamawiającym są możliwości wykonywania robót w trakcie planowych wyłączeń na sieci, za które wykonawca dokonujący usuwania zadrzewień nie płaci, gdyż nie są to wyłączenia na jego wniosek. Wystarczy dobra współpraca z zamawiającym. Przystępujący ma stabilne zatrudnienie pracowników.

Podał, że specyfika wykonywania tego typu prac jest taka, iż nie wymaga ciągłej pracy ludzi i sprzętu przez okres 48 miesięcy w danym miejscu. Zgodnie z umowa niezbędne jest usunięcie zadrzewień i zakrzewień na długości całej linii w skali roku. W związku z tym linia ok. 700 km jest dzielona na 4 kwartały i każdy kwartał czyszczony jest raz w roku, a czas niezbędny do wyczyszczenia jednego kwartału wynosi średnio około 1 miesiąca. Podkreślił, że biorąc pod uwagę, iż poprzednie zamówienie realizował samodzielnie, to w tej chwili nie ma tam drzew o dużej średnicy, które należałoby wycinać, gdyż zostały już usunięte. Reasumując swoje stanowisko podał, że cena oferty została skalkulowana w oparciu o rzetelną wiedzę o terenie, stanu zadrzewienia, a także wielkości kwot odszkodowawczych za wejście na teren działek.

Odnosząc się do treści samych wyjaśnień, podkreślił, że wyjaśnienia te nie są zbyt obszerne na co wpływ miał krótki czas do ich sporządzenia, a także jak wynika z treści wezwania zamawiający nie oczekiwał zbyt rozbudowanych wyjaśnień, gdyż przy tak skonstruowanej treści wezwania złożone wyjaśnienia zasadnie zostały uznane za wystarczające. Podkreślił także, iż wykonawca zrealizował już dla zamawiającego takie samo zamówienie na tej linii, i zostało ono zrealizowane w sposób prawidłowy.

Przystępujący do postępowania Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., którego oferta w zakresie ceny zadania 3 i 11 jest kwestionowana przez odwołującego, podał, że zarzuty wobec jego oferty są bezzasadne. Przystępujący w latach 2016-2019 świadczył usługi utrzymaniowe/serwisowe na rzecz zamawiającego na tym samym odcinku, który objęty jest przedmiotem tego odwołania. Podał, że tak jak i wykonawca KONDOR zna zakres

robót, które są niezbędne do wykonania, wie w jakim stanie zakrzewienia i zadrzewienia jest teren podlegający oczyszczeniu, a także znając koszty zatrudnienia pracowników uznaje, że zaoferowana cena jest prawidłowa. Nadmieniam, że poprzednie zamówienie było realizowane za kwotę 1 512 000 zł i w tej sytuacji obecne oszacowanie wartości tego odcinka przez Zamawiającego na kwotę 3 343 00 zł jest wartością przeszacowaną, a kwota ELITELAS to 2 149 000 zł jest realna w stosunku do cen wykonywanych usług poprzednio podkreślając, że długość odcinka objętego tego zamówieniem jest taka sama jak miała miejsce przy poprzednim zamówieniu.

W zakresie zadania 11 przystępujący podał, że dotychczas nie prowadził robót na tym odcinku, ale teren jest mu znany, gdyż w 2020r. na podstawie umowy z zamawiającym prowadził doraźne wycinki na linii, która objęta jest tym zadaniem. Wskazał, że na wysokość ceny miała wpływ między innymi okoliczność, że zamawiający dysponuje bazą noclegową na terenie Krakowa, a jeden z pracowników mieszka na terenie Krakowa. Tak więc pracownicy byliby zakwaterowani niedaleko miejsca wykonywania tego zamówienia. Dodatkowo podał, że zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę przy czym wszyscy posiadają wynagrodzenie na poziomie najniższego wynagrodzenia, na okoliczność czego przedstawił umowy o pracę z pracownikami. Ponadto podał, że koszty wejścia w teren a więc odszkodowań dla właścicieli gruntu w okresie realizacji poprzedniej umowy oscylowały w okolicach kilkuset złotych i przy tym zamówieniu nie powinny być wyższe.

Kolejnym przystępującym w sprawie jest wykonawca MatPark Sp. z o.o. którego ofercie w zakresie części 11 odwołujący zarzucił niewłaściwe skalkulowanie ceny oferty, a zamawiającemu nie wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnienia przyczyn zaoferowania ceny, która według odwołującego jest ceną rażąco niską.

Przystępujący zaprzeczył takiemu stanowisku i odnosząc się do kwestii braku wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie podał, że MATPARK złożył oferty na więcej niż kwestionowana przez Odwołującego część 11. Co do części 4 i 8 był wezwany do złożenia wyjaśnień. W zakresie części 4 i 8 złożył takie wyjaśnienia z których wynikało, że koszty jednostkowe we wszystkich tych częściach są takie same. Dlatego też brak było podstaw aby w zakresie części 11 wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Ponadto zwrócił uwagę na stanowisko zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1296/21 str. 18, gdzie zostało wykazane, że rozpiętość średnich cen na utrzymanie 1 km odcinka linii w zadaniach na 2021r. waha się w od kwoty 425,71 – 1 467,77 zł. Natomiast cena zaoferowana przez przystępującego za 1 km utrzymania linii wynosiła 1 380 zł, a więc oscylowała w granicach górnej ceny ofert złożonych w postępowaniach na 2021 rok.

Odwołanie wykonawcy Matpark sp. z o.o. – sygn. akt KIO 1296/21

Odwołujący Matpark wniósł odwołanie od:

1. niezgodnego z prawem przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej w części 6, 9, 10 i 13 zamówienia;
2. zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Gamuza sp. z o.o. ("Gamuza") w części 6, 9 i 10 zamówienia;
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy P.P.H.U. GENERIX W. N. ("Generix") w części 13 zamówienia;
4. zaniechania podjęcia czynności odtajnienia i udostępnienia dokumentów niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczących Wykonawcy Gamuza sp. z o.o..

W związku z ww. czynnościami zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz 1843 ze zm.), w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Generix W. N. w części 13 zamówienia pomimo, iż z ww. wykonawca nie wykonał ciążącego na nim na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp obowiązku i nie wykazał, iż jego oferta nie jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny, nie dochował staranności wymaganej od wykonawców w postępowaniu, nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez zamawiającego zakresie, a wyjaśnienia w zakresie, w którym zostały przedstawione potwierdzają że oferty zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Generix, pomimo iż nie wykazał on spełniania warunków w postępowaniu, gdyż przedstawił nieopłaconą polisę oraz ewentualnie, naruszenie art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Generix w tym samym zakresie, gdyby Izba uznała, iż nie ma innych przesłanek do odrzucenia oferty Generix.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 Pzp w związku z art. 8 ust. 3 Pzp, art. 11 ust. 2 uznk, art. 3 ust. 1 uznk; art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w związku z art. 90 ust. 3 Pzp; art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z art. 225 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm.) ("KSH") oraz art. 58 § 1 k.c ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) ("k.c.")- poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gamuza sp. z o.o. w części 6, 9 i 10 zamówienia, która to oferta jest nieważna na podstawie ww. przepisów oraz pomimo, iż z ww. wykonawca nie wykonał ciążącego na nim na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp obowiązku i nie wykazał, iż jego oferta nie jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny w szczególności nie złożył wyjaśnień w całym

zakreślonym przez zamawiającego zakresie, a ponadto w ramach składanych wyjaśnień zastrzegł jako tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty, które w sposób oczywisty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a zastrzeżenie miało wyłącznie w celu ograniczenia konkurencji w postępowaniu oraz:

ewentualnie, gdyby Izba nie przychyliła się do zarzutów dotyczących konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy Gamuza sp. z o.o. wskazuję, iż zamawiający naruszył również art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących umocowania do podpisania oferty Wykonawcy Gamuza sp. z o.o.

4. art. 96 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. 3 Pzp a contrario w związku z art. 11 ust. 3 (Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) "uznk" poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującej wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz fragmentów wyjaśnień nie mających przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień ceny w całości z uwagi na fakt, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia wymagań określonych przepisami prawa.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- 1 unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2 odrzucenia oferty wykonawcy Generix W. N. w części 13 zamówienia oraz wykonawcy Gamuza sp. z o.o. w części 6, 9 i 10 zamówienia;
- 3 przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględniania oferty wykonawcy Generix W. N. w części 13 zamówienia oraz wykonawcy Gamuza sp. z o.o. w części 6, 9 i 10 zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty na wstępie podkreślił, że odwołujący złożył ważną ofertę w Postępowaniu, którą sklasyfikowano na drugim miejscu w częściach 6, 9, 10, 11 oraz 13, tymczasem wyłącznie w części 11 zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert. We wszystkich pozostałych, tj. w częściach 6, 9, 10 oraz oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Na skutek podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, w szczególności nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty:

1. Wykonawcy Gamuza sp. z o.o. w części 6, 9 i 10;
2. Wykonawcy P.P.H.U GENERIX W. N. w części 13 oferta odwołującego nie została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Na wstępie wskazać należy, że odwołujący oświadczył, iż w związku z uwzględnieniem zarzutu nr 4 przez zamawiającego cofa zarzut nr 2 dot. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

Uzasadniając podniesiony zarzut nr 1 dotyczący braku odrzucenia wykonawcy Generix W. N. podał, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy Generix o "udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 p.z.p."

W odpowiedzi wykonawca Generix przedstawił wywód pozbawiony realnych kalkulacji oraz dowodów w tym na ponoszone koszty pracy, sprzętu itp. Innymi słowy wykonawca Generix nie odpowiedział na treść wezwania. Ponadto, ze złożonych wyjaśnień wynika, iż wykonawca P.P.H.U. GENERIX W. N. nie wziął pod uwagę wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

Podniósł, że budowa słupa i szerokość zawieszenia przewodów energetycznych determinuje pas wycinki - szerokość tego pasa na zadaniu 13 wynosi zazwyczaj 18 m. Wykonawca Generix wycenił wycinkę jednokrotną 1 km linii WN na 1024 zł/km. Na tym samym terenie zamawiający ma zamiar udzielić zamówienia również w ramach części 9 (linie SN Tarnów), w którym to zadaniu pas wycinki wynosi do 13 m szerokości. W ramach oferty na zadanie nr 9 Wykonawca Generix wyliczył cenę jednostkową na 1031 zł/km pod liniami średniego napięcia. Czyli o 7 zł drożej wycenił kilometr wycinki pasa o mniejszej szerokości. Szerokość pasa wycinki na zadaniu 9 (linia średniego napięcia) jest niższa o 27% względem zadania 13 (linia wysokiego napięcia). W ocenie odwołującej taka rozbieżność potwierdza, iż wykonawca Generix nie dokonał realnych kalkulacji ceny na potrzeby wyjaśnień. Nie jest możliwym, aby wycinka pasa o szerokości 13 m była droższa od wycinki pasa o szerokości 18 m w sytuacji, gdy obie wycinki są prowadzone na tym samym terenie. W wyliczeniach wykonawca zaniżył także koszt dokonywanych uzgodnień z właścicielami działek. Wykonawca Generix nie wskazał w wyjaśnieniach kosztów amortyzacji, napraw i utrzymania czy chociażby paliwa do ciągnika z mulczerm, mimo że, zgodnie z wyjaśnieniami ceny, ma zamiar wykorzystywać takie urządzenie w celu realizacji zadania nr 13. W ocenie odwołującego koszt pracy jednego mulczera to ponad 50.000 zł rocznie, a więc przynajmniej 200 000 zł przez okres realizacji zamówienia. Wykonawca Generix przyznaje, iż zamawiający do realizacji zamówienia na zadanie 13 wymagał zatrudnienia 7 osób. Zgodnie z deklaracją Wykonawcy Generix będzie on zatrudniał pracowników za 3 000 zł brutto miesiąc czyli za 1 008 000 zł brutto przez cały okres realizacji umowy. Koszty pracodawcy wynoszą w takim przypadku na ubezpieczenie emerytalne 292,80 zł pracownik/miesiąc; ubezpieczenie rentowe 195,00 PLN pracownik/miesiąc; ubezpieczenie wypadkowe 50,10 PLN pracownik/miesiąc; Fundusz Pracy 73,50 PLN pracownik/miesiąc; FGŚP 3,00 PLN pracownik/miesiąc czyli w sumie 206 438,40 zł przez cały okres realizacji zamówienia.

Koszty te nie zostały uwzględnione w wyjaśnieniach ceny. Wykonawca wykazuje koszt rębaka 1000 zł/mc (21 dni) co daje 47,6zł dziennie przy założeniu zużycia 9,51 paliwa. Zakładana kwota nie wystarczy na pokrycie takich kosztów jak dojazd, zakup, naprawy, amortyzacja itd. Rynkowa cena usługi to ok 70 zł netto za godzinę pracy. Zakładając nawet, iż wykonawca Generix płaci tylko połowę tej kwoty wychodzi $35zł \times 8 \text{ godz.} \times 21 \text{ dni} = 5880 \text{ zł/m-c}$ zakładając wykorzystanie rębaka przez 4 m-ce rocznie daje to 94 080 zł zaniżenia kosztów przez wykonawcę Generix. Według odwołującego została także w sposób niewłaściwy wyceniona praca sprzętu, w tym koszt zużycia paliwa. Reasumując argumentację zarzutu w tym zakresie podał, że należy stwierdzić, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie (i) nie złożył wyjaśnień lub (ii) złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przy czym zarówno pierwszą, jak i drugą przesłankę należy rozpatrywać w kontekście art. 90 ust. 2 Pzp. Innymi słowy ciężar dowodu co do braku rażąco niskiej ceny zarówno przed zamawiającym, jak i przed Krajową Izbą Odwoławczą leży na wykonawcy, którego oferta została zbadana w zakresie rażąco niskiej ceny (odpowiednio art. 90 ust. 2 Pzp, art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp). Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Generix odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań zamawiającego, są wadliwe. Podstawę do obalenia domniemania prawnego, iż oferta wykonawcy Generix jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny mogłyby stanowić tylko wyjaśnienia kompletne i odpowiadające na wszystkie wątpliwości zamawiającego. Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy Generix są niekompletne, nie odpowiadają na wszystkie pytania zamawiającego i ostatecznie należy uznać je za potwierdzające istnienie wady rażąco niskiej ceny względem oferty wykonawcy Generix, a więc oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp oraz z art. 90 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, przy czym zdaniem odwołującego chodzi także o częściową bierność wykonawcy, a więc również o nieudzielenie wyjaśnień w pełnym wymaganym zakresie. Skoro wykonawca Generix nie przedstawił dowodów, do przedstawienia których był wzywany oraz kalkulacji dotyczących konkretnych cen ofertowych to należy uznać, iż jego oferta podlega odrzuceniu również w oparciu bezpośrednio o art. 90 ust. 3 Pzp.

Należy również zauważyć zdaniem odwołującego, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego pojęcie "przedmiot zamówienia" należy w tym wypadku rozumieć szeroko i odnosić je do całości zapisów dokumentacji postępowania. W takiej sytuacji nawet wykazanie przez wykonawcę Generix, iż prawdopodobnie osiągnie zysk z

realizacji zamówienia, ale uczyni to niezgodnie z zapisami SIWZ wykonywanie niektórych prac przez działanie niestaranne lub w mniejszym niż przewidziano w SIWZ zakresie, należy ocenić jako potwierdzenie obarczenia oferty wykonawcy Generix wadą rażąco niskiej ceny - zdaniem odwołującego zachodzi przynajmniej taka sytuacja, gdyż wykonawca Generix zakłada niezgodne z SIWZ obniżenie kosztów realizacji zamówienia poprzez wycinkę w mniejszym stopniu niż zakładany oraz czasowe ograniczenie ilości pracowników poniżej wymagań zamawiającego.

Reasumując stwierdził, że oferta wykonawcy Generix jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny, a złożone przez wykonawcę Generix wyjaśnienia nie stanowią odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oraz nie przedstawiono do nich dowodów, których przedstawienia wymagał zamawiający.

Kolejnym zarzutem podniesionym w odwołaniu jest zarzut nr 3 dot. odrzucenia oferty wykonawcy Gamuza sp. z o.o. w części 6, 9 i 10 zamówienia lub ewentualnie zaniechania wezwania go do uzupełnienia dokumentów z powodu niewłaściwej reprezentacji spółki poprzez złożenie pod ofertą tylko jednego podpisu. Wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 17.02.2011 r., sygn. akt IV CZ 117/10 „określony w umowie spółki sposób reprezentacji musi być wyraźny, aby uchylić ustawowy wymóg reprezentacji łącznej. Sprawa reprezentacji ma istotne znaczenie dla bezpieczeństwa obrotu. Postanowienia umowy spółki muszą być w tym względzie jednoznaczne, aby nie wywoływać wątpliwości jaką ma być reprezentacja spółki w konkretnym przypadku, zważywszy, że ewentualne braki w reprezentacji pociągają za sobą daleko idące skutki: nieważność czynności prawnej lub odrzucenie czynności procesowej.”

Zgodnie z treścią KRS Wykonawcy Gamuza DO SKŁADANIA I PODPISYWANIA OŚWIADCZEŃ WOLI W IMIENIU SPÓŁKI UPRAWNIENI SĄ PREZES, WICEPREZES LUB CZŁONEK ZARZĄDU ŁĄCZNIE Z PREZESEM LUB WICEPREZESEM.

Literalna wykładnia tego zapisu wskazuje, iż w przedsiębiorstwie wykonawcy Gamuza obowiązuje reprezentacja łączna, przy czym jedną z osób składających oświadczenie woli musi być prezes lub wiceprezes. Do uznania, iż właściwa w przypadku Wykonawcy Gamuza jest reprezentacja samodzielna przez prezesa lub wiceprezesa brakuje choćby słowa "samodzielnie" w treści cytowanego zapisu. Interpretacja przeciwna, iż do składania oświadczeń woli umocowany jest członek zarządu na stanowisku prezes samodzielnie, członek zarządu na stanowisku prezes samodzielnie, a członek zarządu bez stanowiska wyłącznie z prezesem lub wiceprezesem przeczy logice. W takiej sytuacji do reprezentacji łącznej wymagany byłby udział osoby upoważnionej do samodzielnej reprezentacji spółki, co nie ma żadnego uzasadnienia.

Z ostrożności trzeba zauważyć, iż nawet jeżeli interpretację przeciwną do twierdzeń odwołującej można uznać za literalnie poprawną, czemu odwołujący zaprzecza to z pewnością sytuacja nie jest jasna, niebudząca wątpliwości, tymczasem tylko takie przepisy umowy spółki i w konsekwencji wpis do KRS może obalać względnie obowiązującą normę z przepisu art. 205 § 1 KSH. Oferta Wykonawcy Gamuza została podpisana jednoosobowo przez osobę pełniącą funkcję członka zarządu na stanowisku wiceprezesa i działającą jako członek zarządu, a nie pełnomocnik. W ocenie Odwołującej, w obecnym kształcie oferta podlega odrzuceniu z uwagi na jej nieważności, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Dodatkowo wobec tego wykonawcy odwołujący podniósł zarzut zaofierowania w ofercie ceny rażąco niskiej. Podkreślił, że w dniu 06/03/2021 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Gamuza o "udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaofierowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 Pzp." W odpowiedzi wykonawca Gamuza przedstawił wyjaśnienia pozbawione jakichkolwiek dowodów, a więc nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego w całości. Nadto wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Gamuza odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań zamawiającego, są wadliwe, gdyż nie zawierają dowodów w celu uzasadnienia zaofierowanej ceny, a więc nie można uznać, iż czynią zadość wymaganiu postawionemu przed każdym wykonawcą na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp. Jednocześnie złożenie wyjaśnień niepełnych, niestanowiących pełnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty takiego Wykonawcy zgodnie z normami z art. 90 ust. 3 Pzp. Nadto wykonawca ten zastrzegł całość wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, iż poza uwzględnieniem zarzutu nr 4 dotyczącego zdjęcia tajemnicy przedsiębiorstwa z wyjaśnień wykonawcy Gamuza wnosi o oddalenie pozostałych zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego niewłaściwej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Generix podał, że stanowisko odwołującego co do braku właściwych wyjaśnień jest nieuprawnione. Wbrew wyraźnym twierdzeniom odwołującego, stosowne przepisy ustawy Pzp nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Zamawiający może oprzeć się na samych wyjaśnieniach, jeśli w dostatecznym stopniu uzasadniają one poprawność obliczenia ceny oferty. Podał za wyrokiem KIO z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 263/20, że niewątpliwie zamawiający ma prawo zażądać odpowiednich dowodów, jednak ich niezłożenie nie może skutkować automatycznym uznaniem oferty za podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający zobowiązany jest bowiem w pierwszej kolejności przeanalizować i

ocenić otrzymane wyjaśnienia m.in. pod kątem ich wiarygodności i dopiero w przypadku uznania, że nie odzwierciedlają one rzeczywistego stanu rzeczy, powinien odrzucić ofertę.

W dniu 6 marca 2021 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy GENERIX o udzielenie wyjaśnień w zakresie zadania nr 13. Jak wskazuje w tym miejscu zamawiający, wezwanie to wynikało z faktu, iż cena zaoficerowana przez tego wykonawcę dla tego zadania była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania w zakresie zadania numer 13.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 8 kwietnia 2021 r. wykonawca GENERIX ustosunkował się do treści przedmiotowego wezwania, wskazując w szczególności na następujące okoliczności wpływające na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia: „Co roczny objazd wszystkich linii i klasyfikację przęseł w których wymagana jest wycinka w celu zminimalizowania kosztów zostanie dokonana quadem lub motocyklem terenowym które są w zasobach wykonawcy, a także przy objeździe zostanie wykonana dokumentacja zdjęciowa oraz uzyskanie częściowe zgód okolicznych właścicieli. (...) Wykonawca od wielu lat wykonuje analogiczne prace dla innych podmiotów, posiada duże doświadczenie i znajomość terenu co pozwala mu na optymalizację czasu pracy i obniżenie kosztów do minimum. Nadto wykonawcy znane są czynności i procedury, konieczne do przeprowadzenia czynności administracyjnych, co pozwala nie tylko na skrócenie czasu prowadzonych prac, ale także optymalizację kosztów. Nadto wykonawca prowadził już w przeszłości prace wycinkowe na przedmiotowym terenie, co daje dużą znajomość terenu i umożliwia skrócenie czasu dojazdu. Wykonawca wskazuje także, że posiada własny park maszynowy niezbędny do prowadzenia prac. (...) Nadto, należy zaznaczyć, że prace na liniach wykonywane są w niewielkich odległościach od siedziby firmy, w związku z czym nie zachodzi potrzeba wynajmu, bądź przewożenia sprzętu. Nadto, profesjonalnie przeszkoleni pracownicy, z długim stażem pracy, pozwalają na maksymalne wykorzystanie zasobu maszynowego jakim dysponuje Wykonawca. Wykonawca nie widzi potrzeby zakupu jakiegokolwiek sprzętu do wykonania zadania objętego niniejszym postępowaniem.” (s. 1 i 2 wyjaśnień Wykonawcy GENERIX z dnia 8 kwietnia 2021 r.). Następnie wykonawca przedłożył w treści wyjaśnień szczegółową kalkulację kosztów uzasadniającą powyższe założenia.

Zamawiający uznał przedłożone informacje za wystarczające w celu wyjaśnienia zaproponowanej stawki. Oceniając ich zasadność, Zamawiający zwrócił bowiem w szczególności uwagę na fakt, iż Wykonawcę GENERIX zakwalifikować należy do grupy mikro przedsiębiorców, którzy z uwagi na wielkość prowadzonej działalności obciążeni są mniejszymi kosztami związanymi z jej prowadzeniem. Zamawiający wskazał, iż przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie przedmiotowego zadania, z daleko

idącej ostrożności dokonał porównania wartości ofert złożonych na to zadanie przez pozostałych Wykonawców.

Jak wynika z zestawienia, cena zaoferowana przez Wykonawcę GENERIX w zakresie zadania nr 13 wynosiła 1.944.000,00 zł. Średnia arytmetyczna wszystkich trzech ofert pozostałych Wykonawców wyliczona została zaś na kwotę 2.378.160,00 zł. Tym samym, zauważyć należy, iż wartość oferty zaproponowanej przez Wykonawcę GENERIX dla niniejszego zadania stanowiła ponad 80% średniej arytmetycznej ofert wszystkich pozostałych wykonawców zainteresowanych realizacją niniejszego zadania. W świetle powyższego, również z tego względu argumentację odwołującego w powyższej części uznać należy zatem za chybioną. Zwrócił uwagę także na fakt, że wskazywanie przez odwołującego na niewłaściwe - jego zdaniem skalkulowanie kosztów wykonania niektórych robót nie ma znaczenia, dla uznania ceny ofertowej przystępującego za rażąco niska.

Podniósł także, że brak jest podstaw, aby zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, w zakresie, w jakim podnosi on, iż zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy GENERIX także z tego względu, iż w złożonych wyjaśnieniach, a konkretnie w treści samej kalkulacji wspomniany wykonawca nie wziął pod uwagę wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Tytułem uzasadnienia, zamawiający wskazał, iż argumentacja ta nie została w żaden sposób udowodniona.

Jednocześnie zauważył, że z uwagi na charakter przedmiotu postępowania (wykonanie wycinki - przycinki drzewostanu znajdującego się wokół linii elektroenergetycznych), duże zróżnicowanie wyceny usług stanowi – zgodnie z doświadczeniem zamawiającego – powszechny i występujący niemal w każdym postępowaniu przypadek. Tak duża rozpiętość średnich stawek pomiędzy poszczególnymi zadaniami wynika przede wszystkim z następujących czynników: konkurencyjności lokalnego rynku wykonawców i podwykonawców; stopnia zadrzewienia dla danego zadania; utrudnień terenowych (tereny górzyste, miejskie, pola uprawne itp.), czy też stopnia zurbanizowania obszaru zadania, innych uwarunkowań, takich jak np. znajomości lokalnej społeczności i trudności w uzyskiwaniu zgód na wejście w teren w celu wykonania prac wycinkowych.

W przypadku każdego z zadań dla wycinki serwisowej w sieciach WN i SN porównanie cen dla poszczególnych zadań jest znacząco utrudnione ze względu na specyfikę każdego z nich (różna długość linii w każdym z zadań, różny stopień zadrzewienia, utrudnień terenowych, itp.). Wykonawcy do tej pory realizujący prace na danym terenie posiadają wiedzę np. o właścicielach gruntów, na których będą realizowane prace, a co za tym idzie, są w posiadaniu zasobów, które przyspieszą i ułatwią przygotowanie administracyjne do pracy.

Obszar województwa małopolskiego oraz wschodniej części województwa śląskiego od wielu lat charakteryzuje się wysoką konkurencyjnością w takich postępowaniach, a startujący wykonawcy mają duże doświadczenie i mimo trudnych warunków realizacji zadań (góry, rozdrobnienia działek) chętnie biorą udział w przetargach, co przekłada się na wysokość oferowanych cen.

Uzasadniając stanowisko co do ceny oferty tego wykonawcy podał, że wykonawca GENERIX wyliczył średni roczny koszt utrzymania 1 km bieżącego sieci SN pod względem zadrzewienia na poziomie 948,57 zł. Stosownie do dokonanych obliczeń rozpiętość stawek oferowanych przez wykonawców we wszystkich postępowaniach dotyczących wycinek serwisowych w sieci WN, wahała się zaś w granicach od 695,09 do 1 783,69. Tym samym, stwierdzić zatem należy, iż przedstawiona przez wspomnianego wykonawcę kalkulacja była w tej części akceptowalna. Zauważył, iż wykonawca GENERIX od wielu lat realizuje prace jako samodzielny wykonawca lub podwykonawca na terenie przedmiotowego zadania, wskutek czego posiada wiedzę, znajomość terenu i lokalnych uwarunkowań, co w ocenie zamawiającego pozwala na realne oszacowanie ceny realizacji usług wycinkowych w danym obszarze.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowej reprezentacji wykonawcy Gamuza podał, że zarzut nie zasługuje chociażby na uwzględnienie z powodu braku podania właściwej podstawy prawnej, która w żaden sposób nie odnosi się do meritum podniesionego zarzutu. Izba nie może wywodzić z treści odwołania, jakie zarzuty postawił odwołujący, zarzut powinien być sformułowany w sposób jednoznaczny tak, aby Izba i inni uczestnicy postępowania mogli w sposób jednoznaczny stwierdzić co jest przedmiotem zaskarżenia odwołującego. Wskazał, że odnosząc się do argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania wskazać należy, iż zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 205 § 1 k.s.h.: „Jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.” Stosownie do powyższego, w przypadku tzw. zarządu kolegialnego, pierwszeństwo unormowań w zakresie reprezentacji spółki z o.o. każdorazowo będą miały zatem postanowienia umowy. Dopiero w przypadku ich braku, odpowiednie zastosowanie znajdzie natomiast regulacja ustawowa. Jak wynika z treści uchwały nr 6/2017 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników „Gamuza” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawoi z dnia 7 lipca 2017 roku w sprawie zmiany umowy spółki szczegółowo określili zasady reprezentacji Gamuza sp. z o.o. wskazując, iż zgodnie z nowym brzmieniem ust. 1-2 § 22 umowy „Do składania i podpisywania oświadczeń woli w imieniu Spółki uprawnieni są Prezes, Wiceprezes lub Członek Zarządu łącznie z Prezesem

lub Wiceprezesem.” Tym samym za niezasadne za niezasadne uznać należy twierdzenie, jakoby w chwili podpisania przedmiotowej oferty Wykonawca Gamuza sp. z o.o. była niewłaściwie reprezentowana. Tytułem wyjaśnienia należy bowiem wskazać, iż jak słusznie zauważył to sam odwołujący wspomniana oferta podpisana została przez członka zarządu pełniącego funkcję wiceprezesa zarządu Gamuza sp. z o.o. działającego jednoosobowo. Wspomniany sposób reprezentacji był, jak już wskazał zamawiający, został szczegółowo przewidziany w umowie spółki.

W dalszej części odwołania zawarty został zarzut dotyczący niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Gamuza w zakresie wyjaśnień ceny oferty w zadaniach 6; 9 i 10. Z treści zestawień poszczególnych kwot zaoferowanych przez wykonawców na dane zadanie, żadna z ofert wykonawcy Gamuza nie była niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w poszczególnych zadaniach ofert. Zamawiający podał, że średni roczny koszt utrzymania 1 km bieżącego sieci SN pod względem zadrzewienia w ramach zawartych Umów serwisowych (SLA) wyliczony na podstawie ceny ryczałtowej [zł/km] w 2018 roku wyniósł ok 750 zł/km, zaś rozpiętość cenowa wahała się pomiędzy 645 - 1 400 zł/km (umowy realizowane do 2022 roku). Zatem na podstawie powyższych danych można zaobserwować w obecnie procedowanych postępowaniach wzrost średnich stawek w stosunku do lat ubiegłych. Jednocześnie zwrócił uwagę, iż średni roczny koszt utrzymania 1 km bieżącego sieci SN pod względem zadrzewienia w ramach zawartych Umów serwisowych (SLA) wyliczony na podstawie ceny ryczałtowej wyrażony w zł/km dla zadań kwestionowanych przez odwołującego, w których najkorzystniejszą cenę ryczałtową zaoferował wykonawca Gamuza, wynosił odpowiednio [zł/km]:

- dla zadania nr 6 920,00
- dla zadania nr 9 856,42
- dla zadania nr 10 822,85

Natomiast dla zadań, w których najkorzystniejszą cenę ryczałtową zaoferował Odwołujący średni koszt wynosił odpowiednio [zł/km]:

- dla zadania nr 4 856,48
- dla zadania nr 6 768,52

Podkreślił także, iż wyżej wymienione zadania są zbliżone do siebie w zakresie zadrzewienia oraz utrudnień związanych z realizacją prac. Ponadto, ponownego podkreślenia wymaga fakt, iż w złożonych wyjaśnieniach tak Wykonawca Gamuza, jak i Wykonawca Generix dokonały obszernych oraz szczegółowych kalkulacji i analiz, odnoszących się do wszystkich składników mających wpływ na ostateczną cenę przedstawionych ofert. Reasumując swoje stanowisko w zakresie podnoszonych zarzutów podał, że mając na względzie powyższe

ustalenia można stwierdzić, iż podnosząc poszczególne zarzuty odwołujący nie kierował się merytorycznymi racjami, a jedynie chęcią wyeliminowania konkurencyjnych firm. Tym samym, również z tych przyczyn, nie sposób przychylić się w żadnej mierze do stanowiska odwołującego.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca Gamuza wniósł o oddalenie zarzutów kierowanych wobec jego ofert jako niezasadnych. Podał, że w zakresie kwestii kosztowej dotyczącej wynagradzania pracowników to kwota 18,30 jako kwota kosztu wynagrodzenia pełnomocnika została podana tylko w przystąpieniu i jest ona błędna, gdyż prawidłowa kwota została podana w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i tam wskazano, że kwota ta wynosi godzinowo 20,10 zł. Te kwoty wynikają z podzielenia kwoty kosztów pracowniczych przez ilość osób, które są dedykowane do obsługi tego zamówienia. Odnosząc się do kosztów wskazał, iż przy robotach pionowych na drzewostanie prowadzi prace przy pomocy śmigłowa z przymocowanymi piłami i taka forma prowadzenia pracy powoduje szybszą realizację zamówienia, gdyż śmigłowiec może w ciągu godziny wykonać prace na odcinku 2 km terenów zalesionych. Ponadto dodał, że 1 mln zł został przeznaczony na koszty administracyjne, w które to wchodzi przede wszystkim koszt wyciągów z ewidencji gruntów, gdyż na przedmiotowym odcinku linii mamy 23 600 działek, a koszt jednego wypisuje kosztuje 10,30 zł, a zatem wszystkie wypisy wynoszą ok. 243 000 zł. Ponadto zostały zarezerwowane koszty na odszkodowania dla właścicieli działek, na których będą prowadzone prace oraz na postępowania administracyjne, gdyby właściciele nie pozwolili na usunięcie zalesienia. Stwierdził, że cena oferty została ukształtowana na kwotę 4 264 000 przy wartości oszacowania przez zamawiającego na kwotę 8 453 000 zł. Przystępujący stwierdził, że przy przyjętej technologii prac przy wykorzystaniu śmigłowca za przedmiotową kwotę jest w stanie wykonać zamówienie. Dodał, że kwota oferty odwołującego to 4 882 000 zł czyli ok. 600 000 była wyższa. Na pytanie Izby wskazał, że złożone wyjaśnienia nie zawierały wszystkich powyższych informacji.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca PPHU Generix W. N. . Podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2021 roku odniósł się do zaoferowanej w ofercie ceny wskazując na realność ustalonej ceny na zadanie nr 13 gdyż składał ofertę tylko w tym zakresie. Podał, że Generix jest jednoosobowym podmiotem gospodarczym i w związku z tym koszty prowadzenia firmy są niewielkie.

Podał, że na żądanie zamawiającego przedstawił kalkulację ceny dla zadania nr 13 w złożonej ofercie. Przedstawione wyjaśnienie nie jest lakoniczne, zawiera zestawienie wszystkich składników ceny, takich jak koszty pracownicze, techniczne, koszty transportu oraz koszty pozyskania wymaganych zgód na prowadzenie prac (inne, nieprzewidziane

koszty). Koszty te zostały skalkulowane w sposób ścisły i matematyczny, z uwzględnieniem różnicy, która będzie stanowiła zysk przystępującego wykonawcy. Nadto przystępujący wykonawca wskazał, że w przeszłości prowadził już prace wycinkowe dla zamawiającego na tym obszarze, a zatem posiada niezbędne doświadczenie do maksymalizacji zysków, przy jednoczesnej optymalizacji kosztów. Oświadczył, że łączny koszt pracowniczy to kwota ok. 1.008.000,00 zł brutto, nie wskazał jednak, że kwota ta nie obejmuje pełnych kosztów pracowniczych jakie ponosi wykonawca i że powinny one być stosownie powiększone. Nie oświadczył także, że koszt jednego wynagrodzenia pracownika to kwota 3.000 zł. Powyższe stanowi wyłącznie nadinterpretację odwołującego, do których nie ma on żadnej legitymacji. Podkreślenia wymaga, że jakkolwiek niniejsze zadanie powinno być realizowane w okresie 48 miesięcy, nie oznacza to jednak, że 7 pracowników powinno non stop, w tym samym składzie pracować przez 48 miesięcy nad tym zadaniem. Przeciwno tak rozumianemu „ciągłemu” charakterowi realizacji robót świadczy fakt, że do prac wycinkowych przystępuje się po uzyskaniu niezbędnych zgód, co na początkowym etapie powoduje, że zatrudnieni pracownicy fizyczni (pilarze, arboryści) powinni jedynie pobierać wynagrodzenie za gotowość do świadczenia pracy. Równie absurdalne byłoby przyjęcie, że po wykonaniu etapu robót pracownicy będą oczekiwać w gotowości na przyrost roślin, aby zacząć realizować kolejny etap. Wykonawca ma zapewnić przecież potencjał ludzki i sprzętowy, ale nie ma to polegać na braku możliwości wykorzystywania tego potencjału także poza tym zadaniem. Wobec powyższego, z uwagi, że termin realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy i jednak nie wymaga pracy ciągłej przez 48 miesięcy, a jedynie realizacji przedmiotu zamówienia, niewątpliwie koszt pracowniczy został obliczony przy zachowaniu wszystkich niezbędnych realiów rynkowych i z uwzględnieniem obowiązujących przepisów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz przystępujących na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych na piśmie i w czasie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołania są po części zasadne, gdyż niektóre z podniesionych zarzutów znalazły odzwierciedlenia w ustalonym stanie faktycznym.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w

art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Z uwagi na fakt, że odwołania zostały wniesione 30 kwietnia 2021 r., do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że obaj odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej w wersji elektronicznej przez zamawiającego, treści obu odwołań pism i dowodów przedłożonych przez strony i przystępujących oraz stanowiska zaprezentowane do protokołu rozprawy.

Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przedstawionego w odwołaniach Izba uznała, że w pełni wyczerpuje on zaistniałe w sprawie stany faktyczne i tym samym uznała, że brak jest potrzeby do jego uzupełnienia. Również żaden z uczestników obu postępowań nie wniósł o uzupełnienie stanu faktycznego sprawy będącego przedmiotem orzekania przez Izbę. Izba uznała, że stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołań oraz odpowiedzi na odwołania i jest właściwie bezsporny. Odwołujący, zamawiający i przystępujący różnią się jedynie w jego interpretacji co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich oceny prawnej.

Z całą mocą podkreślić należy, że postępowanie o zamówienie publiczne powinno być prowadzone w sposób przejrzysty, transparentny, a fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

Główną osią sporu w obu odwołaniach jest przede wszystkim kwestia zaoferowania w ofertach wykonawców ceny ofertowej, która w sposób znaczny odbiega od cen szacunkowych zamawiającego oraz średnich arytmetycznych złożonych na dane zadanie ofert. Kwestia ta odnosi się zarówno do twierdzeń odwołujących, iż cena kwestionowanych ofert jest rażąco niska (art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp), złożenia w odpowiedzi na wezwanie

zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które nie potwierdzają że cena została skalkulowana w sposób rynkowy, a zamawiający niezasadnie uznał poprawność złożonych wyjaśnień (art. 90 ust 1; 2 i 3 Pzp) oraz zarzuty, że zamawiający pomimo zaistnienia podstaw prawnych nie wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie podanej w ofercie ceny.

Przed dokonaniem merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów, Izba uznaje za wskazane podanie szeregu okoliczności faktycznych i prawnych z zakresu orzekania co do rażącej ceny ofert, które miały wpływ na ocenę zarzutów z obu odwołań.

Pomimo występowania różnych przykładowych definicji rażąco niskiej ceny Izba stoi na stanowisku, iż za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę oferty, która nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia. Brak jest definicji ustawowej co należy rozumieć pod pojęciem rażąco niskiej ceny, ale brak definicji legalnej nie może być przeszkodą do efektywnego badania oferty. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Przepisy Pzp przewidują, że w sytuacji przewidzianej w art. 90 ust.1 oraz 1a Pzp, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. Z zastrzeżeniem, że wezwanie nie jest konieczne, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wystarczającą podstawą do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień są także same wątpliwości zamawiającego co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny ma doprowadzić do wglądu zamawiającego w źródła i wysokość kosztów realizacji zamówienia. Wezwanie to również pierwszy krok do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie może jednak odrzucić oferty bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Podstawą wezwania mogą być wątpliwości zamawiającego co do istotnych części składowych ceny ofertowej. Możliwość badania istotnych części składowych ceny oznacza, iż nie ma konieczności, by jednocześnie cena całkowita również budziła wątpliwości zamawiającego. W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie I Ca 117/12 w którym sąd uznał, że *„Oczywistym jest jednak, iż, aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów na nią się składających. Nie ulega wątpliwości, iż Izba, ustalając, czy zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony, musi odnieść się treści złożonych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień, a tym samym do*

podanych w nich składników cenotwórczych. Bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesadzając tym samym o jej wysokości”.

Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia. W ramach kognicji Izby mieści się ocena czynności podmiotu zamawiającego w kontekście przywołanych w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej, okoliczności faktycznych i adekwatnych do zaskarżonej czynności przepisów prawa.

Po wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niska, kontroli zamawiającego, a następnie w sytuacji wniesienia odwołania także i KIO podlega nie tyle sama cena oferty, ale w szczególności ocena tej ceny przez pryzmat złożonych wyjaśnień mających wykazać, że ten konkretny wykonawca w sposób prawidłowy skalkulował cenę oferty. Złożone wyjaśnienia to najważniejszy z punktu widzenia wykonawcy element związany z zagadnieniem rażąco niskiej ceny. Ich celem jest przekonanie zamawiającego, że pomimo zaistniałych wątpliwości, wskazane w ofercie ceny/koszty mają charakter rynkowo akceptowalny, a w konsekwencji oferta nie może zostać odrzucona., gdyż za wskazaną kwotę wykonawca jest w stanie zamówienie wykonać.

W tej sytuacji niespornym w doktrynie i orzecznictwie jest stanowisko, że wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. To wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Aby argumentacja wezwanego wykonawcy okazała się przekonująca, należy pokazać zamawiającemu, jak kształtują się koszty realizacji danego zadania i gdzie konkretnie dany wykonawca wygenerować może oszczędności, pozwalające mu zaoferować warunki lepsze niż konkurencja. Twierdzenia wykonawcy powinny zostać poparte dowodami, chociaż brak przedłożenia dowodów nie może być podstawą do uznania iż wyjaśnienia nie zostały złożone, bądź fakt ten jednoznacznie wskazuje na rażąco niską cenę oferty.

Należy także stanowczo podkreślić, że wykonawca powinien od samego początku użyć wszystkich argumentów, którymi dysponuje, a jednocześnie przedstawić dowody, na okoliczność swoich stwierdzeń. Ponieważ najczęściej będzie miał tylko jedną szansę na takie działanie. Więcej niż jednokrotne wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień to

absolutny wyjątek mogący mieć miejsce wtedy, gdy złożone wyjaśnienia poskutkowały nowymi wątpliwościami zamawiającego, odnoszącymi się do treści już zawartych w wyjaśnieniach. Kolejne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia do wykonawców może dotyczyć tylko potrzeby uzyskania bardziej szczegółowych informacji w poszczególnych fragmentach wyjaśnień (wyr. KIO z 15. 01. 2018 r., KIO 2598/17).

Za wyrokiem SO w Warszawie 7 października 2020 Sygn. akt XXIII Ga 1131/20 wskazać należy, że *wezwanie wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny co do reguły jest wezwaniem jednokrotnym. Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest zaś dopuszczalne w sytuacji, w której wykonawca złożył już wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 Pzp jednak w dalszym ciągu pozostają jeszcze jakieś kwestie, wymagające bardziej szczegółowego wyjaśnienia. Wszczęcie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. ustanawia domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Izba zauważa, że częstym zjawiskiem jest przesyłanie zamawiającemu wyjaśnienia po to, aby tylko wypełnić obowiązek wynikający z wezwania. Natomiast dopiero kiedy zamawiający nie uzna przesłanych wyjaśnień za wystarczające lub inny wykonawca zakwestionuje ocenę dokonaną przez zamawiającego wnosząc odwołanie do KIO to wtedy wykonawcy kompletują różnego rodzaju dowody, które przesyłają wraz z odwołaniem do KIO lub składają je bezpośrednio na rozprawie mające wskazywać na rynkowość ceny ofertowej. Jest to działanie błędne, gdyż przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu zamawiającego wyjaśnienia, nie mogą mieć żadnego znaczenia prawnego. Wskazać należy na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 w którym sąd stwierdził, że *składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO.* Za wyrokami KIO o sygn. KIO 2604/10 i KIO 1515/11; należy stwierdzić, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Izba zauważa, że niewątpliwym jest, że złożenie prawidłowych, pełnych i przekonujących wyjaśnień oraz dowodów, mających potwierdzać, że zaoferowana cena nie

jest rażąco niska, jest trudnym zadaniem dla wykonawców. Jednakże wykonawca ubiegający się o zamówienie finansowane ze środków publicznych musi takim wymaganiom sprostać, aby mógł zamówienie otrzymać.

Również Izba stoi na stanowisku, iż fakt, że zamawiający ustalił ryczałtową formę wynagrodzenia wykonawcy, to fakt ten nie zwalnia wykonawców w przypadku wezwania przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty, czy nie jest ceną rażąco niską. Ryczałt nie wymaga jak przy wynagrodzeniu kosztorysowym szczegółowej wyceny każdej jednostki cenowej, ale zobowiązuje wykonawcę do wykazania w sposób bezsporny w jaki sposób określone koszty rodzajowe zostały ustalone – w oparciu o jakie zasady i dowody. Dlatego też Izba na marginesie zauważa, że często dochodzi do odrzucenia ofert wykonawców, których cena obiektywnie nie jest rażąco niska, ale dlatego, że wykonawca nie wykazał zamawiającemu i nie uzasadnił prawidłowości jej kalkulacji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że w tym postępowaniu mamy niezbyt często spotykaną w postępowaniach o udzielenie zamówienia sytuację, iż złożone w odpowiedzi na wezwania wykonawców wyjaśnienia rażąco niskich cen w poszczególnych zadaniach są tak skąpe i ogólnikowe, że tylko z niektórych można wyczytać pewne zarysy w jaki sposób cena była kalkulowana, ale są i takie wyjaśnienia z których po prostu nic nie wynika, a zamawiający uznał je za prawidłowe. Tym samym tak dokonana przez zamawiającego ocena niektórych złożonych wyjaśnień narusza prawo i taka czynność zamawiającego w szeregu przypadkach została negatywnie oceniona przez Izbę, a to skutkowało uwzględnieniem części zarzutów odwołań.

Należy także wziąć pod uwagę istotną dla oceny zasadności podniesionego zarzutu kwestię, że wykonawca podnoszący zarzuty nie może poprzestać tylko na sformułowaniu zarzutu wskazując, że to nie na nim spoczywa ciężar dowodowy, ale winien uprawdopodobnić jego zasadność wskazując dowody i ocenę stanu faktycznego wykazując, że w okolicznościach przynależnych temu wykonawcy wykonanie zamówienia za podaną w ofercie cenę jest obiektywnie nierealne. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 listopada 2018 r. XXIII Ga 423/18 uznał, że *samo przekonanie strony o innej wadze dowodów i ich odmiennej ocenie niż przyjął zamawiający, czy Izba, nie jest wystarczające dla uznania prawidłowości postawienia zarzutu w odwołaniu. Odwrócony w ramach procedury oceny czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską nie zwalnia strony (odwołującego) kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. Odwołujący nie może opierać swojego stanowiska na ogólnych twierdzeniach, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego będzie wynikać, że oferta wykonawcy zawierała rażąco niską cenę a zamawiający błędnie ją ocenił. Nie można także zapominać,*

że istotą rażąco niskiej ceny jest brak realności i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za podana kwotę, a nie wykazywanie – jak to czynią odwołujący, że skoro oferta odwołującego została skalkulowana w podanej kwocie, to każda niższa cena oferty na to zamówienie od ceny podanej przez odwołującego, stanowi ofertę z ceną rażąco niską.

Przechodząc do merytorycznej oceny podniesionych w odwołaniu wykonawcy BKW Usługi Komunalne sp. z o.o. zarzutów Izba uznała, że podniesione zarzuty w zakresie braku odrzucenia ofert wykonawców ZU-H „KONDOR” w zakresie zadania 1 i konsorcjum Elitelas w zakresie zadań 3 i 11 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarówno w zakresie zarzutów wobec tych wykonawców jak i wykonawców którzy nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, podnosił zarzut rażąco niskiej ceny, wyliczanej zarówno do ceny oszacowania danego zadania przez zamawiającego jak i średniej arytmetycznej ofert na dane zadanie. Izba uznała, że proste przekładanie powyższych wyliczeń do ceny oferty danego wykonawcy nie jest wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość braku oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością. Ponadto mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert na dane zadanie nie daje podstaw do założenia a priori, że mamy do czynienia z ceną nierealną.

Kolejnym istotnym elementem mającym wpływ na ocenę realności ceny wykonawcy są wyliczenia podane przez odwołującego z których powinno jednoznacznie wynikać, że zaoferowanie ceny w takiej wysokości przez konkretnego wykonawcę nie pokryje kosztów realizacji zamówienia.

W przedmiotowej sprawie w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów mamy do czynienia z jednej strony z sytuacją, że ceny wszystkich złożonych na wszystkie zadania ofert są znacznie niższe od cen szacunkowych zamawiającego, co wskazuje zdaniem Izby na oszacowanie wartości poszczególnych zadań, w oderwaniu od rynkowych cen dla tego rodzaju usług. Natomiast z drugiej strony odwołujący w argumentacji podniesionych zarzutów posługuje się wyliczeniami w oderwaniu od konkretnych cen funkcjonujących na danym rynku, a argumentem powtarzany w odwołaniu jest, po pierwsze, stwierdzenie, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę, a po drugie, przywoływanie też z innych orzeczeń Izby, które w żadnej mierze nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska.

Analizując zarówno cenę oferty wykonawcy „KONDOR” jak i złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Izba biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego, dotychczasowe doświadczenie tego wykonawcy w wykonywaniu robót na tym zadaniu, uznała że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba uznała nadto, że złożone wyjaśnienia w zakresie przyczyn

skalkulowania ceny w takiej wysokości, mimo iż jest im daleko od przyjętego w orzecznictwie wzorca takich wyjaśnień dają możliwość wywiedzenia, że wykonawca „Kondor” jest w stanie za zaoferowaną kwotę wykonać w sposób prawidłowy zadanie nr 1.

Podkreślić należy, że przystępujący „Kondor” oferuje wykonanie tego zamówienia za kwotę wyższą niż cena za jaką wykonywał poprzednio zamówienie na tym zadaniu, przy długości linii krótszej o 37 km, niż odcinek realizowany w latach 2016 – 2019. Poprzednie zamówienie zostało przez przystępującego wykonane w sposób prawidłowy. Nadto istotnym jest kwestia wskazywana przez przystępującego i zamawiającego, że przystępujący zakładając, że złoży ofertę na przedmiotowe zamówienie w sposób należyty i dokładny usunął zadrzewienia i zakrzewienia pod liniami SN realizując poprzednie zamówienie, co skutkuje po pierwsze wiedzą co stanu terenu, podlegającego oczyszczeniu, jak i wiedzą co ilości nieruchomości na których wejście będzie niezbędne dla usunięcia zakrzywień. Wykazano, że tylko co do niewielkiej liczby działek wejście w teren celem wykonania prac będą wiązały się z wypłatą odszkodowań dla właścicieli gruntów.

Dokonując analizy ceny oferty i złożonych wyjaśnień Izba wzięła pod uwagę, także kwestię ilości czasu potrzebnego na wykonanie niezbędnych prac, tj. faktu iż w czasie trwania przedmiotowej umowy, gruntownemu czyszczeniu terenu z zadrzewień będzie podlegał dany teren raz w roku. Oznacza to, że cały odcinek sieci będzie podzielony na 4 kwartały po około 170 km każdy. Czas wykonania robót na jednym kwartale jak twierdzi przystępujący i potwierdzał to zamawiający wynosi około jednego miesiąca. Tak więc prace główne na linii będą trwały około 4 miesięcy w roku i w tym okresie będą ponoszone najwyższe koszty wykonywania umowy. Poza powyższymi pracami będą także wykonywane bieżące czynności serwisowe w tym także awaryjne usuwania pochylonych, czy powalonych w kierunku sieci drzew w wyniku zdarzeń atmosferycznych. Kolejną kwestią istotną dla ceny wykonania oferty było ustalenie tzw. kosztów administracyjnych związanych z pozyskaniem wyciągów z ewidencji gruntów, celem ustalenia właścicieli działek, kwot odszkodowań za wejście na prywatny teren, a także kosztów włączeń sieci, celem wykonania prac na drzewostanie znajdującym się w pobliżu linii energetycznej. Przystępujący wskazał, że w zakresie pozyskiwania wyciągów z rejestru gruntów, koszty z tego tytułu będą niewielkie, gdyż posiada nadal wiedzę i wykazy z rejestru gruntów (w oparciu o wykonywane poprzednio zamówienie), kto jest właścicielem danej działki. Zmiany właścicielskie gruntów w tak krótkim okresie czasu i na terenach pod liniami energetycznymi są niezbyt liczne. Nadto w zakresie kosztów wylączeń zasilania na sieci trakcyjnej dla wykonania niektórych robót stwierdził, że przy właściwej współpracy z zakładem energetycznym, jest możliwość wykonania szeregu prac bez ponoszenia kosztów wylączenia linii energetycznej. Zauważył, że zakład energetyczny co pewien okres wylacza napięcie na linii celem wykonania prac

serwisowych na sieci. W takiej sytuacji wystarczy zgranie planowych włączeń sieci dokonywanych przez Region Energetyczny z planem wycinki drzewostanu w pasie linii energetycznej. Nadto co podkreślał przystępujący oraz zamawiający, wykonawcy w umowach zawieranych z zamawiającym mają zagwarantowane w pierwszym roku obowiązywania umowy jedno bezpłatne wyłączenie prądu na sieci trakcyjnej celem wykonania pilnych robót w zakresie usunięcia drzewostanu zagrażającego funkcjonowaniu linii. Ponadto w latach następnych realizacji umowy wykonawcy mają także prawo do wystąpienia do operatora sieci o krótkie bezpłatne wyłączenia zasilania sieci, celem wykonania awaryjnej wycinki drzewostanu.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu odwołania oraz złożonych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdził, że analizował te wyjaśnienia mając także na uwadze kwestie znane zamawiającemu z urzędu, a przy ocenie brał pod uwagę także okoliczność, że poprzednie zamówienie dla zamawiającego wykonawca ten wykonał na tym samym zadaniu w sposób prawidłowy i za kwotę niższą niż obecna cena za 1 km linii. Powyższe skutkowało tym, iż zamawiający przyjął, że ten wykonawca mając zarówno doświadczenie techniczne w zakresie wykonywania robót na linii zadania 1, jak i wiedzę w zakresie wysokości kosztów niezbędnych do poniesienia przedstawił kalkulację, która przekonała zamawiającego, że ten wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną kwotę. Izba uznała, że załączony do pisma procesowego kosztorys ofertowy, który w takiej szczegółowej formie nie był załączony do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie może na tym etapie postępowania stanowić dowodu w sprawie, jednakże z jego analizy wynika, iż potwierdza on argumentację tego wykonawcy, a także twierdzenie zamawiającego, że te dane były mu znane z urzędu.

Odnosząc się do kosztów pracy wskazanych w wyjaśnieniach, odwołujący kwestionował koszt jednej roboczogodziny, która podana w wysokości 18,60 zł jest zdaniem odwołującego niższa od stawki minimalnego wynagrodzenia pracowników, a także nie zawiera składników wynagrodzenia obejmujących koszty pracodawcy. W tym zakresie za wyrokiem KIO 1033/21 Izba wskazuje, że posługiwanie się dla wykazania stawki wynagrodzenia pracownika, nie niższej niż minimalne wynagrodzenie pracownika stawką roboczogodziny jest niewłaściwe, gdyż uznać należy, że roboczogodzina (osobogodzina) jest jednostką miary robocizny. Wyraża ona normę ilościową wykonania przez jednego robotnika, w czasie jednej godziny, określonego zakresu robót. Normę tę określa się w odniesieniu do wybranej jednostki obmiarowej danej roboty. Liczba roboczogodzin przypadających na jednostkę obmiarową danego rodzaju robót wyznacza się w kosztorysowaniu różnymi metodami, jak chociażby w oparciu o katalogi normowe takie jak KNR, KSNR, KNNR, KNP i inne. Należy jednoznacznie stwierdzić, że wynagrodzenie pracownika nie jest jednoznaczne

ze stawką roboczogodziny i może zostać sfinansowane z pozostałych, innych pozycji w tym również niezwiązanych z kosztami wynagrodzenia. Istotnym w sprawie jest fakt, czy wykonawca założył w cenie ofertowym wynagradzanie pracowników wg. stawki gwarantującej uzyskanie co najmniej minimalnego wynagrodzenia. Zdaniem Izby uznać należy, że w sprawie brak jest podstaw do przyjęcia, iż przystępujący nie ujął w cenie ofertowej kosztu wynagrodzenia pracowników na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia.

Kolejny zarzut odwołania dotyczący rażąco niskiej ceny oferty został postawiony konsorcjum Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas w zakresie zadań 3 i 11. Izba zarzut odwołania w zakresie ww. zadań Izba uznała za niezasadny, gdyż nie zostało wykazane iż za podane kwoty nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Jak wskazano w analizie okoliczności mających wpływ na orzeczenie Izby, podkreślić należy odwołujący stawiając zarzut nie może opierać swojego stanowiska na ogólnych twierdzeniach, że zaoferowana cena jest nierealna, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy z którego będzie wynikać, że oferta wykonawcy zawierała rażąco niską cenę, a zamawiający błędnie ją ocenił. W zakresie tego zarzutu odwołujący przywołuje cały szereg orzeczeń Izby, które w żadnej mierze nie mogą stanowić materiału dowodowego uprawdopodobniającego zasadność postawionego zarzutu. Nadto odwołujący w swojej argumentacji dokonuje obliczeń kosztów tak jakby były one takie same przez okres 48 miesięcy. Zdaniem Izby niespornym w sprawie tego postępowania o udzielenie zamówienia, jest cykliczność wykonywania pewnych czynności tj. usuwanie stałych zakrzewień i zadrzewień raz w roku na danym obszarze oraz reagowanie na pojawiające się sytuacje awaryjne np. po okresie burz, opadów śniegu, itp. W takiej sytuacji nie jest zasadne przyjmowanie stałych comiesięcznych kosztów wykonywania zamówienia, jak i zakładanie, że w okresach braku pracy przy tym zamówieniu, wykonawca nie może przekierować ludzi i sprzętu do wykonywania zupełnie innych zadań i tym samym nie ponosić pełnych kosztów w zakresie tego zamówienia. Izba stoi na stanowisku, iż nie można poddawać w wątpliwość pewnych faktów takich jak, że gdy dane drzewo czy inne narośla zostaną usunięte lub przycięte, to aby ponownie zagrażały linii musi upłynąć znaczny okres czasu, aby to drzewo ponownie odrosło, lub muszą zaistnieć nadzwyczajne zdarzenia atmosferyczne.

Izba dokonując analizy treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stoi na stanowisku, podobnie jak przy zarzucie dotyczącym wykonawcy Kondor, iż nie są to wyjaśnienia, które można by uznać za szczegółowe. Jednakże analizując treść wyjaśnień w porównaniu ze średnią ceną złożonych na te zadania ofert, to za zamawiającym wskazać należy, że w zadaniu 3 cena oferty Elitelas była wyższa o 8,5% od średniej ceny ofert na to zadanie i stanowiła 97.7 średniej ceny ofert w zadaniu 11. Z powyższych zestawień

liczbowych trudno wywieść, jak oczekuje tego odwołujący, iż cena ofert tego wykonawcy nie jest ceną rynkową. Nadto okolicznością wpływającą na uznanie ceny oferty za niską, ale nie rażąco niską jest okoliczność taka sama jak przy wykonawcy Kondor, otóż przystępujący w latach 2016-2019 świadczył usługi utrzymaniowe/serwisowe na rzecz zamawiającego na tym samym odcinku (zadanie nr 3), który objęty jest przedmiotem tego odwołania. Tak jak i wykonawca KONDOR posiada wiedzę w jakim stanie są zakrzewienia i zadrzewienia terenu pod linią energetyczną i jaki jest teren podlegający utrzymaniu. Za zamawiającym podkreślić należy, że poprzednie zamówienie było realizowane przez przystępującego za kwotę 1 512 000 zł. Natomiast cena za utrzymanie odcinka sieci objętym tym zamówieniem to 2 149 000 zł, a więc jest wyższa o ponad 600 tys. złotych co zdaniem Izby czyni ją ceną rynkową i realną.

Natomiast w zakresie zadania 11 przystępujący podał, że nie prowadził stałych robót na tym odcinku, ale teren jest mu dobrze znany, gdyż w 2020r. na podstawie umowy z zamawiającym prowadził doraźne wycinki na linii, która objęta jest tym zadaniem. Dlatego też zna stan terenu jak również stan właścicielski działek i wie na które działki za wejście będzie konieczność wypłaty odszkodowań właścicielom. Wszystkie te fakty były i są znane zamawiającemu. Dlatego też zamawiający podobnie jak przy wykonawcy Kondor uznał, że nie ma żadnych wątpliwości, iż wykonawca ten dobrze wyliczył koszty oferty i za zaoferowaną cenę wykona prawidłowo zamówienie. Izba uznała, że brak było wystarczających podstaw, aby móc uznać zasadność podniesionych zarzutów wobec tego wykonawcy w zakresie zadania 3 i 11.

Wśród argumentacji zamawiającego znajduje się także wniosek do Izby, że w przypadku niepotwierdzenia prawidłowości złożonych wyjaśnień przez Elitelas, to Izba winna nakazać zamawiającemu dokonanie ponownego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp. Izba stwierdza, że w świetle zarówno przepisów Pzp, jak i utrwalonej linii orzeczniczej w zakresie wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień zamawiającemu brak jest podstaw do wywodzenia przez zamawiających tego rodzaju wniosków. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie, czy zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska jest wezwaniem jednokrotnym i wykonawca powinien od samego początku użyć wszystkich argumentów, którymi dysponuje, a jednocześnie przedstawić dowody uzasadniające zaoferowaną cenę. Tylko na zasadzie wyjątku, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do treści złożonych już wyjaśnień to zamawiający może wezwać tego wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaistniałych wątpliwości. Powyższe wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego.

Kolejne dwa zarzuty dotyczą braku wezwania przez zamawiającego wykonawców Gamuza w zakresie zadania 4 i MatPark w zakresie zadania 11.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykonawcy Gamuza niespornym jest, że zamawiający nie wezwał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana cena w sytuacji, gdy stanowiła ona zaledwie 46,72 wartości szacunkowej zamówienia. Nadto odwołujący podał, że niezrozumiałym jest sytuacja, kiedy zamawiający wzywa innego wykonawcę, którego oferta była niższa zaledwie o 0,07% do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, a nie czyni tego wobec wykonawcy Gamuza.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podniósł, że za najkorzystniejszą w tym zadaniu została uznana oferta wykonawcy Matpark, zaś oferta wykonawcy Gamuza zajęła II miejsce i tym samym brak było podstaw do wezwania tego wykonawcy. Izba nie akceptuje takiego stanowiska, gdyż przed wyborem najkorzystniejszej oferty zamawiający najpierw bada, czy oferta nie podlega odrzuceniu, a więc czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty podane w art. 89 ust. 1 Pzp. Informacyjnie należy także zauważyć, że zamawiający do oceny ofert nie przewidział stosowania procedury odwróconej, a więc powinien zbadać wszystkie oferty pod kątem czy nie podlegają odrzuceniu.

Izba mając na względzie cenę oferty Gamuza uznała, że wezwanie wykonawcy do wskazania i wykazania podstaw, które pozwoliły na skalkulowanie wykonawcy ceny na takim poziomie, jest zasadne.

Podobna sytuacja według oceny Izby występuje w zakresie oferty Matpark na zadanie 11. Jednakże biorąc pod uwagę sytuację, że Izba uznała niezasadność zarzutu wobec oferty wykonawcy Elitelas na to zadanie i tym samym utrzymała w mocy wybór oferty najkorzystniejszej, to ustalenia czy cena oferty byłaby rażąco niską nie będą miały wpływu na wynik postępowania. Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 554 ust.1 pkt 1 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji, kiedy naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania – co nie ma zastosowania do oferty odwołującego, gdyż jego oferta nadal będzie zajmowała drugie miejsce na ustalonej liście rankingowej ofert, a więc nie zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutów ozn. pkt 9 i 10 Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania iż stanowią one dalsze zarzuty odwołującego, lecz są tylko reasumpcją zarzutów już podniesionych.

W zakresie odwołania wykonawcy Matpark sp. z o.o. zostały postawione trzy zarzuty (jeden został wycofany). Pierwszy z zarzutów odnosił się do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Gamuza sp. z o.o. w części 6; 9 i 10 zamówienia W tym zakresie odwołujący podnosił dwa zarzuty – pierwszy dotyczył braku właściwej reprezentacji

wykonawcy przy podpisywaniu oferty (a także przystąpienia) wywodząc, że z treści KRS wynika reprezentacja łączna, a oferta została podpisana jednoosobowo tylko przez v-ce prezesa spółki. Izba po analizie treści KRS oraz wskazywanych przez odwołującego (po części błędnie) przepisów kodeksu spółek handlowych uznała, że brak jest jakichkolwiek podstaw do tego by kwestionować ofertę wykonawcy Gamuza z powodu niewłaściwego jej podpisania. Izba w wyniku oceny treści KRS uznała, że kierując się wykładnią gramatyczną treści działu 2 KRS niewątpliwym jest, że prezes i v-ce prezes spółki są uprawnieni do samodzielnej reprezentacji. Sprawa ta doznaje pewnych wątpliwości tylko w sytuacji, kiedy oświadczenie woli w imieniu spółki podpisał członek zarządu, gdyż wtedy obowiązuje reprezentacja łączna i takie oświadczenie winno być podpisane także przez prezesa lub v-ce prezesa spółki. Kwestie związane z reprezentacją łączną nie wchodzą w zakres oceny Izby, gdyż w zarzucie kwestionowana jest tylko sytuacja podpisania oferty przez samego v-ce prezesa spółki. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że oferta wykonawcy Gamuza została prawidłowo podpisana.

Drugi zarzut wobec wykonawcy Gamuza dotyczył ceny ofertowej na ww. zadania, a w szczególności faktu utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazywał, że cena oferty na przedmiotowe zadania wykonawcy Gamuza jest rażąco niska, gdyż w każdym tych ww. zadań była ceną najniższą i oscylowała około 80% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Zamawiający niewątpliwie zauważył powyższe różnice i wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowane ceny nie są cenami rażąco niskimi i gwarantują możliwość wykonania zamówienia. Niewątpliwym jest zdaniem Izby, że odwołujący nie uprawdopodobnił, iż ceny ofertowe na te zadania zostały wyliczone w sposób nieprawidłowy, ale odwołujący nie miał w tym zakresie możliwości bo wykonawca wszystkie wyjaśnienia objął tajemnicą przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie zamawiający uznał za zasadne. Izba na wstępie oceniania tej kwestii wskazuje na rażąco naruszenie przepisów Pzp przez samego zamawiającego, gdyż zgodnie z treścią przepisu art. 8 ust.3 Pzp za właściwe pod względem formalnym można uznać tylko takie zastrzeżenie, kiedy wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że dane treści stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i równocześnie wykazał (przestawił uzasadnienie), iż te zastrzeżone dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania powodów zastrzeżenia konkretnej informacji podanej w konkretnym dokumencie w indywidualnych okolicznościach sprawy. Tej powinności odwołujący nie sprostał, gdyż jak bezspornie ustalono na rozprawie takie wykazanie zasadności zastrzeżenia treści wyjaśnień w ogóle nie było przez wykonawcę sporządzone i doręczone zamawiającemu. Zamawiający w tym stanie faktycznym, w związku z brakiem wykazania – uzasadnienia, że zastrzeżone treści są tajemnicą przedsiębiorstwa nie miał podstaw z powodów formalnych, aby w ogóle

dokonywać oceny, czy dane treści zwarte w zastrzeżonym dokumencie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i winien był nie uznać dokonanego zastrzeżenia za prawidłowe. Ograniczenie przez ustawodawcę możliwości nieujawniania informacji jedynie do tych, które kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z jednej strony daje możliwość wykonawcom ochrony informacji wrażliwych, z drugiej zaś nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji zastrzeżonych informacji pod kątem ich prawidłowej kwalifikacji do kategorii „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Tym samym zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny okazał się zasadny. Skutkiem takiego uznania winno być nakazanie zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień wykonawcy Gamuza w zakresie rażąco niskiej ceny i tym samym umożliwienie wykonawcom możliwości zapoznania się z treścią wyjaśnień i ewentualnie dalszego kwestionowania wyboru ofert tego wykonawcy w zakresie zadania 6; 9 i 10 w odwołaniu do KIO.

Jednakże biorąc pod uwagę, okoliczność, że przystępujący Gamuza podczas rozprawy poinformował o treści zastrzeżonych wyjaśnień, a więc jak stwierdził zniósł klauzulę tajności, to Izba uznała za zasadne rozstrzygnięcie kwestii, czy zaoferowana na zadania 6; 9 i 10 cena, w świetle złożonych wyjaśnień jest ceną prawidłową- realną rynkowo. W tym miejscu należy kolejny raz wskazać w oparciu o ugruntowaną linię orzeczniczą i sądów i KIO, że Izba bada czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość czynności wobec oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie zarzutów wobec ofert wykonawcy Gamuza wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących części 6; 9 i 10 zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty.

Izba dokonując oceny złożonych wyjaśnień uznała, że złożone wyjaśnienia nie zawierają jakiegokolwiek treści w oparciu o które można by było (skleić) wyliczyć w przybliżeniu cenę oferty. Wyjaśnienia te są tak skąpe i ogólne, że brak jest możliwości wywiedzenia z nich jakie koszty i w oparciu o jaką sytuację rynkową taka cena ofert została wyliczona. Dodać należy, że przystępujący wyliczenia cen opierał rzekomo na zastosowaniu nowatorskiej metody wykonywania usługi, tj. przy robotach pionowych na drzewostanie będzie prowadził prace przy pomocy śmigłowa z przymocowanymi piłami. Taka forma prowadzenia pracy powoduje zdaniem przystępującego szybszą realizację wykonana zamówienia, gdyż śmigłowiec może w ciągu godziny wykonać prace na odcinku prawie 2 km zalesienia. Jednakże Izba zauważa, że przystępujący wspominając w złożonych

wyjaśnieniach o prowadzeniu wycinki przy pomocy helikoptera, po pierwsze, nie uprawdopodobnił tej możliwości chociażby poprzez przedłożenie oferty od podmiotu posiadającego taki specjalistyczny helikopter, a po drugie, nie podał ceny za realizację tego typu prac. Izba zauważa, że wykonywanie zamówienia, przy użyciu tzw. nowatorskiej metody wcale nie oznacza, że ta nowatorska metoda jest tańsza niż wykonywanie tych prac w sposób tradycyjny. Czego przystępujący nie wykazał.

Dokonując analizy treści wyjaśnień wykonawcy Gamuza Izba uznała, że są to wyjaśnienia z których nie jest możliwe wywiedzenie, jakie koszty składają się na cenę oferty. Biorąc pod uwagę fakt, że sam przystępujący na rozprawie zniósł zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa to Izba uznała za zasadne podanie w uzasadnieniu treści wyjaśnień w zakresie ceny oferty z których miało rzekomo jednoznacznie wynikać, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia w zakresie wszystkich trzech zadań są niemalże identyczne, a treść całego wyjaśnienia (przykładowo) w zakresie zadania 9 brzmi, cyt. **„Zadanie nr 9. Zgodnie z SIWZ zadanie powinno być wykonywane przez okres 48 miesięcy, jednak wedle wyliczeń Wykonawcy na realizację przedmiotu zamówienia potrzeba w sumie 36 miesięcy, przy założeniu, że będzie to jedyne zadanie jakim będą się zajmować oddelegowani do tego pracownicy. Zgodnie z SIWZ, wykonawca powinien łącznie dysponować 7 osobami. Łączny koszt pracowniczy wynosi 850.106,88 zł.**

W odniesieniu do kosztów sprzętowych wskazać należy, że koszt pracy rębaka to ok. 300 zł tygodniowo, koszt pracy jednej piły to ok. 50 zł (przy realizacji przedmiotu zamówienia zostanie użyte 5 pił). Wobec powyższego łączny koszt sprzętowy powinien wynosić 85.800,00 zł.

Koszt pozyskania niezbędnych zgód, w tym w szczególności koszty nadania korespondencji, pozyskania niezbędnych wypisów i wrysów, prowadzenia niezbędnych postępowań administracyjnych, a nadto w szczególności koszty związane z wypłatą niezbędnych odszkodowań, Wykonawca wyliczył na poziomie 800.000 zł;

Koszty utylizacji drzew i gałęzi po wycinie Wykonawca wyliczył na poziomie 100.000 zł. Jak wynika z doświadczenia Wykonawcy, duże kawałki drewna, których utylizacja jest najdroższa, są zabierane przez właścicieli nieruchomości. Natomiast drobne gałęzie są mulczowane na miejscu”.

Biorąc pod uwagę powyższą treść wyjaśnień w trakcie rozprawy zamawiającemu zadano pytanie, „jakie wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy Gamuza w zakresie zadań 6; 9 i 10 przekonały zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską?”. Zamawiający odpowiedział, dlatego, że została zaoferowana nowatorska metoda wykonania zamówienia... .

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że przystępujący Gamuza nie wykazał, że zaoferowana cena jest ceną rynkową i taką, która pokryje koszt wykonania tego zamówienia, adekwatnych dla tego wykonawcy. Tym samym Izba nakazała odrzucenie ofert tego wykonawcy na ww. zadania.

Odwołujący postawił także zarzut rażąco niskiej ceny oferty Generix w zakresie zadania 13. Analizując treść udzielonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, a także inne okoliczności sprzyjające temu wykonawcy, jak chociażby fakt, iż siedziba firmy i miejsce zamieszkania pracowników znajduje się na obszarze wykonywania tego zadania, powoduje sytuację możliwości ograniczenia w stosunku do sytuacji innych wykonawców koszty wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Zwrócić należy też uwagę na fakt, że Genrix jest jednoosobowym podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą i jak podał zamawiający od wielu lat świadczy dla zamawiającego, jako wykonawca lub podwykonawca usługi dla zamawiającego. Fakt, iż jest to jednoosobowy podmiot gospodarczy powoduje sytuację braku wielu kosztów administracyjnych, jak to ma miejsce w przypadku spółek. Złożone wyjaśnienia – bez potrzeby ich powielania, bo znajdują się w materiale sprawy, w zakresie zadania 13 zdaniem Izby pozwalają na przyjęcie stanowiska, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Tym samym zarzut odwołania wobec tego wykonawcy został oddalony.

W zakresie kosztów postępowania odwoławczego Izba uznała, że w odwołaniu wykonawcy BKW Usługi Komunalne sp. z o.o. – po umorzeniu 4 zarzutów, do rozpatrzenia pozostało 4 zarzuty z których tylko jeden został uwzględniony. Tym samym odwołujący został obciążony $\frac{3}{4}$ kwoty wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, a zamawiający po $\frac{1}{4}$ ww. kosztów.

Natomiast w zakresie odwołania wykonawcy MatPark sp. z o.o. Izba uznała, że po wycofaniu jednego zarzutu do rozpoznania pozostały formalnie 3 zarzuty. Biorąc jednak pod uwagę wagę, dla sprawy rozstrzyganych zarzutów Izba uznała, że strony po połowie uzyskały dla siebie pozytywny wynik sprawy. Dlatego też zamawiający i odwołujący winni ponieść koszty postępowania po połowie (po $\frac{1}{2}$), co skutkowało stosownym rozdziałem kosztów.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), Izba dokonała rozliczenia kosztów stosownie do wyniku postępowań odwoławczych.

Przewodniczący