

Sygn. akt: KIO 1624/16

**WYROK**

**z dnia 15 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2016 r. przez **P.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.L. MIXON,**

w postępowaniu prowadzonym przez **15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie,** przy udziale:

- 1) **Ekoton Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie,**
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących części 2 zamówienia i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie ww. części i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;
3. Kosztami postępowania obciążyć **15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługi sprzątnięcia pomieszczeń wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w Jednostkach, Instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności 15 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Szczecinie.*

W dniu 2 września 2016 r. wykonawca P.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.L. MIXON wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w zakresie części II i części IV przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do części II zamówienia Odwołujący wskazał, że w dniu 24 sierpnia 2016 r. został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze oferty EKOTON Sp. z o.o. oraz najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Kwestionując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołujący wskazał, że w dniu 5 lipca 2016 r. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w związku z tym, że Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ za wskazaną w ofercie cenę, ponieważ jest ona niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Pismem z 11 lipca 2016 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, podając w nim wszystkie istotne elementy cenotwórcze mające wpływ na końcową wartość oferty oraz przedstawiając stosowne wyliczenia.

Ustosunkowując się do uzasadnienia do odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że zastosowane stawki płacy minimalnej brutto na poziomie 1850,00 zł jest zgodne z obowiązującymi przepisami, na które powołał się Zamawiający w pkt. 12.7 ppkt a SIWZ, a który mówi, że: *w celu ustalenia wynagrodzenia za pracę czynnika ludzkiego ma zastosowanie 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).* Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zarzucił mu błędne założenia co do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę twierdząc, że umowa będzie realizowana w większości w 2017 r., kiedy to stawka minimalna wynagrodzenia za pracę ma

być większa. Odwołujący podniósł, że zdaje sobie sprawę z tego, że w 2017 r. nastąpi wzrost płacy minimalnej, jednak na dzień składania ofert nie wiadomo, o ile wzrośnie płaca minimalna i, co najważniejsze, od kiedy ma ona obowiązywać. Odwołujący w swoich obliczeniach przedstawionych w piśmie z 11 lipca 2016 r. był zobowiązany do zastosowania minimalnej stawki wynagrodzenia obowiązującej w dniu składania oferty. Ponadto nie musiał brać pod uwagę tych nieznanych mu założeń, ponieważ Zamawiający we wzorze umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) w § 17 ust. 2 pkt 5 sam dopuszcza możliwość zastosowania w stosunku do treści oferty zmian w przypadku zmiany w przepisach ustawowych i aktach wykonawczych albo wewnętrznych regulacji MON związanych z przedmiotem zamówienia, które nastąpiły po dniu zawarcia umowy. Z powyższego wynika, że Odwołujący w trakcie realizacji umowy może skorzystać z instytucji zmiany zapisów umowy w kwestii zmian ustawowych, a do takich należy zmiana minimalnej stawki wynagrodzenia.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że przedstawiona na otwarciu ofert kwotę jaką, Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości oszacowanej na poziomie 779.224,49 zł w stosunku co do wartości oferty Odwołującego nie wskazuje na zaistnienie przesłanek wynikających z powyższego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na zapytania Wykonawców z 13 maja 2016 r. Zamawiający wskazał, że w pracach nad szacunkiem zamówienia kierował się zapisami art. 32-34 ustawy Pzp i ustalił je z należytą starannością. Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach przedstawił on wystarczająco koszty oraz zyski przewidziane do realizacji przedmiotowego zamówienia, a cena oferty Odwołującego (781.162,06 zł) przewyższa szacunek Zamawiającego. Biorąc pod uwagę oświadczenie Zamawiającego o wykonanym szacunku z należytą starannością kuriozalnym jest przyjęcie, że oferta Odwołującego złożona w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na ofertę z rażąco niską ceną.

Odwołujący zakwestionował również wskazaną przez Zamawiającego okoliczność, jakoby w wyjaśnieniach nie wskazał, że zamierza skorzystać z dodatkowego sprzętu. Odwołujący wyraźnie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w piśmie z dnia zaznaczył: *Wykonawca do realizacji zadania skieruje sprzęt techniczny zgodny z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w-SIWZ w pkt 5, ppkt. 5.1 lit. c). Ponadto Wykonawca skieruje do realizacji zadania dodatkowy sprzęt techniczny kierując się własnym doświadczeniem, specyfika terenu oraz warunkami atmosferycznymi mogącymi wystąpić na tym terenie.* Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów, jakie poniesie ze względu na pracę sprzętu. Dla uproszczenia podał koszt pracy jednostki sprzętu (wydajność m<sup>2</sup>/h), inny dla koszenia trawników, inny dla koszenia terenów zielonych inny dla zamywania terenów zewnętrznych utwardzonych i inny dla odśnieżania powierzchni utwardzonych. Odwołujący podał

maksymalne obciążenie (motogodziny Mh) dla jednostki sprzętu. Oczywistym jest, że w razie konieczności Odwołujący użyje np. dwóch pługów odśnieżnych (nawałnice, ciągłe opady śniegu, itd.), ale to nie ma żadnego znaczenia dla wyliczenia wartości pracy sprzętu, gdyż Odwołujący podał maksymalny koszt, jaki poniesie używając sprzętu na całej powierzchni np. odśnieżania, czyli 135.868,0 m<sup>2</sup>, przy pełnym obciążeniu, przy ciągłych opadach, bez względu na to, czy tą powierzchnię odśnieża 1, 2 czy 3 pługi odśnieżne.

Odwołujący zakwestionował również, że podana w wyjaśnieniach okoliczność posiadania w Szczecinie, czyli bliskiej odległości od miejsca wykonywania zadania nr II, bazy materiałowo-sprzętowej, zaplecza warsztatowo-serwisowego, nie stanowi sprzyjających warunków realizacji umowy. Według Odwołującego posiadanie serwisu sprzętowego na miejscu realizacji przedmiotu zamówienia, podczas gdy do jego realizacji Odwołujący zgodnie z wyjaśnieniami skieruje sprzęt mechaniczny, ma wręcz decydujące znaczenie. To, że inni wykonawcy również posiadają takie możliwości w żadnym stopniu nie może umniejszać znaczenia tej okoliczności jako zmniejszającej koszty wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty zarzucił mu, że deklarowane przez niego "usprzętowanie" trudno uznać za wiarygodne, ponieważ wykorzystanie sprzętu mechanicznego zostało określone w opisie przedmiotu zamówienia dla utrzymania czystości terenów zewnętrznych utwardzonych i każdy z wykonawców składających ofertę powinien był uwzględnić jego użycie. Odwołujący wskazał, że zgodnie w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający podał: *codzienne ręczne lub mechaniczne zmiatanie chodników, dróg i powierzchni utwardzonych wykazanych w załączniku do SIWZ nr2a- „Zestawienie powierzchni utwardzonych do utrzymania porządku*. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że dla utrzymania czystości terenów zewnętrznych utwardzonych Zamawiający dopuszcza możliwość użycia sprzętu mechanicznego, co nie jest tożsame z wymogiem użycia tego sprzętu. Odwołujący wyraźnie zaznaczył, że użycie w głównej mierze sprzętu mechanicznego, tzw. "usprzętowanie", znacznie zmniejszy koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający zarzucił mu, iż specyfikacja techniczna wymaga, aby koszenie odbywało się za pomocą ręcznej kosiarki koszonej i w związku z tym nie można uznać, że oszczędność z tego tytułu ma jakikolwiek wpływ na obniżenie ceny, gdyż te same zasady obowiązywały wszystkich wykonawców. Odwołujący wskazał, że w opisie technicznym Zamawiający podał: *koszenie trawników przy użyciu ręcznej kosiarki nożowej z koszem. Użycie podkaszarek (elektrycznych, spalinowych) dopuszczalne jest tylko w miejscach trudno dostępnych dla ręcznej kosiarki rotacyjnej z koszem*. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odniósł się tylko do realizacji prac związanych z koszeniem trawników, a przedstawiony opis techniczny oznacza, że koszenie trawników

rzeczywiście można wykonać tylko przy użyciu ręcznej kosiarki nożowej z koszem, jednak powierzchnia trawników wynosi tylko 11.889,00 m<sup>2</sup> i w przypadku tak małej powierzchni rzeczywiście nie może być mowy o zastosowaniu jakichkolwiek oszczędności. Natomiast pozostały teren, który stanowi o wartości prac wymagający koszenia, to tereny zielone, których powierzchnia wynosi 424.061,00 m<sup>2</sup>. Odwołujący w wyjaśnieniach wyraźnie rozgraniczył realizację usługi koszenia na koszenie trawników i koszenie terenów zielonych.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzucił mu, że nie przedstawił w wyjaśnieniach kosztów związanych z transportem personelu, transportem sprzętu, kosztów odzieży bhp, kosztów dostawy towarów, kosztów amortyzacji sprzętu. Odwołujący podniósł, że brak wykazania w wyjaśnieniu kosztów wskazanych przez Zamawiającego wskazuje na to, że są to koszty bardzo niskie w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, mające bardzo niewielki wpływ na wartość oferty. Przeważająca wartość kosztów to koszty zatrudnienia, koszt pracy maszyn i koszt środków chemicznych i higienicznych. Pozostałe koszty wymienione przez Zamawiającego są tylko niewielkim elementem składowym o pomijalnym znaczeniu dla wartości zamówienia.

Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego okoliczności, że do wyjaśnień nie zostały złożone żadne dodatkowe dokumenty uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, Odwołujący podniósł, że nie ma obowiązku, by każde wyjaśnienia zawierały dowody, takie jak dokumenty urzędowe, kopie umów, faktur czy oświadczenia. Nie ma konieczności składania dowodów zwłaszcza tam, gdzie wykonawca polega na cenach rynkowych dostępnych dla wielu podmiotów, jak np. cena paliwa, jak również w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę przyjętego do obliczeń. Nie ma konieczności, a zazwyczaj także możliwości składania dowodów na okoliczności związane z czynnikami kalkulacyjnymi, takimi jak czas wykonywania poszczególnych czynności w ramach zamówienia. Odwołujący wyjaśnił przyjęte założenia i bardzo szczegółowo przedstawił niezbędne obliczenia.

W zakresie wskazanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty okoliczności, że Odwołujący przyjął taką samą wydajność dla wszystkich etatów, zarówno osób pełnosprawnych, jak również osób niepełnosprawnych Odwołujący podniósł, że argumentacja Zamawiającego jest dyskryminacją osób niepełnosprawnych. Wskazał, że prawa osób niepełnosprawnych gwarantowane są w Konstytucji RP, która stanowi, że nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Ponadto Odwołujący podniósł, że są różne przyczyny niepełnosprawności, w żaden sposób niekolidujące z wykonywaną pracą oraz niewykluczające osób niepełnosprawnych z rynku pracy na konkretnych stanowiskach, np. osoba niedosłysząca może prowadzić ciągnik czy obsługiwać maszyny, pracownik z zaburzeniami mowy, chorobą układu pokarmowego lub

posiadający schorzenia endokrynologiczne nie jest pracownikiem mniej wydajnym niż pracownik pełnosprawny.

Reasumując Odwołujący wskazał, że Zamawiający wybrał ofertę firmy EKOTON Sp. z o.o. z ceną 791.142,69 zł, a porównanie tej oferty z ofertą Odwołującego oraz z wartością szacunkową zamówienia, brak jest podstaw do stwierdzenia, że złożona oferta Odwołującego nosi znamiona oferty z rażąco niską ceną.

W odniesieniu do części IV zamówienia Odwołujący wskazał, że w dniu 27 lipca 2016 r. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, która jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do jego oferty nie miał zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że w dniu 7 lipca 2016 r. otrzymał od Zamawiającego informację o wartości szacunkowej zamówienia, jak również zestawienie wartości złożonych ofert przez pozostałych uczestników postępowania. Z porównania ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia oraz do średniej arytmetycznej złożonych ofert w części IV nie wynika, że oferta złożona przez Odwołującego jest niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Pomimo braku podstaw do wezwania do wyjaśnień Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia kosztów uzyskania zamówienia, z przyjętym zyskiem na poziomie 15%. Wobec powyższego brak było podstaw do uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i do jej odrzucenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia Odwołującego w zakresie części II i IV, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II i IV oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej ofert w tych częściach zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy Ekoton Sp. z o.o. oraz Clean Partner Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

W punkcie XII.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca powinien uwzględnić wszystkie koszty związane ze świadczeniem usług w tym:

- koszt zakupu środków i materiałów do utrzymania czystości,

- koszt bieżącego uzupełniania papieru toaletowego, mydła, ręczników, odświeżaczy powietrza w toaletach, itp.
- koszt zakupu (wynajmu) narzędzi i urządzeń technicznych służących realizacji usług,
- koszt sprzętania różnych rodzajów powierzchni,
- koszt dojazdów do miejsc realizacji usług,
- koszt wywozu śniegu, zebranych liści, skoszonej trawy, suszu, oraz innych odpadów powstających w związku z wykonywaniem usługi wraz z wynajmem pojemników na odpady,
- koszt zakupu piasku do posypywania oblodzonych dróg i chodników,
- koszty osobowe i administracyjne (zatrudnienie personelu, prowadzenie dokumentacji, itp.),
- koszt ubezpieczeń, wzrostu płacy minimalnej, opodatkowania umów, itd.

oraz inne niewyszczególnione wyżej koszty, które przewiduje ponieść Wykonawca w związku z realizacją zamówienia, jak również wszelkie inne składniki cenotwórcze, wynikające z zakresu zlecenia oraz obowiązujących przepisów prawa, w tym prawa lokalnego. Wykonawca powinien również uwzględnić ewentualne ryzyko, związane nieprzewidywanymi okolicznościami przy realizacji zamówienia, które mogą i powinny być brane pod uwagę przez profesjonalistę realizującego zamówienie.

Zgodnie z §17 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ), zmiany do umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, mogą zostać wprowadzone w przypadku wystąpienia poniższych sytuacji:

- 1) zmiany limitu finansowego w danym roku budżetowym,
- 2) zmiany powierzchni zleconej do usługi tj. jej zmniejszenie.
- 3) zmiany wartości wynagrodzenia w przypadku zmniejszenia przez Zamawiającego zakresu zleconej usługi.
- 4) urzędowej zmiany wysokości podatku VAT.
- 5) zmiany w przepisach ustawowych i aktach wykonawczych albo wewnętrznych regulacji MON związanych z przedmiotem zamówienia, które nastąpiły po dniu zawarcia umowy.

Zamawiający, odpowiadając w dniu 13 maja 2016 r. na pytania wykonawcy o możliwość waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji zmiany stawki minimalnej za roboczogodzinę od umów cywilnoprawnych, udzielił następującej odpowiedzi: *Obecnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych zobowiązuje strony do waloryzacji kontraktów publicznych w przypadku zmiany poziomu minimalnego wynagrodzenia, sposobu lub wysokości ubezpieczeń społecznych lub stawki podatku VAT w przypadku kontraktów zawartych na okres dłuższy niż 12 m-cy (art. 142 ust 5 upzp). W ocenie Zamawiającego zapis ten (w obecnej formie) jednak nie może być zastosowany do planowanego*



wprowadzenia 12 zł za godzinę w umowach zleceniach. Zapewne nowelizacja ustawy o wynagrodzeniu określi obowiązki instytucji publicznych jak również odpowiednie *vacatio legis*, a nowe przepisy zostaną tak skonstruowane, że będą zawierały ustawowe wytyczne, które zobowiążą zamawiającego do zmiany wcześniej podpisanych umów i nowej kalkulacji budżetu zamówienia.

Zamawiający określił wartość zamówienia dla części 2 na kwotę 694.209,00 zł, natomiast dla części 4 na kwotę 449.928,60 zł. Jak podano w protokole postępowania, wartość zamówienia została ustalona w dniu 24 marca 2016 r. na podstawie analizy cen stosowanych przez aktualnych wykonawców z uwzględnieniem prognozowanego średniorocznego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych 101,2% oraz szacowanego wzrostu cen związanego z opodatkowaniem umów i wzrostu płacy minimalnej 101,5%. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na część 2 zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 779.224,49 zł, na część 4 – 513.275,67 zł.

W odniesieniu do części 2 zamówienia zostały złożone następujące oferty:

- Ekoton Sp. z o.o. na kwotę 791.142,69 zł,
- Eco Plan S.A. na kwotę 1.248.547,70 zł,
- Zakład Sprzątnia Wnętrz J.J. MOP 83 Sp. z o.o. na kwotę 1.561.870,54 zł,
- Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. na kwotę 1.139.033,32 zł,
- Impel Cleaning Sp. z o.o. na kwotę 1.690.779,09 zł,
- oferta Odwołującego na kwotę 781.162,06 zł.

W odniesieniu do części 4 zamówienia zostały złożone następujące oferty:

- Zakład Sprzątnia Wnętrz J.J. MOP 83 Sp. z o.o. na kwotę 620.353,48 zł,
- Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. na kwotę 545.718,87 zł,
- Impel Cleaning Sp. z o.o. na kwotę 911,800,35 zł,
- oferta Odwołującego na kwotę 457.857,00 zł.

W dniu 5 lipca 2016 r. w zakresie części 2 oraz 27 lipca 2016 r. w zakresie części 4 Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art.90 ust.1 ustawy Pzp do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający w wezwaniach wskazał, że wymienił m.in. w załączniku nr 1 do SIWZ Specyfikacja Techniczna wykonania i odbioru usługi, w załączniku nr 9 do SIWZ – wzór umowy oraz w pkt 12 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny warunki wykonania usługi, jakie każdy z wykonawców zobowiązany był uwzględnić w swojej ofercie. Poza tym Zamawiający przytoczył w wezwaniu treść stosownych przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w pismach: z 11 lipca 2016 r. (część 2) oraz z 27 lipca 2016 r. (część 4). W odniesieniu do części 2 Odwołujący wskazał, że opierał się na wiedzy

i doświadczeniu przy realizacji podobnych zadań, założył całkowite usprzętowanie zadania, co w porównaniu z metodą opartą na pracy ludzi redukuje koszty o ok. 60%. Wskazał na bliską odległość bazy magazynowo-materiałowej, zaplecza warsztatowo-serwisowego, posiadanie oddziału w Szczecinie (możliwość stałego nadzoru i natychmiastowej reakcji), realizację innych kontraktów w pobliskich miejscowościach, posiadanie grupy interwencyjnej, która w dowolnej chwili może wspomóc działania. Wykonawca wskazał kwoty przewidziane na wynagrodzenia (w tym pracowników niepełnosprawnych), koszty 1 Mh pracy sprzętu dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, wyjaśnił, że skieruje do realizacji zadania dodatkowy sprzęt techniczny. Zaprezentował kalkulację osobno dla usług dotyczących powierzchni wewnętrznych i dla powierzchni zewnętrznych utwardzonych i zielonych. W odniesieniu do powierzchni wewnętrznych przedstawił obliczenia dotyczące kosztów zatrudnienia pracowników (w tym liczbę osób, które będą realizować zadanie), koszty wyposażenia pracowników w środki chemiczne i wyposażenia obiektów w środki higieniczne, koszt sprzątania pokoi gościnnych i prania firan. W odniesieniu do powierzchni zewnętrznych obok kosztów pracy przedstawił kalkulację kosztów odśnieżania (z uwzględnieniem powierzchni, wydajności pługów śnieżnych, ceny 1 Mh), analogicznie – koszty pracy zamykania, utrzymania trawników, koszenia. Wykonawca wyjaśnił, że zakłada 10% zysku.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp, w odniesieniu do części 2 i 4 przedstawiając następujące uzasadnienie faktyczne tej czynności: (...) wyjaśnienia zawierały część wstępną wskazującą założenia jakie Wykonawca przyjął przy dokonywaniu wyceny swojej oferty, a następnie kalkulację wykonaną dla każdej z części, której dotyczyły wezwania. Do wyjaśnień nie zostały natomiast załączone żadne dodatkowe dokumenty uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny. W części wstępnej Wykonawca wskazał, że w zakresie utrzymania terenów zewnętrznych, w tym terenów utwardzonych i zielonych założył „całkowite „usprzętowanie” zadania”, co pozwala na osiągnięcie oszczędności w wysokości 60% w stosunku do realizacji zadania przy pomocy pracy ludzi wyposażonych w sprzęt podręczny. Następnym korzystnym czynnikiem wpływającym na obniżenie ceny oferty jest posiadanie w „bliskiej odległości od miejsca realizacji usługi” bazy magazynowo-materiałowej, zaplecza warsztatowo-serwisowego oraz oddziału w mieście Szczecin. Dodatkowo Wykonawca powołuje się na realizację usług w pobliskich miejscowościach, co pozwala na wykorzystanie tzw. „grupy interwencyjnej” wspomagającej działania w sytuacjach nagłych. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że żadna z podanych wyżej okoliczności nie odbiega od sytuacji innych wykonawców składających oferty w postępowaniu. Przede wszystkim wyjaśnienia o oszczędnościach związanych z „usprzętowieniem” trudno uznać za

wiarygodne, gdyż w znacznej mierze wykorzystanie sprzętu mechanicznego przy realizacji prac na terenach utwardzanych, było wymagane w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązany był uwzględnić realizację zamówienia z użyciem sprzętu mechanicznego. Warto choćby zwrócić uwagę, że Specyfikacja Techniczna wymagała aby koszenie odbywało się za pomocą ręcznej kosiarki koszonej. Nie można więc uznać, że oszczędność z tego tytułu ma jakikolwiek wpływ na obniżenie ceny za realizację zamówienia, gdyż te same zasady obowiązywały wszystkich wykonawców. Wykonawca nie wykazał także aby zamierzał skorzystać z dodatkowego sprzętu, który mógłby prowadzić do zmniejszenia zapotrzebowania na niezbędny do wykonania zamówienia personel. Także posiadanie bazy magazynowej, serwisowej oraz oddziału w mieście Szczecin, nie odróżnia tego wykonawcę od innych. Przynajmniej część wykonawców także posiada swoje siedziby na terenie miasta Szczecin lub w bezpośrednim sąsiedztwie. W żaden sposób nie eliminuje to kosztów mobilizacji sprzętu, transportu na teren świadczonej usługi, dojazdu personelu itp. Wykonawca nie sprecyzował nawet, co rozumie przez „bliską odległość od miejsca realizacji usługi”. W dalszej kolejności wykonawca wskazał założenia przyjęte do obliczeń ceny ofertowej. Podstawowym kosztem usługi objętej przedmiotem zamówienia są koszty osobowe. Wykonawca przyjął w tym zakresie kwotę minimalną w wysokości 1850 zł brutto, której obciążenie dla wykonawcy po uwzględnieniu kosztów pracodawcy wynosi 2231,29 zł. Ponadto Wykonawca zakłada wykorzystanie do realizacji usługi osoby niepełnosprawnej i uzyskanie z tego tytułu dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w wysokości: 1) 450 zł – stopień niepełnosprawności lekki 2) 1125 zł – stopień niepełnosprawności umiarkowany 3) 1800 zł – stopień niepełnosprawności znaczny. Zamawiający uznał za błędne założenie przyjęte przez Wykonawcę co do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Minimalne wynagrodzenie za pracę jest ustalane w każdym kolejnym roku i w roku 2016r. wynosi 1850 zł brutto. Usługa będzie natomiast świadczona w okresie od 1 grudnia 2016 do 30 listopada 2017r., a więc Wykonawca powinien był uwzględnić w swoich założeniach, wynagrodzenie wyższe niż minimalne obowiązujące w roku 2016. Biorąc pod uwagę, że głównym kosztem zamówienia są koszty osobowe, niedoszacowanie w tej pozycji może znacząco wpływać na cenę oferty i jakość świadczonej usługi. Wykonawca w zakresie powierzchni zewnętrznych założył zatrudnienie w wymiarze 20 pracowników na pełen etat, z czego 12 etatów to pracownicy z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym. Wykorzystując przyjęte wcześniej założenia Wykonawca obliczył, że koszty osobowe dla powierzchni wewnętrznych stanowią 373.509,60 zł. Wykonawca przyjął także koszt zakupu środków higienicznych oraz środków chemicznych w wysokości 24.000 zł na cały okres świadczenia usługi, wyposażenia obiektów w środki chemiczne 36.000 zł oraz koszty sprzątnięcia pokoi gościnnych i prania

firan w wysokości 6.000 zł. Podstawowym kosztem w tym zakresie są koszty osobowe ponoszone na realizację usługi. Założenia poczynione przez Wykonawcę w zasadzie nie prowadzą do rozwiania wątpliwości Zamawiającego o rażąco niskim charakterze zaoferowanej ceny. Istotny wpływ na ostateczne koszty usługi będzie miało błędne założenie o wysokości kosztów związanych z minimalnym wynagrodzeniem za pracę. Wykonawca nie uwzględnił zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2017 r. kiedy to w zasadzie świadczone będą usługi. Zamawiający nie kwestionuje zatrudnienia na poziomie 20 osób, jednak poczynione w tym zakresie założenie o wydajności pracy powinno być, zdaniem Zamawiającego zróżnicowane w zależności od tego czy mamy do czynienia z osobą pełnosprawną czy niepełnosprawną. Wykonawca przyjął jednak taką samą wydajność dla wszystkich etatów, co biorąc pod uwagę zatrudnienie 12 osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności budzi wątpliwości dotyczące utrzymania wydajności na zakładanym poziomie. W ramach pozycji kosztowych nie występuje natomiast transport osób, sprzętu i środków niezbędnych do wykonywania usługi. Biorąc pod uwagę, że koszty zostały oszacowane na minimalnym poziomie (a nawet w niektórych wypadkach niedoszacowane np. koszty osobowe) dodatkowe obciążenie z tytułu transportu może także przesądzać o jakości świadczonej usługi. W następnej kolejności Wykonawca skalkulował koszty sprzętu wykorzystywanego przy pracy na terenach utwardzanych i terenach zielonych. Poza jednak przedstawieniem suchej kalkulacji, Wykonawca nie wskazał na czym oparł swoje założenia, ani nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień. Trzeba jednak zauważyć, że zarówno w tej pozycji jak i pozostałych nie znajdują się koszty związane z transportem sprzętu i dostawą towarów na teren świadczonej usługi oraz koszty amortyzacji sprzętu lub jego wynajmu. Za świadczenie usługi na terenach zewnętrznych odpowiadać ma 7 osób zatrudnionych u Wykonawcy, z czego 4 z orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności. Także i w tym zakresie wątpliwości budzą zakładane koszty zatrudnienia, które także przyjęte zostały na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w roku 2016. Warto również przypomnieć, że w zakres tych czynności wchodzi również odśnieżanie dachów oraz czyszczenie rynien, które trudno uznać, że będą wykonywały osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Nie można przy tym zapominać, że konieczne będzie także zapewnienie ogrodnika oraz operatorów maszyn, takich jak ciągnik siodłowy, które także nie powinny być obsługiwane przez osoby niepełnosprawne. Kalkulacja Wykonawcy uwzględnia także pozycję „Pozostałe koszty”, w której mieszczą się takie czynności jak: 3-krotna pielęgnacja rabat, żywopłotów, 5-krotna mineralizacja pasów ppoż., jednorazowe grabienie terenów zielonych, czyszczenie rynien i ośnieżanie dachów za łączną kwotę 10.000 zł. Kwota ta wydaje się niewielka w stosunku do zakresu czynności, które w to wchodzi. Podobnie jak w przypadku powierzchni wewnętrznych, tak i tu Wykonawca nie wskazał na koszty związane z transportem personelu i sprzętu oraz kosztami wywozu

*i zagospodarowania odpadów. Wyjaśnienia nie zawierają także informacji dotyczących kosztów zapewnienia odpowiednich warunków pracy, w tym odzieży bhp oraz kosztów zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Natomiast w części 4 Wykonawca poczynił analogiczne założenia jak w przypadku części 2. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Wykonawca wyjaśniając zaoferowaną przez siebie cenę powinien przedstawić szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji swojej ceny. Przede wszystkim powinien odnieść się do wszystkich elementów kosztotwórczych jakie są niezbędne do wykonania zamówienia a zostały przedstawione w siwz. Ponadto powinien wskazać czy zachodzą obiektywne okoliczności, które pozwalają mu na obniżenie ceny. Wykonawca zobowiązany był także do przedłożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami na poparcie możliwości zaoferowania ceny na określonym poziomie. Wykonawca nie sprostął w tym wypadku ciężarowi dowodowemu, w konsekwencji należy uznać, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.*

**Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących części 2 zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli i 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: 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 oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie przedmiotowych wyjaśnień ocena dokonana przez Zamawiającego i wyartykułowana w uzasadnieniu odrzucenia oferty była uprawniona. Tym samym podstawą rozstrzygnięcia Izby nie mogły być podnoszone przez Przystępującego na rozprawie okoliczności, które dotyczą co prawda ceny zaoferowanej przez Odwołującego, ale nie stały się podstawą faktyczną czynności dokonanej przez Zamawiającego. Przystępujący wskazał na błędny w jego ocenie sposób kalkulacji ceny (nieprzedstawienie w wyjaśnieniach kosztów poszczególnych elementów zamówienia powiększonych o zysk i podatek VAT), jednak analogicznych zarzutów wobec złożonych wyjaśnień nie poczynił Zamawiający, w związku z tym nie mogły one stać się przedmiotem odwołania, a w konsekwencji przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Nie jest bowiem zadaniem Izby ogólne weryfikowanie zaoferowanej ceny, z uwzględnieniem wszystkich aspektów i okoliczności (jest to zadanie Zamawiającego), a wyłącznie ustalenie, czy czynność Zamawiającego, w świetle przedstawionego przez niego uzasadnienia, była prawidłowa. W związku z powyższym nie sposób podzielić stanowiska Przystępującego, że nie ma znaczenia, czy wskazywane przez niego okoliczności były ustalone i zakomunikowane wykonawcy przez Zamawiającego. Wskazać przy tym należy na treść art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Nie mogą być więc podstawą rozstrzygnięcia Izby okoliczności, które nie były podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego i nie zostały mu zakomunikowane zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zostały sformułowane dopiero w toku postępowania odwoławczego przez uczestnika tego postępowania.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Izba stwierdziła, że okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia

oferty nie uprawniają do tezy, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Głównym argumentem przedstawionym przez Zamawiającego, który ma – jego zdaniem – potwierdzać, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, jest przedstawienie przez niego kalkulacji ceny z uwzględnieniem płacy minimalnej obowiązującej w 2016 r. W ocenie Izby okoliczność ta w żaden sposób nie może potwierdzać zaoferowania rażąco niskiej ceny. Nie jest bowiem niczym niewłaściwym przedstawienie przez wykonawcę sposobu kalkulacji ceny z uwzględnieniem płacy minimalnej obowiązującej w dacie składania oferty, nawet w sytuacji, gdy czas realizacji zamówienia dotyczy w większości roku przyszedłego. Oczywiście jest, że sporządzając ofertę oraz składając wyjaśnienia wykonawca nie znał wysokości przyszłej płacy minimalnej, nie wiadomo więc, jaka kwota powinna być przez niego zaprezentowana jako podstawa kalkulacji ceny. Odpowiedzi na to pytanie nie znał również Zamawiający podczas rozprawy, stwierdzając jedynie, że powinna być ona wyższa niż obowiązująca w 2016 r. Wobec powyższego nie sposób wymagać od wykonawcy, aby przedstawił sposób kalkulacji ceny z uwzględnieniem nieznanej wysokości płacy minimalnej. Powyższej oceny nie zmienia fakt, że zgodnie z punktem XII.3 SIWZ wykonawca powinien uwzględnić koszty wzrostu płacy minimalnej. W świetle powyższego postanowienia i wobec braku wiedzy o konkretnej wysokości płacy minimalnej w przyszłym roku za wystarczające należy uznać, że cena oferty obejmuje rezerwę, z której przyszły wzrost może być sfinansowany. Biorąc pod uwagę zysk zakładany przez Odwołującego nie sposób uznać, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska z powodu przedstawienia w wyjaśnieniach kalkulacji kosztów pracy uwzględniającej aktualną płacę minimalną. Dodatkowo, mimo że w przypadku niniejszego zamówienia nie znajdzie zastosowania regulacja art. 142 ust. 5 ustawy Pzp (umowa nie będzie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy), to należy zwrócić uwagę na postanowienie §17 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym możliwa będzie zmiana umowy m.in. w przypadku zmiany w przepisach ustawowych i aktach wykonawczych albo wewnętrznych regulacji MON związanych z przedmiotem zamówienia, które nastąpiły po dniu zawarcia umowy. W ocenie Izby powyższe postanowienie mogło wprowadzić wykonawcę w błąd co do możliwości waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany płacy minimalnej. Literalne brzmienie tego postanowienia mogło bowiem sugerować, że określenie *związanych z przedmiotem zamówienia* odnosi się do wewnętrznych regulacji MON, zwłaszcza że nie wiadomo, jakich to przepisów ustawowych lub aktów wykonawczych związanych z przedmiotem zamówienia mogłaby dotyczyć ewentualna zmiana wpływająca na konieczność zmiany umowy w stosunku do treści oferty.

Nie sposób również uznać za uzasadniającą odrzucenie oferty Odwołującego podniesioną przez Zamawiającego okoliczność, że *Wykonawca przyjął jednak taką samą wydajność dla wszystkich etatów, co biorąc pod uwagę zatrudnienie 12 osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności budzi wątpliwości dotyczące utrzymania wydajności na zakładanym poziomie*. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że *nie kwestionuje zatrudnienia na poziomie 20 osób (...)*. Z jednej strony Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie wydajność pracy osób niepełnosprawnych jest mniejsza, z drugiej – nie tylko nie zarzucił, że w związku z tym powinna być przewidziana większa liczba pracowników, ale wprost stwierdził, że nie kwestionuje przyjętego przez wykonawcę stanu zatrudnienia. Nie wiadomo przy tym, w czym Zamawiający upatruje mniejszej wydajności pracowników niepełnosprawnych nie znając przyczyn niepełnosprawności i ich wpływu na czynności wykonywane przy realizacji zamówienia. Określona niepełnosprawność nie musi wpływać na wydajność czynności, do wykonywania których dana osoba będzie zatrudniona. Z kolei na rozprawie Zamawiający wskazał na dodatkowe koszty pracy osób niepełnosprawnych, wynikające gwarantowanej przepisami prawa ochrony tych osób, czego jednak nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Niezależnie od tego nie ulega wątpliwości, że koszty pracy osób niepełnosprawnych są niższe z uwagi na dofinansowanie z PFRON.

Odnosząc się do sformułowanego przez Zamawiającego zarzutu, że Odwołujący nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów, stwierdzić należy, że obowiązek ten dotyczy sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie obiektywnych, zewnętrznych dowodów. Wyjaśnienia mogą jednak dotyczyć takich okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy czy przedstawienie przyjętych przez niego do kalkulacji ceny założeń jest wystarczające do oceny prawidłowości tej kalkulacji. Odwołujący podał w wyjaśnieniach przyjęte przez siebie założenia co do stanu zatrudnienia niezbędnego do realizacji zamówienia i wynagrodzenia tych osób, co umożliwia zweryfikowanie po pierwsze, czy przewidywany stan zatrudnienia pozwoli zrealizować zamówienie, po drugie, czy cena obejmuje zgodne z przepisami prawa wynagrodzenia personelu. Podkreślić należy, że Zamawiający nie określił wymagań dotyczących liczby osób mających wykonywać zamówienie, zatem dane dotyczące tej liczby są indywidualnym założeniem wykonawcy pozwalającym zweryfikować realność ceny oferty. Nie są to więc okoliczności, które wymagają potwierdzenia dowodami, liczebność personelu jest bowiem założeniem wykonawcy, a minimalna wysokość tego wynagrodzenia, jak również wysokość dofinansowania kosztów pracy osób niepełnosprawnych, jest określona przepisami prawa. Zamawiający nie kwestionował przyjętej do obliczeń liczebności personelu, a Odwołujący



wykazał, że cena oferty pozwala sfinansować wydatki na wynagrodzenia dla tych osób. Zatem nieprzedłożenie dowodów w tej sytuacji nie może stanowić o wadliwości wyjaśnień, nie wiadomo nawet, jakich dowodów Zamawiający oczekiwał.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że główny argument przemawiający, zdaniem Zamawiającego, za odrzuceniem oferty Odwołującego, nie zasługuje na uwzględnienie. Biorąc pod uwagę, że na cenę przedmiotu zamówienia w większości składają się koszty pracy (okoliczność przyznana przez Zamawiającego, który w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził: Podstawowym kosztem w tym zakresie są koszty osobowe ponoszone na realizację usługi) pozostałe kwestie podnoszone przez Zamawiającego nie mogą mieć rozstrzygającego znaczenia i same w sobie przesądzać o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Niezależnie od powyższego nieuprawnione – zdaniem Izby – jest twierdzenie Zamawiającego, że oszczędnościach związanych z „usprzętowaniem” trudno uznać za wiarygodne, gdyż w znacznej mierze wykorzystanie sprzętu mechanicznego przy realizacji prac na terenach utwardzanych, było wymagane w opisie przedmiotu zamówienia. Zauważyć bowiem należy, że postanowienia SIWZ w pewnym zakresie pozostawiały wyborowi wykonawcy sposób wykonania zamówienia (np. pkt III.1 załącznika nr 1 do SIWZ: *Codziennie ręczne lub mechaniczne zmiatanie chodników, dróg i powierzchni utwardzonych wykazanych w załączniku do SIWZ nr 2a „Zestawienie powierzchni utwardzonych do utrzymania porządku*), co wpłynie na wysokość ponoszonych kosztów.

Dodatkowo wskazać należy, że złożone wyjaśnienia i kwestię potwierdzenia przez nie realności ceny należy oceniać w kontekście okoliczności przedmiotowego postępowania. Trzeba mieć więc na uwadze, że cena oferty jest wyższa od wartości szacunkowej części 2 zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Co więcej, cena oferty, która została przez Zamawiającego uznana za prawidłową i wybrana jako najkorzystniejsza, jest zaledwie o 9.980,63 zł wyższa od ceny oferty Odwołującego. Podkreślić należy, że Zamawiający, udzielając w dniu 13 maja 2016 r. wyjaśnień do SIWZ poinformował, że *Zamawiający w pracach na szacunkiem zamówienia kierował się zapisami art.32-34 ustawy Pzp i ustalił je z należytą starannością*. Skoro więc Zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia, to należy założyć, że jest ona odzwierciedleniem cen rynkowych, zatem trudno oczekiwać od wykonawcy wykazania bardzo szczególnych okoliczności, bo brak jest podstaw żeby zakładać, że cena oferty została w jakiś wyjątkowy sposób obniżona. Podstawy do takiego założenia nie daje również fakt, że cena kolejnej oferty była jedynie minimalnie wyższa. W takich okolicznościach, nawet w sytuacji, gdy w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić procedurę wyjaśniającą ze względu na średnią arytmetyczną złożonych ofert, za prawidłowe należy uznać

wyjaśnienia, które potwierdzają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia i wskazują na sprzyjające temu czynniki, nawet bez udowodnienia nadzwyczajnych okoliczności. Biorąc pod uwagę wartość zamówienia i kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia trudno bowiem stwierdzić, że cena oferty została nadzwyczajnie obniżona. Nie można również wykluczyć, że różnica między ceną oferty a średnią arytmetyczną pozostałych ofert została zawyżona przez zaoferowanie przez niektórych wykonawców cen wygórowanych, nastawionych na osiągnięcie dużego zysku. Obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) nie może prowadzić do tego, że wykonawca, który zaoferował cenę, którą w okolicznościach sprawy należy uznać za mieszczącą się w granicach cen rynkowych, traci możliwość uzyskania zamówienia, bo nie wykazuje ekstraordynaryjnych okoliczności pozwalających obniżyć cenę. W takiej sytuacji za wystarczające należy uznać okoliczności, które sprzyjają optymalizacji kosztów (choćby takie, jak całkowite usprzętowanie, bliską odległość bazy magazynowo-materiałowej, zaplecza warsztatowo-serwisowego, posiadanie oddziału w Szczecinie, realizacja innych kontraktów w pobliskich miejscowościach, posiadanie grupy interwencyjnej). O ile nie są to okoliczności, które same w sobie pozwalałyby usprawiedliwić nadzwyczajne obniżenie ceny, jako że mogą one dotyczyć również innych wykonawców, to niewątpliwie są okolicznościami stanowiącymi sprzyjające warunki, pozwalającymi na redukcję kosztów.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył – w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania – przepisy art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z czym odwołanie podlegało uwzględnieniu stosownie do przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie, w jakim dotyczy części 4 zamówienia. W odniesieniu do tej części Odwołujący jedynym sformułowanym kompletnie zarzutem, z określeniem jego podstaw faktycznych, był zarzut dotyczący niezasadnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut taki należy jednak uznać za podniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania, termin na jego podniesienie zaczął bowiem biec z dniem przesłania wezwania do wyjaśnień, co miało miejsce 27 lipca 2016 r. Tym samym przedmiotowy zarzut, jako podniesiony po terminie, nie mógł być przez Izbę rozpoznany merytorycznie. Brak jest natomiast w świetle treści odwołania podstaw, aby uczynić przedmiotem rozstrzygnięcia Izby kwestię oceny złożonych wyjaśnień w odniesieniu do części 4, Odwołujący bowiem nie sformułował w tym zakresie zarzutu, w szczególności nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, ograniczając się do informacji, że mimo niezasadnego wezwania złożył wyjaśnienia. Powyższego stanowiska nie może zmienić fakt, że treść wyjaśnień oraz uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty w odniesieniu do obu

części były analogiczne, Odwołujący bowiem w treści odwołania nie odesłał nawet do zarzutów podniesionych w zakresie części 2, a Izba nie może – dostrzegając nawet podobieństwo sytuacji w obu częściach postępowania – uzupełniać zarzutów w zastępstwie Odwołującego. Podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Z powyższych względów nie sposób uznać, że odwołanie zawiera zarzuty dotyczące oceny wyjaśnień przez Zamawiającego, czego nie zmienia fakt wskazania w petitum odwołania jako naruszonych przepisów prawa art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.

W związku z powyższym odwołanie z zakresie zarzutów dotyczących części 4 podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....