

WYROK

z dnia 27 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2015 r. przez **W. B.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Legionowo w Legionowie**

przy udziale wykonawcy **Zakład Zieleni Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Legionowo w Legionowie** – w zakresie Zadania 1 *Wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji* - unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **Zakład Zieleni Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Legionowo w Legionowie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W. B.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Miasta Legionowa w Legionowie** na rzecz **W. B.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 2217/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Legionowo w Legionowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Zadanie 1: *Wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji*; Zadanie 2: *Wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg nieutwardzonych*; Zadanie 3: *Wykonanie oczyszczenia pasów drogowych dróg utwardzonych, chodników, zatok przystankowych, przystanków i parkingów w Legionowie z zalegającego śniegu wraz z jego wywozem oraz zapewnieniem miejsca składowania.*

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 października 2015 roku wykonawca W. B. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie Zadania 1: *Wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji*, polegających na:

- dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Spółki Zakład Zieleni Sp. z o.o. z Warszawy (dalej: przystępujący),
- zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rażąco niski charakter ceny ofertowej,
- zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił:

- naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska; Zamawiający tym samym, wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 P.z.p., jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, mimo że przystępujący nie obalił domniemania, że cena ofert przystępującego jest rażąco niska zgodnie z art. 90 ust. 2 P.z.p.;
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, tj. poprzez zawarcie w wyjaśnieniach ceny z art. 90 ust. 1 P.z.p. nieprawdziwych informacji wskazujących na istnienie po stronie wykonawcy wyjątkowo sprzyjających okoliczności realizacji przedmiotu zamówienia;
- naruszenia art. 7 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego;
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty przystępującego, a w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” w znaczeniu określonym przez ustawę P.z.p. oraz zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 1 października 2015r. przesłanym odwołującemu faksem, odwołujący został zawiadomiony o wyborze przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej we wskazanym postępowaniu - oferty przystępującego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego. Wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ma to szczególne znaczenie, jako że obowiązek wykazania, że cena nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, a nie na zamawiającym (art.. 90 ust. 2 Pzp).

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, zgodnie z którym nie jest wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie

jest ceną rażąco niską (zob. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014r., sygn. akt: KIO 1561/14, 1577/14). Niekwestionowanym pozostaje przy tym pogląd, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust. 3 ustawy P.z.p. (zob. wyrok KIO z dnia 13 października 2014r., sygn. akt: 2031/14).

Ponadto, w ślad za wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2015r., sygn. akt: KIO 547/15, odwołujący wskazał, że: „W orzecznictwie wskazuje się na dopuszczalność więcej niż jednokrotnego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, szczególnie, gdy ma ono postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach. Podkreślenia bowiem wymaga, że żaden przepis ustawy ani przepisy dyrektyw europejskich nie pozwalają na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp ma charakter wyłącznie jednorazowy. Nie chodzi tu przy tym, by żądanie złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej było prowadzone wielokrotnie „do skutku”, aż wykonawca usprawiedliwi w jakiś sposób zaniżenie swojej ceny ofertowej. Zamawiający nie może bowiem, przy bierności wykonawcy, wydobywać od niego informacji, kiedy sam zainteresowany nie wykazuje należytej troski o swój interes i los złożonej oferty. Taki sposób procedowania prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie złożył wyczerpujących wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. W tej sytuacji, skierowanie do niego ponownego wezwania nie może stanowić czynności sanującej jego bierność na etapie składania pierwotnych wyjaśnień, tj. bierność w wyjaśnieniu podstawowych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W ten sposób, w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez przystępującego ma charakter rażąco niski, a co za tym idzie, oferta przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Tak niska cena, jak zaoferowana przez przystępującego, nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi temu wykonawcy na wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wykonanie zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w s.i.w.z. spowoduje natomiast poniesienie strat finansowych przez przystępującego.

W przypadku przystępującego nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu wykonawcy, które mogłyby pozwolić mu na wycenienie przedmiotu zamówienia na tak niskim poziomie. Przystępujący nie dysponuje żadną przewagą konkurencyjną w stosunku do odwołującego.

Przystępujący w dniu 17 września 2015 roku złożył zamawiającemu wyjaśnienia, w których powoływał się na doświadczenie w realizacji podobnych prac na zasadzie wykonawstwa lub podwykonawstwa w okręgu podwarszawskim i zamierza w związku z tym „wykorzystywać stosowane tam materiały i środki transportu, jak również korzystać z pracy osób zatrudnionych przy realizacji innych usług świadczonych w tym czasie”. W związku z założeniem przystępującego, odwołujący podkreślił, iż wykonawca ten nie posiada samodzielnego doświadczenia w zakresie mechanicznego odśnieżania dróg, czego dowodem jest fakt korzystania z obcego potencjału w zakresie doświadczenia (załącznik nr 10 do SIWZ, strona 20 i 21 oferty). Skoro przystępujący nie ma doświadczenia w realizacji podobnych prac, należy postawić zarzut, iż składane wyjaśnienia zawierają nieprawdziwe informacje. Przykładem tego jest oświadczenie wykonawcy, iż „posiada oczywiście już zamortyzowane pojazdy i urządzenia, materiały eksploatacyjne do pojazdów (które zawsze musi mieć na stanie dla bezpieczeństwa, są już więc zakupione i rozliczone księgowo w kosztach stałych firmy), nadto posiada już również materiały wyszczególnione w kalkulacji i niezbędne do wykonania zamówienia, które zakupione były już wcześniej na potrzeby innych zamówień i nie zostały wykorzystane w całości, a księgowo uległy już przy zakupie jednorazowej amortyzacji, zgodnie z prawem podatkowym”.

W ocenie odwołującego, takie oświadczenie wykonawcy jest dowodem na ukrywanie kosztów, bowiem wykonawca nie uwzględnił w swojej kalkulacji, zarówno przy wyjaśnieniach ceny jednostkowej za akcję ciągłą na 1 km jezdni oraz przy wyjaśnieniach ceny jednokrotnego posypywania mieszanką piaskowo-solną 1 km jezdni, amortyzacji sprzętu wykorzystywanego do mechanicznego odśnieżania ulic. Odwołujący zakwestionował posiadanie przez przystępującego zamortyzowanego sprzętu, skoro do tej pory przystępujący nie wykonywał żadnego zlecenia polegającego na mechanicznym odśnieżaniu ulic.

W zakresie zarzutu dotyczącego kalkulacji ceny jednostkowej za akcję ciągłą na 1 km jezdni, odwołujący podniósł, że w sezonie 2014/2015 posiadał umowę z zamawiającym na wykonanie tej samej usługi całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji. Wymogi s.i.w.z. oraz doświadczenie odwołującego potwierdzają, iż akcja ciągła polega na kilkukrotnym wykonaniu odśnieżania tego samego kilometra jezdni w

ramach tej samej akcji, co związane jest z reguły z długotrwałymi opadami śniegu. Kilkukrotny przejazd (2-,3-krotny w ramach jednej akcji) związany jest z kilkukrotnie większym zużyciem środków do usunięcia śliskości zimowej np. soli, mieszanki piaskowo-solnej. Odwołujący zauważył, iż w kalkulacji tej ceny wykonawca w pozycji A.I „koszt piachu, mieszanki piaskowo-solnej za jeden przejazd w trakcie jednej akcji ciągłej na 1 km (w dwóch kierunkach jezdni)” uwzględnił tylko i wyłącznie koszty materiałów przy jednym przejeździe samochodu. Akcja ciągła, zgodnie z wymogami s.i.w.z., związana jest z kilkukrotnym przejazdem pojazdu po tym samym kilometrze jezdni w ramach tej samej akcji, co wiąże się z większym zużyciem materiałów (soli, mieszanki piaskowo-solnej) np. jeżeli w ramach akcji ciągłej trzeba będzie przejechać dwu- lub trzykrotnie 1 kilometr jezdni w obydwu kierunkach to ilość zużytych materiałów również zwiększy się dwu- lub trzykrotnie. Zwiększona ilość materiałów spowoduje odpowiednio większe koszty dla tej pozycji. Przystępujący w swojej kalkulacji uwzględnił koszty materiałów tylko dla jednego przejazdu w ramach akcji ciągłej, nie uwzględniając charakteru prac związanych z realizacją akcji ciągłej. Przy akcji ciągłej pozycja A.I kalkulacji - 82,00 zł powinna być co najmniej podwojona i wynosić przynajmniej 164 zł. Biorąc pod uwagę zysk wykonawcy w wysokości 17,81 zł dla tej ceny należy zauważyć, iż wykonawca nie posiada żadnej rezerwy na zwiększone zużycie środków do zwalczania śliskości w zależności od ilości przejazdów w ramach jednej akcji ciągłej.

Następnie odwołujący zauważył, iż wykonawca w ramach wyjaśnień ceny jednostkowej za akcję ciągłą na 1 km jezdni zaniżył pozycję A.I - „koszt piachu, mieszanki piaskowo-solnej, solanki za jeden przejazd w trakcie jednej akcji ciągłej na 1 km (w dwóch kierunkach jezdni)”. Wykonawca wyliczył pozycję A.I uśredniając cenę piachu, mieszanki piaskowo-solnej i solanki (pozycja 1.1, 1.2 i 1.3 wyjaśnień) otrzymując koszty w wysokości 82,00 zł/km. Wykonawca wyliczył koszty dla każdego materiału na 1 kilometr jezdni i otrzymaną wartość podzielił przez liczbę 3 w następujący sposób: $72,00\text{zł/km} + 30,00\text{ zł/km} + 144\text{ zł/km} / 3 = 82,00\text{ zł/km}$.

W ocenie odwołującego wyliczenie kosztów materiałów jako średniej dla trzech rodzajów materiałów spowodowało znaczne zniżenie tego kosztu. Zgodnie z wymogami SIWZ tylko około 860 mb ulic będzie posypywane piachem, zaś 29 790 mb w standardzie podwyższonym solanką lub solą i 58 235 mb w standardzie zwykłym mieszanką piaskowo-solną.

Odwołujący stwierdził, że takie „uśrednienie kosztów” doprowadziło do znacznego zniżenia tej pozycji kosztowej, gdyż najtańszy materiał (piach, który będzie bardzo rzadko używany) zaniżył koszty środków. W kalkulacji wykonawcy brak rezerwy na realne uwzględnienie wartości środków przeznaczonych do zimowego utrzymania ulic.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu określonego w ad 1 zamawiający poinformował, że w prowadzonym postępowaniu w dniu 14.09.2015 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji ze szczególnym uwzględnieniem ceny za akcję ciągłą na 1 km jezdni oraz ceny za jednokrotne posypywanie mieszanką piaskowo-solną na odcinku 1 km jezdni. Wątpliwości zamawiającego wywołała rozbieżność cenowa oferty przystępującego w stosunku do szacowanej wartości /umówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Średnia arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za przedmiot zamówienia (liczona na podstawie algorytmu do wyłonienia najkorzystniejszej oferty) stanowi kwotę 700.974,27 zł. Zaproponowana przez przystępującego cena w wysokości 468.061,61 zł była niższa o 53% od szacowanej wartości zamówienia oraz o 33% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za przedmiot zamówienia.

Zamawiający wskazał, że przystępujący w odpowiedzi na wezwanie przedłożył w dniu 17.09.2015 r. stosowne wyjaśnienia w przedmiocie sposobu kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, uwzględniając wymagane czynności. Przystępujący przedstawił szczegółowe kalkulacje odnoszące się do czynności ze szczególnym uwzględnieniem pozycji wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu (cena jednostkowa za akcję ciągłą na 1 km jezdni i jednokrotne posypywanie mieszanką piaskowo-solną 1 km jezdni) uwzględniające elementy składowe tych grup. Obie części kalkulacji zawierały podstawowe założenia, stosownie do zapisów SIWZ oraz projektu umowy i przedstawiały zbiorczo wszystkie pozycje kosztowe (stałe i zmienne), zgodnie z zasadą planowania biznesowego. Wyjaśnienia uwzględniały koszty zmienne, takie jak:

- posypywanie piaskiem (i to oczywiście w dwóch kierunkach),
- koszt zużycia paliwa pług-solarki (również w dwóch kierunkach jezdni),
- wynagrodzenie operatora (także w dwóch kierunkach jezdni),
- koszt materiałów,

oraz koszty stałe, a w tym:

- udział w kosztach ogółem,
- koszt utrzymania dyspozytorni i nadzoru,

- koszt eksploatacji pojazdu,
- koszty warsztatu udział w kosztach ogółem,
- koszt dojazdu z siedziby do miejsca świadczenia usługi,

Wysokość poszczególnych kosztów ujęta została w tabeli i wyrażona w kwotach podanych w złotych. Od uzyskanego przychodu netto, po odjęciu kosztów, przystępujący potrącił podatek CIT, co ostatecznie dało zysk na poziomie 9,95% i 3,67%.

Przystępujący wyjaśnił, że poczynione założenia i uwzględnienie wszystkich kosztów, zarówno ponoszonych wyłącznie w celu realizacji niniejszego zamówienia, jak i kosztów stanowiących część kosztów stałych ponoszonych przez przystępującego, świadczą o rzetelności obliczenia rentowności usług.

Odnośnie szczególnych warunków dostępnych przystępującemu wskazano, iż:

- przystępujący od lat wykonując na zasadzie wykonawstwa lub podwykonawstwa podobne usługi w okręgu warszawskim, zamierza wykorzystywać stosowane tam materiały i środki transportu, jak również korzystać z pracy osób zatrudnionych przy realizacji innych usług świadczonych w tym samym czasie; racjonalne wykorzystanie środków nakazuje rozdzielać pracę między różne zadania z pomocą tych samych środków;
- o oszczędności wykonania decyduje przede wszystkim wspomniany wyżej fakt, iż pracownicy zatrudnieni przy wykonywaniu zamówienia, stosownie do potrzeb i zgodnie z zasadami racjonalnego gospodarowania zasobami ludzkimi, będą wykonywać również inne prace; będzie się to działo w czasie, gdy nie będzie istniała potrzeba podejmowania jakichkolwiek czynności dla realizacji niniejszego zamówienia; koszty osobowe w tym wypadku (i zakresie) z pewnością (ujmując rzecz czysto kosztowo) nie będą obciążały budżetu niniejszego zamówienia, tylko wejdą w skład kosztów realizacji innego zamówienia; pracownicy u przystępującego zatrudnieni są bowiem na stałe i przystępujący nie będzie zatrudniał nowych osób wyłącznie dla realizacji niniejszego zamówienia; to sprawi, że koszt się zmniejszy, a więc zwiększy się zysk przystępującego ponad minimalne założenie; dodano, że mimo tego przystępujący nadal uwzględnia koszt całego wynagrodzenia;
- przystępujący posiada bazę niedaleko przy wjeździe na trasę S8, której remont dobiega końca, co pozwoli szybko dotrzeć na miejsce świadczenia usługi i co efektywnie zmniejsza koszty transportu (brak korków);
- przystępujący posiada oczywiście już zamortyzowane pojazdy i urządzenia, materiały eksploatacyjne do pojazdów (które zawsze musi mieć na stanie dla bezpieczeństwa, są już

więc zakupione i rozliczone księgowo w kosztach stałych firmy), nadto posiada już również materiały wyszczególnione w kalkulacji i niezbędne do wykonania zamówienia, które zakupione były już wcześniej na potrzeby innych zamówień i nie zostały wykorzystane w całości, a księgowo uległy już przy zakupie jednorazowej amortyzacji, zgodnie z prawem podatkowym.

W ocenie zamawiającego przedstawione wyjaśnienia nie budziły wątpliwości co do wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę wskazaną przez przystępującego w swojej ofercie. Zamawiający, analizując wyjaśnienia firmy Zakład Zieleni spółka z o. o. porównywał ceny za poszczególne działania podejmowane w ramach akcji odśnieżania i likwidowania śliskości z cenami uzyskiwanymi w ramach innych postępowań na terenie powiatu legionowskiego, oraz u podobnych zamawiających w okręgu warszawskim. Zamawiający porównał ofertę firmy Zakład Zieleni sp. z o. o. z ofertami otrzymanymi w ubiegłym sezonie przez Powiat Legionowski na utrzymanie dróg powiatowych na terenie Legionowa i gmin ościennych (rejon I). Dokonane porównanie pozwoliło na ustalenie, że ceny zaproponowane przez Zakład Zieleni są porównywalne do cen usług na terenie zamawiającego, a w pozycjach wymagających użycia drogich materiałów (sól lub mieszanka piaskowo solna), są wyraźnie wyższe. W ocenie zamawiającego, nie można było zatem na tej podstawie zarzucie ofercie wykonawcy, że zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający stwierdził, iż w ramach analizy porównano także koszty wykazane w przedstawionym wyjaśnieniu firmy Zakład Zieleni sp. z o. o., z dostępnym zamawiającemu wyjaśnieniem i kalkulacją przedstawioną w takim samym postępowaniu w roku poprzednim przez odwołującego. Odnosząc się do zarzutu przedstawionej w kalkulacji zaniżonej uśrednionej ceny środków do zwalczania śliskości zamawiający stwierdził, że rzeczywiście należało cenę wyliczyć jako średnią ważoną. Przy takim wyliczeniu średnia cena powinna wynosić 95,72 zł a nie 82 zł. Nawet jednak po wstawieniu prawidłowo wyliczonej ceny do kalkulacji obniża się jedynie planowany zysk a kalkulacja nadal przedstawia wynik dodatni.

Odnosząc się do zarzutu nieuwzględnienia odpowiednio większej ilości środków do zwalczania śliskości przy zwielokrotnionych przejazdach podczas akcji ciągłej zamawiający stwierdził, iż zgodnie z zapisem s.i.w.z., akcja ciągła ma miejsce w przypadku wystąpienia opadów śniegu, które wywołują śliskość. W skład akcji wchodzi: płuzenie każdorazowo, gdy warstwa śniegu przekracza grubość 2 cm w celu zapewnienia przejezdności dróg, użycie solanki lub zwilżonej soli przy wykazie A, posypanie mieszanką piaskowo-solną przy wykazie B, posypanie piaskiem przy

wykazie C oraz udrożnienie przejść dla pieszych zgodnie z wykazem. Zamawiający wymaga, aby podczas ciągłych opadów nie dopuścić do wystąpienia i zajeżdżenia grubej warstwy śniegu i w tym celu w razie konieczności prowadzone jest dodatkowe płuzenie a nie posypywanie. Użycie środków chemicznych w celu roztopienia grubej warstwy śniegu, bez wcześniejszego skutecznego płuzenia jest niedopuszczalne. Podobnie posypywanie mieszanką piaskowo solną w czasie opadów jest nieskuteczne, gdyż piasek, który powinien zwiększyć szorstkość nawierzchni, zostaje natychmiast przykryty nową warstwą śniegu i traci swoje właściwości. Zamawiający wymagał, aby nawierzchnie jezdni i chodników zostały doprowadzone do stanu opisanego w załączniku G do umowy w określonym czasie od ustania opadów. Aby to osiągnąć, należy po ustaniu opadów użyć przewidzianych w umowie środków do posypywania jezdni. Zgodnie z s.i.w.z., nie ma konieczności wielokrotnego posypywania jezdni podczas prowadzenia akcji ciągłej, zatem trudno wymagać, aby w kalkulacji została zwielokrotniona ilość materiałów do posypywania jezdni. W warunkach umowy przewidziano, że nie wymaga się uzyskania standardu „czarnej jezdni” na większości dróg (załącznik B i C), a jedynie odgarnięcia śniegu przy pomocy pługu i posypania mieszanką piaskowo - solną (załącznik B) lub piaskiem (załącznik C).

Zamawiający stwierdził, iż w kalkulacji przedstawionej przez Zakład Zieleni sp. z o.o. zastosowano wyższe ceny materiałów używanych do posypywania jezdni oraz przyjęto kilkukrotnie większe ich użycie w przeliczeniu na 1 km jezdni. Nie ma zatem obawy, że nawet w razie potrzeby dodatkowego posypania jezdni w ramach akcji ciągłej zostanie zwiększona ilość tych środków, gdyż w praktyce stosuje się mniejsze dawki środków, niż przyjęte w kalkulacji a założone dawkowanie przyjęto z nadmiernym zapasem. Wskazał ponadto, że w kalkulacji akcji ciągłej Zakład Zieleni spółka z o.o. wykazał ujęcie znacznie większych kosztów stałych i zmiennych w przeliczeniu na 1 km. W ocenie zamawiającego, porównując stawki jednostkowe obu firm, przyjęte w kalkulacjach dla poszczególnych czynności w żadnym razie nie można zarzucić firmie Zakład Zieleni sp. z o.o. przyjęcia stawek rażąco niskich. Zamawiający wskazał, że rozbieżności cenowe pomiędzy wykonawcami wynikają z wielkości założonego przez wykonawcę zysku.

Zamawiający stwierdził, że dla sprawdzenia, czy zaoferowana cena za całość zadania jest rażąco niska dokonał dodatkowej weryfikacji poprzez podstawienie do wzoru służącego do oceny ofert w niniejszym postępowaniu, cen jednostkowych, jakie zaoferował odwołujący w takim samym postępowaniu w roku ubiegłym. W wyniku takiego porównania oferta firmy Zakład Zieleni (przystępującego) okazała się być jedynie o 11% tańsza od oferty firmy „BYŚ” (odwołującego), zaoferowanej w roku ubiegłym. Ufając, że wyjaśnienia firmy

„BYŚ”, złożone w postępowaniu w roku ubiegłym zostały sporządzone rzetelnie i zawierają realne dane oparte na jej wieloletnim doświadczeniu zamawiający stwierdził, ceny zaproponowane przez Zakład Zieleni nie są niskie, a w żadnym razie rażąco niskie. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że usługa została w efekcie wykonana w całości przez podwykonawcę, zamawiający stwierdził, że oferta firmy Zakład Zieleni została oparta na racjonalnych stawkach, nie odbiegających od stawek występujących w umowach na terenie zamawiającego, przy uwzględnieniu godziwego zysku oraz zabezpiecza odpowiednio mogącą się pojawić konieczność wykonania dodatkowych czynności w celu wywiązania się z umowy.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego z dnia 30 stycznia 2007 roku (sygn. XIX Ga 3/07), w którym podkreślono, że głównym celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych a nie zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami. Także nie da się czynić zarzutu zamawiającemu, że wybiera ofertę najtańszą, w przypadku, gdy nie daje ona podstaw do uznania jej za rażąco niską.

Zamawiający stwierdził, że nie było podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający poinformował, że w złożonym przez wykonawcę Zakład Zieleni Sp. z o. o., ul. Kozielska 4 lok. 38, 01-163 Warszawa wykazie narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, stanowiącym integralną część oferty przystępujący oświadczył, że posiadane jednostki sprzętowe wymagane przez zamawiającego stanowią zasób własny wykonawcy.

W zaistniałym stanie faktycznym zamawiający nie miał dowodów na potwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji, które miały lub mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. Swoją wiedzę w tym zakresie zamawiający opierał na oświadczeniu wykonawcy (przystępującego). Podkreślił, że także odwołujący w treści złożonego do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania nie próbuje dowodzić złożenia nieprawdziwych informacji z winy umyślnej oraz nie przedstawia potencjalnego wpływu złożenia tych informacji na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy z 12 lipca 2012 r. (sygn. Akt VI Ga 114/12), z którego wynika, że „Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp

zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zgodnie z nakazem wynikającym z treści tego przepisu wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania."

W ocenie zamawiającego niczym nieusprawiedliwione jest postawienie przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 P.z.p., zważywszy, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli traktowani z zachowaniem uczciwej konkurencji. Warunkiem zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców jest bowiem zapewnienie, aby wykonawcy mieli pełną informację na temat zamówienia publicznego i tego zamawiający dopilnował z należytą starannością. Powyższe przepisy realizują także zasadę przejrzystości postępowania. Zamawiający zgodnie ze swoim obowiązkiem jednakowego traktowania wszystkich wykonawców, opisał stawiane wykonawcom warunki, które nie utrudniały uczciwej konkurencji i nie naruszały uzasadnionego interesu poszczególnych wykonawców, faworyzując jednych i dyskryminując innych uczestników postępowania. Zamawiający postawił wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takie same warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że przez odwołującego nie została wykazana przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji, polegająca na działaniu „w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, w tym przypadku odwołującego. Wobec takiego brzmienia przepisu, odwołujący zobowiązany był wykazać - czego nie uczynił - że sprzedaż usługi poniżej kosztów dokonywana jest z zamiarem eliminacji innego przedsiębiorcy, w tym przypadku odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż kalkulacja, jaką złożył, jest pewnym hipotetycznym wyliczeniem przychodów, kosztów oraz zysku, bazującym na określonych założeniach. Jest to rodzaj biznesplanu. Nie jest więc w szczególności możliwe precyzyjne wyliczenie wszystkich kosztów, jakie będą towarzyszyły wykonaniu zamówienia, w szczególności wobec zmian cen, zmian w składzie majątku - urządzeń i materiałów, którymi wykonywa się zamówienie oraz wobec zmian wynikających z uzyskiwania nowych zamówień, co *notabene* miało miejsce, więc automatycznie obniża wydatnie założone koszty ogólne (stałe) wykonania niniejszego zamówienia, bowiem koszty stałe obecnie rozkładają się na więcej zamówień, z których przystępujący jako struktura działająca stale, jest współutrzymywany. Kalkulacja taka, wobec zmiany wartości, na których się opiera, może się więc zmieniać wielokrotnie w toku wykonania zamówienia.

Przystępujący stwierdził, iż kalkulacja przez niego przedstawiona jest bardzo szczegółowa, co się rzadko zdarza w postępowaniach o udzielenie zamówienia, ale co świadczy o jej rzetelności. Pozwala też niestety odwołującemu na stawianie zarzutów wybiórczo co do określonych pozycji, bez uwzględnienia całości wyliczeń, w tym w szczególności tego, że wszystkie pozycje w takich kalkulacjach są ruchome i zaokrąglane. Kalkulacja nie ma pokazywać precyzyjnego zysku i kosztów co do złotówki, bo tego się nie da obliczyć. Kalkulacja ma pokazać, że wykonawca uwzględnia najistotniejsze koszty, a oferta jest należycie przemyślana, nieprzypadkowa i obliczona co do zasadniczych czynników, które wpływają na rentowność usługi.

W załączeniu przystępujący przedstawił nową, precyzyjniejszą kalkulację, która również zakłada zysk na wykonaniu zamówienia. Inny sposób obliczania kosztów i zmodyfikowane założenia dają ten sam wynik końcowy - zysk. Pokazuje to, jak bardzo hipotetyczną jest kalkulacja i dlaczego nie można na niej drobiazgowo polegać, a jedynie ma uzmysłwić, że sposób zarobienia na wykonaniu usługi jest przemyślany oraz że uda się to zrobić z zyskiem. Samo ponowne złożenie kalkulacji, jako wspomagającego wyjaśnienie ceny, jest oczywiście dopuszczalne, co wynika choćby z zacytowanego przez odwołującego uzasadnienia orzeczenia Izby w sprawie (KIO 547/15). Kalkulacja zakłada także nową możliwość, która pojawiła się w międzyczasie, a mianowicie wynajem placu w miejscowości Wieliszew, który nastąpi w razie pozytywnego dla przystępującego zakończenia niniejszego postępowania odwoławczego. Posiadanie bazy blisko miejsca wykonania zamówienia, również wydatnie obniży koszty.

Odnosnie pozostałych zarzutów odwołania, nie odwołujących się do liczb, przystępujący wskazał, iż z uwagi na ich stopień ogólności i niemiarodajność, nie ma potrzeby szerszego ustosunkowywania się do nich. Nie mogą one w takiej postaci podważyć słuszności decyzji zamawiającego.

Przystępujący wskazał, iż cena przez niego zaproponowana jest niska, ale nie sposób mówić, że jest rażąco niska, a więc taka, której założenie wskazuje na nierealność wykonania usługi. Odwołujący tego nie wykazał w żaden sposób. Odwołujący wybiórczo, co do kilkudziesięciu liczb i pozycji z kalkulacji wybrał kilka i je kwestionuje.

Przystępujący wskazał, że nie jest istotne, czy przystępujący dysponuje istotną przewagą konkurencyjną, ale czy dzięki pozycji rynkowej i posiadanych zasobach, rzeczywiście może pewne zadania wykonać należycie, a przy tym taniej i szybciej. Zwrócił uwagę, że posiada doświadczenie w wykonywaniu usług podobnego rodzaju, a w tym:

1) wykonuje, jako podwykonawca, zamówienie na „Prace związane z utrzymaniem czystości, utrzymaniem oraz pielęgnacją zieleni niskiej na ulicach gminnych w dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy na tzw. obszarze ulicznym B , zakres prac obejmuje min. utrzymanie czystości, utrzymanie zimowe ulic w latach 2014 - 2017" na rzecz Wykonawcy firmy Remondis Sp. z o. o,

2) wykonywał, jako podwykonawca, zamówienie na „Prace związane z letnim i zimowym oczyszczaniem, sprzątaniem pasów zieleni oraz utrzymaniem i konserwacją zieleni przyulicznej na ulicach gminnych w Dzielnicy Śródmieście, na tzw. Obszarze ulicznym C, zakres prac obejmował min. letnie i zimowe oczyszczanie ulic, chodników i Strefy Płatnego Parkowania Niestrzeżonego" na rzecz Wykonawcy firmy Remondis Sp. z o.o w okresie 01.04.2011 r. do 30.04.2014 r.,

3) wykonywał, jako podwykonawca zamówienie na "prace związane z utrzymaniem zimowym dróg i chodników na terenie Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy" na rzecz Wykonawcy firmy Remondis Sp. z o.o w okresie od 21.01.2013 r. do 31.12.2013 r.

Przystępujący wskazał, że od wielu lat wykonywał szereg prac nie tylko samodzielnie, ale przede wszystkim jako podwykonawca znanej na warszawskim rynku Remondis Spółki z o.o. Niestety wskutek nieporozumień biznesowych nie mógł uzyskać referencji (poświadczeń) prawidłowego wykonywania wielu usług, co skutkuje brakiem możliwości powoływania się na nie w wielu postępowaniach.

Przystępujący podniósł, że nie można zgodzić się z tezą, iż przystępujący zakłada ukrywanie kosztów, wskazując, iż posiada zamortyzowane środki wykonania zamówienia. Zauważył, że posiadanie środków zamortyzowanych, w szczególności zakupionych na potrzeby realizacji innych zamówień, oznacza, że są to koszty podatkowo i księgowo rozliczone. Zasadniczo nie powinny one zatem obciążać budżetu kolejnych zamówień, bowiem nie kupuje się ich na nowo (nie ma potrzeby - są, więc należy je wykorzystać). Przystępujący założył w kalkulacji te koszty mimo wszystko i wyraźnie zaznaczył, że uwzględnia je, choć mógłby tego nie robić. Dodał też, iż amortyzacja dodatkowo obniża podatek, a więc podwyższa zysk. Przystępujący zaś założył nawet, iż będzie płacił pełny podatek (19%), bez żadnych odliczeń.

Przystępujący wskazał, że złożona wraz z pismem, skorygowana kalkulacja zakłada cenę za mieszankę solno-piaskową i solankę na poziomie, który może zaproponować przystępujący przy akcji ciągłej, która nie kończy się na jednokrotnym przejechaniu. Kwoty opisane przez odwołującego mogą być jedynie twierdzeniem (nawet nie dowodem) na to, że

to on może zaproponować takie ceny, a nie dowodem na to, że nie da się tego wykonać taniej, co akurat niniejszym czyni przystępujący.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący zaoferował cenę w wysokości 468.061,61 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert za przedmiot zamówienia stanowi kwotę 700.974,27 zł. Zaproponowana przez przystępującego cena jest niższa o 53% od szacowanej wartości zamówienia oraz o 33% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający pismem z dnia 14 września 2015 roku wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przyjętej ceny ze szczególnym uwzględnieniem ceny za akcję ciągłą na 1 km jezdni oraz ceny za jednokrotne posypywanie mieszanką piaskowo-solną na odcinku 1 km jezdni.

Zamawiający wskazał, że w przypadku akcji ciągłej zachodzi niejednokrotnie potrzeba dwu a nawet trzykrotnego powtórzenia akcji płuzenia, posypywania piaskiem, mieszanką piaskowo-solną oraz solanką. Ten zapis jest uwzględniony w projekcie umowy na przedmiotowe zadanie.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie przedłożył w dniu 17.09.2015 r. wyjaśnienia w przedmiocie sposobu kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.

Wyjaśnienia uwzględniały koszty zmienne, takie jak:

- posypywanie piaskiem (i to oczywiście w dwóch kierunkach),
- koszt zużycia paliwa pługo-solarki (również w dwóch kierunkach jezdni),
- wynagrodzenie operatora (także w dwóch kierunkach jezdni),
- koszt materiałów,

oraz koszty stałe, a w tym:

- udział w kosztach ogółem,
- koszt utrzymania dyspozytorni i nadzoru,
- koszt eksploatacji pojazdu,
- koszty warsztatu udział w kosztach ogółem,
- koszt dojazdu z siedziby do miejsca świadczenia usługi,

Wysokość poszczególnych kosztów ujęta została w tabeli i wyrażona w kwotach podanych w złotych. Od uzyskanego przychodu netto, po odjęciu kosztów, przystępujący potrącił podatek CIT, co ostatecznie dało zysk na poziomie 9,95% i 3,67%.

Przystępujący wyjaśnił, że poczynione założenia i uwzględnienie wszystkich kosztów, zarówno ponoszonych wyłącznie w celu realizacji niniejszego zamówienia, jak i kosztów stanowiących część kosztów stałych ponoszonych przez przystępującego, świadczą o rzetelności obliczenia rentowności usług.

Odnośnie szczególnych warunków dostępnych przystępującemu wskazano, iż:

- przystępujący od lat wykonując na zasadzie wykonawstwa lub podwykonawstwa podobne usługi w okręgu warszawskim, zamierza wykorzystywać stosowane tam materiały i środki transportu, jak również korzystać z pracy osób zatrudnionych przy realizacji innych usług świadczonych w tym samym czasie; racjonalne wykorzystanie środków nakazuje rozdzielać pracę między różne zadania z pomocą tych samych środków;
- o oszczędności wykonania decyduje przede wszystkim wspomniany wyżej fakt, iż pracownicy zatrudnieni przy wykonywaniu zamówienia, stosownie do potrzeb i zgodnie z zasadami racjonalnego gospodarowania zasobami ludzkimi, będą wykonywać również inne prace; będzie się to działo w czasie, gdy nie będzie istniała potrzeba podejmowania jakichkolwiek czynności dla realizacji niniejszego zamówienia; koszty osobowe w tym wypadku (i zakresie) z pewnością (ujmując rzecz czysto kosztowo) nie będą obciążały budżetu niniejszego zamówienia, tylko wejdą w skład kosztów realizacji innego zamówienia; pracownicy u przystępującego zatrudnieni są bowiem na stałe i przystępujący nie będzie zatrudniał nowych osób wyłącznie dla realizacji niniejszego zamówienia; to sprawi, że koszt się zmniejszy, a więc zwiększy się zysk przystępującego ponad minimalne założenie; dodano, że mimo tego przystępujący nadal uwzględnia koszt całego wynagrodzenia;
- przystępujący posiada bazę niedaleko przy wjeździe na trasę S8, której remont dobiega końca, co pozwoli szybko dotrzeć na miejsce świadczenia usługi i co efektywnie zmniejsza koszty transportu (brak korków);
- przystępujący posiada oczywiście już zamortyzowane pojazdy i urządzenia, materiały eksploatacyjne do pojazdów (które zawsze musi mieć na stanie dla bezpieczeństwa, są już więc zakupione i rozliczone księgowo w kosztach stałych firmy), nadto posiada już również materiały wyszczególnione w kalkulacji i niezbędne do wykonania zamówienia, które zakupione były już wcześniej na potrzeby innych zamówień i nie zostały wykorzystane w całości, a księgowo uległy już przy zakupie jednorazowej amortyzacji, zgodnie z prawem podatkowym.

Do wyjaśnień przystępujący dołączył kalkulację cen jednostkowych za akcję ciągłą oraz za jednokrotne posypywanie mieszanką piaskowo-solną 1 km jezdni.

Pismem z dnia 1 października 2015 roku zamawiający poinformował o wyborze, jak najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje.

Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanej sprawie zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zaoferowana przez przystępującego cena jest niższa o 53%

od szacowanej wartości zamówienia oraz o 33% niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. winny charakteryzować się dużym stopniem szczegółowości i być oparte na realnych, weryfikowalnych wartościach i okolicznościach. Nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami.

Przystępujący do składanych przez siebie wyjaśnień nie dołączył żadnych dowodów, co praktycznie uniemożliwia ich weryfikację. Przystępujący wskazał na szereg okoliczności (takich jak posiadanie bazy przy wjeździe na trasę S8, posiadanie zamortyzowanych pojazdów i urządzeń), jednak wyjaśnienia w tym względzie są gołosłowne, przez co nie dają podstaw do uznania ich za prawdziwe.

Do złożonych przez przystępującego wyjaśnień odwołujący w odwołaniu podniósł szereg zarzutów dotyczących m.in. wykazanego doświadczenia, kalkulacji ceny za akcję ciągłą na 1 km jezdni, metody wyliczenia ceny za środki do posypywania jezdni itp. Przystępujący powinien zatem w postępowaniu odwoławczym podjąć próbę wykazania, iż informacje zawarte w złożonych przez niego wyjaśnieniach są słuszne i uzasadnione.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W myśl art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p., ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Z treści art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p. wynika zatem, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, wykonawca, który złożył ofertę, wobec której podniesiono zarzut

zaoferowania rażąco niskiej ceny, winien wykazać, za pomocą środków dowodowych, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał.

Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Tymczasem przystępujący zarówno w złożonym piśmie procesowym, jak i w wyjaśnieniach składanych na rozprawie, nie tylko nie wykazał zasadności złożonych wyjaśnień, ale wręcz sam je zanegował. Jak wynika z treści złożonego pisma, kalkulacja, którą przystępujący złożył pierwotnie, była jedynie hipotetyczna i stanowiła rodzaj biznesplanu. Przystępujący wraz z pismem złożył kolejną kalkulację, w której przyjął inne wartości mające uzasadniać zaoferowaną cenę.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W ocenie Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Uznając, że przystępujący nie udowodnił, iż jego cena nie jest rażąco zaniżona, Izba stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego na podstawie wskazanego wyżej przepisu.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, tj. poprzez zawarcie w wyjaśnieniach ceny z art. 90 ust. 1 P.z.p. nieprawdziwych informacji wskazujących na istnienie po stronie wykonawcy wyjątkowo sprzyjających okoliczności realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na niefortunne skonstruowanie zarzutu, z którego wynika naruszenie wskazanego przepisu poprzez złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla, że zarzutami winny być objęte czynności zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy. Zarzuty nie obejmują zaś czynności podejmowanych w postępowaniu przez wykonawców. Prawidłowo podniesiony zarzut winien wskazywać na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje, mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do natomiast do uzasadnienia podniesionego zarzutu, Izba wskazuje, że informacje, które w ocenie odwołującego miałyby być nieprawdziwe, dotyczą wyjaśnień złożonych przez przystępującego w wyniku wezwania go przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Jak już wyżej wskazano, informacje te nie zostały przez przystępującego udowodnione, co nie jest równoznaczne z uznaniem ich za nieprawdziwe. Podkreślenia wymaga, że w tym zakresie ciężar wykazania, iż podane informacje są nieprawdziwe, spoczywał na odwołującym, który jednakże żadnych dowodów na poparcie swych argumentów nie wskazał. Z faktu powołania się przez przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego nie należy formułować ogólnej tezy, iż przystępujący nie posiada żadnego doświadczenia w realizacji podobnych prac.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....