

WYROK
z dnia 14 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Park-M Poland sp. z o.o. w Starym Sączu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Niwiska z siedzibą w Niwiskach**

przy udziale wykonawcy **OBO Polska sp. z o.o. w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy OBO Polska sp. z o.o. w Rzeszowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Niwiska z siedzibą w Niwiskach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Park-M Poland sp. z o.o. w Starym Sączu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Niwiska z siedzibą w Niwiskach** na rzecz wykonawcy **Park-M Poland sp. z o.o. w Starym Sączu** kwotę **18.598 zł 98 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy pięciuset dziewięćdziesięciu ośmiu złotych dziewięćdziesięciu ośmiu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gminę Niwiska z siedzibą w Niwiskach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „rewaloryzacja historycznego parku w Niwiskach wraz z budową oświetlenia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 października 2021 r., nr 2021/S 196-510082.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 27 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Park M Poland sp. z o.o. w Starym Sączu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy OBO, w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu;
- 2) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień dotyczących ceny, a złożonych przez wykonawcę OBO w dniu 24 listopada 2021 r., w sytuacji, gdy z uwagi na ich zawartość, lakoniczność i ogólnikowość zamawiający winien ocenić je jako niezłożone i w konsekwencji ofertę odrzucić, podczas gdy Zamawiający umożliwił wykonawcy OBO ponowne złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, uznając je ostatecznie za wystarczające i obalające domniemanie rażąco niskiej ceny oferty, co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy OBO jako najkorzystniejszej,
- 3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez uznanie przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, a złożonych przez wykonawcę OBO, za miarodajne i kompletne w sytuacji, gdy nie uzasadniały one w ogóle wysokości ceny wskazanej w ofercie tego wykonawcy;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OBO w sytuacji, gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniały ceny podanej w ofercie tego wykonawcy, a tym samym oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać uznana za ofertę z rażąco niską ceną.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OBO;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy OBO;
- 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że jest to zarzut wynikowy, gdyż z naruszeniem zasad ogólnych postępowania będziemy mieć do czynienia w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu. Wskazał, że zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, służy zagwarantowaniu im równych szans w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Zdaniem odwołującego, czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, które doprowadziły do wyboru oferty wykonawcy OBO jako najkorzystniejszej, stanowiły naruszenie zasady legalizmu.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że ocena złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty winna być zawsze rozpatrywana przez pryzmat treści skierowanego do Wykonawcy wezwania i przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Odwołujący argumentował, że skoro więc w swoim wezwaniu Zamawiający wskazał wyraźnie, iż oczekuje przedstawienia: *„szczegółowej analizy oraz przedłożenia dodatkowych dokumentów, które udowodniałyby, że podana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami stawianymi przez Zamawiającego. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak aby potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów”*, to walorów takich nie spełniają wyjaśnienia lakoniczne, ogólne, abstrakcyjne, wymijające, nie wskazujące sposobu wyliczenia ceny oferty na poziomie zaproponowanym.

Odwołujący wskazał, że w reakcji na wezwanie zamawiającego nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale muszą to być wyjaśnienia, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego obliczenia ceny oferty. Odwołujący podniósł także, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym.

Odwołujący podniósł, że oferta Wykonawcy R., który stwierdził wprost, iż nie jest w stanie za zaproponowaną kwotę wykonać przedmiotu zamówienia opiewała na 2.386.509,89 złotych brutto, podczas gdy Wykonawcy OBO skalkulowana została na 2.488.659,99 złotych. Tym samym różnica pomiędzy obiema ofertami wyniosła zaledwie 102.150,10 zł, co w

kontekście oświadczenia Wykonawcy R. winno skutkować wnikliwą analizą wyjaśnień Wykonawcy OBO przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca OBO na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 24 listopada 2021 r. wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny swojej oferty. Zdaniem odwołującego, stwierdzić trzeba, że Wykonawca ten nie podołał obowiązkowi wyjaśnienia prawidłowego wyliczenia zaoferowanej ceny oferty, zgodnie z treścią wezwania wystosowanego przez zamawiającego oraz stanowiskiem orzecznictwa i doktryny wypowiadającym się w omawianym zakresie. Zdaniem odwołującego, żadnego elementów tych wyjaśnień nie można uznać za wymaganą przez Zamawiającego „szczegółową analizę”. Wyjaśnienia, złożone pierwotnie, nie zawierają żadnej kalkulacji, wskazania wartości poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Są lakonicznie, Wykonawca OBO ograniczył się do przedstawienia na dwóch stronach bardzo wymijających stwierdzeń, które w głównej mierze referują do „kompleksowych ofert podwykonawców”.

Odwołujący podniósł, że możliwość tak znaczącego obniżenia ceny (w stosunku do ofert innych wykonawców) Wykonawca OBO wywodzi w pierwszej kolejności z faktu posiadania atrakcyjnych warunków cenowych w zakresie branży zieleń, co przekładać się ma na możliwość obniżenia ofert, na dowód czego przywołuje ofertę na usługi podwykonawcze, którą uzyskał od firmy M.K. Usługi Ogrodnicze i Leśne (z którym, jak twierdzi, zrealizował „kilka dużych projektów pod nadzorem konserwatora zabytków”, bez wskazania co to za projekty i jaki wpływ miały na kalkulację badanej oferty). 15. Ponadto (jak twierdzi składający wyjaśnienia) uzyskał ceny kluczowych, cenonośnych materiałów związanych z branżą budowlaną takich jak: opornik granitowy, kruszywo mineralne HanseGrand, geokrata o wymiarach 50x50 o wysokości 5 cm oraz ofertę na wykonanie robót budowlanych (robocizna, sprzęt, materiały standardowe) od FHU SOLO A.G..

Odwołujący podniósł, powołując się na orzecznictwo Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny na orzeczeniami Izby, że samo złożenie ofert podwykonawców podczas procedury wyjaśnienia ceny oferty jest niewystarczające. Wskazywał, że istnieje konieczność przedstawienia elementów cenotwórczych również w stosunku do tych części przedmiotu oferty, które mają być wykonywane przy pomocy podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, że w kontekście przywołanego orzecznictwa dołączone do wyjaśnień Wykonawcy OBO oferty pochodzące od dostawców materiałów i podwykonawców robót nie mają żadnej wartości dowodowej dla wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oferty w badanym postępowaniu, a o którą wezwaniem z dnia 18 listopada 2021 r., wnioskował Zamawiający, w szczególności, iż nie wskazano w jaki sposób zostały ustalone w ofertach tych wykazane w nich stawki.

Odwołujący wskazał, że w szczególności uwaga powyższa odnosi się do ofert podwykonawców :

- a) Usługi Ogrodnicze i Leśne M.K., ul. Kopernika 33A, 37 100 Łańcut, która to oferta nie wyjaśnia w jaki sposób ustalono wartość w ofercie tej podaną tj. 685.734,66 złotych , uniemożliwiając tym samym Zamawiającemu ustalenie czy jest ona prawidłowo skalkulowana;
- b) F.H. „SOLO” A.G., ul. Dynowska 6, 37 200 Przeworsk , gdzie brak jest chociażby danych związanych z ilością osób zaangażowanych przez podwykonawcę do wykonania prac, wynagrodzenia dla pracowników, kosztów sprzętu, paliwa itd., pomimo, iż oferta podwykonawcy opiewa na 617.394,25 złotych brutto;
- c) ELEKTRYK S.C. C., ul Spółdzielcza 12B, 37 300 Leżajsk, z której podobnie jak z tych przywołanych wcześniej nie wynika jak podwykonawca wykona swe prace, ile osób będzie w prace zaangażowanych, jaki jest koszt wynagrodzeń, sprzętu i materiałów, tak by poddać ją ocenie.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca OBO, trzema ofertami podwykonawców (kosztorysami) wymienionych powyżej „wyjaśnił” kwotę 1.320.331,51 złotych brutto ze swej oferty wynoszącej 2.488.659,99 złotych (a więc pokrył ponad 50% jej ceny), nie wskazując jednocześnie kosztów wynagrodzeń podwykonawców, kosztu sprzętu i materiałów, sposobu wykonania oraz innych elementów, które w wezwaniu zostało określone przez Zamawiającego w zdaniu *„szczegółowej analizy oraz przedłożenia dodatkowych dokumentów, które udowodniałyby, że podana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami stawianymi przez Zamawiającego. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak aby potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów”*.

Zdaniem odwołującego, nie może świadczyć o jakiegokolwiek przewadze rynkowej Wykonawcy OBO nad pozostałymi wykonawcami (co umożliwiłoby mu zaoferowanie tak znacząco lepszych warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia) fakt:

- a) dokonania wizji lokalnej w terenie,
- b) szczegółowa analiza opisu przedmiotu zamówienia,
- c) realizacja niewymienionej z nazwy innej inwestycji dla Gminy Dzikowiec (co rzekomo miało pozwolić Wykonawcy OBO na dokładne rozpoznanie rynku w sąsiedztwie planowanej inwestycji i dać możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny).

Odwołujący podniósł, że z tych głośłownych deklaracji nie sposób uzyskać żadnych informacji o sposobie kalkulacji ceny oferty złożonej w postępowaniu, możliwości jej obniżenia, żadnych danych i liczb to trzeba wskazać, iż są to okoliczności dostępne dla każdego z wykonawców (lit a i b w punkcie powyżej), którzy legitymują się niezbędnym

doświadczeniem w realizacji podobnych inwestycji, a tacy składali oferty w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, ponieważ wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę OBO były ogólnikowe, nie wynikały z nich żadne konkretne i przydatne dla zamawiającego wartości i informacje, która pozwoliłyby na ocenę, czy zaproponowana cena oferty jest realna, rzeczywista, rynkowa, zamawiający winien był podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy OBO (w oparciu o dyspozycję art. 224 ust 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł, że mimo to Zamawiający w dniu 30 listopada 2021 r. skierował do Wykonawcy OBO jak sam wskazał wezwanie ponowne do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zażądał uszczegółowienia wyliczenia kosztów robocizny (ceny roboczogodziny, ilości godzin, materiału, sprzętu, w pozycjach 1.1, 1.11 i 1.14 załącznika 1C Rewitalizacja historycznego Parku w Niwiskach). Oczekiwał więc przedstawienia szczegółowego wyliczenia kosztów we wskazanych pozycjach oraz przedłożenia dodatkowych dokumentów, które udowadniałyby, że podana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami stawianymi przez Zamawiającego. Zdaniem odwołującego, sam fakt, iż Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy OBO z wnioskiem o wyjaśnienie kosztów robocizny (ceny roboczogodziny, ilości godzin) potwierdza na co zwracano u wagę powyżej iż w wyjaśnieniach pierwotnych, danych tych wbrew treści wezwania nie było, a więc przynajmniej w pewnych obszarach Wykonawca OBO nie złożył wyjaśnień co już kwalifikuje jego ofertę do odrzucenia z uwagi na treść art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na powtórne wezwanie w dniu 7 grudnia 2021 r. Wykonawca OBO złożył wyjaśnienia, które jednakże ograniczały się wyłącznie do zestawienia ilościowego sadzonek roślin w poszczególnych pozycjach kosztorysu i wyjaśnienia zasad ich przypisania do danych kategorii. I w tym przypadku Wykonawca OBO nie zaprezentował Zamawiającemu żadnej oczekiwanej analizy czynników cenotwórczych (sposobu kalkulacji stawek za realizację danych elementów przedmiotu. Zdaniem odwołującego takie działanie Zamawiającego, polegające faktycznie na ponownym wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny należy uznać za działanie naruszające przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, Zamawiający ma prawo żądania „dodatkowego” wyjaśnienia konkretnych, szczegółowych zagadnień już zawartych we wcześniejszym wystąpieniu wykonawcy, jednakże jest to sytuacja wyjątkowa, dotycząca co do zasady wyjaśnień nie budzących większych wątpliwości w zakresie ich mocy dowodowej. Nie może więc Wykonawca składać wyjaśnień na nowo, w odniesieniu do zakresu, który nie został omówiony w pierwotnym wystąpieniu, otwierania nowych wątków, wyliczeń, danych i przedkładania dowodów, a więc podejmowania kroków, które winny zostać podjęte

wcześniej – w szczególności w kontekście cytowanego już art. 224 ust 5 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, dołączone do wyjaśnień dowody pozwalały co najwyżej na uzyskanie ewentualnej informacji o wysokości marży Wykonawcy OBO, nazwach podwykonawców, nie zaś o sposobie kalkulacji ceny realizacji poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, działanie Zamawiającego należy także ocenić negatywnie z punktu widzenia dochowania zasady równego traktowania wykonawców. Argumentował, że Zamawiający podjął działania, które faworyzowały Wykonawcę OBO względem pozostałych uczestników, bo tak należy określić ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny w sytuacji, gdy przesłany w dniu 24 listopada 2021 r. dokument nie powinien zostać uznany za miarodajny i kompletny. Według odwołującego, Zamawiający nie może zastępować wykonawcy, czy też prowadzić postępowania wyjaśniającego niejako „do skutku”, czyli do momentu uzyskania kompletu informacji na temat ustalenia przez wykonawcę ceny oferty, zwłaszcza gdy nie otrzymuje danych tak fundamentalnych informacji jak wyjaśnienie kosztów robocizny (ceny roboczogodziny, ilości godzin). Według odwołującego, pomimo prostego zabiegu redakcyjnego polegającego na określeniu wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 30 listopada 2021 r., mianem „uszczegółowienia” Zamawiający faktycznie oczekiwał złożenia kompletnych i szczegółowych wyjaśnień dotyczących kosztów robocizny, materiału i sprzętu w odniesieniu do wymienionych części przedmiotu zamówienia, pomimo, iż tego samego żądał już w wezwaniu z dnia 18 listopada 2021 r. Tym samym zamawiający naruszył też normę wyrażoną w art. 224 ust 6 ustawy Pzp, która wskazuje na konieczność odrzucenia - jako oferty z rażąco niską ceną - oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że nawet przy uwzględnieniu informacji zawartych w drugim wyjaśnieniu Wykonawcy OBO, nie zdołał on wskazać Zamawiającemu w jaki sposób wyliczył cenę swojej oferty na zaproponowanym poziomie i co zadecydowało, iż mógł obniżyć ją tak znacząco w stosunku do ofert innych Wykonawców, a w szczególności nie odniósł się do kwestii „kosztów robocizny”.

Odwołujący dodatkowo wskazał na następujące braki i nieścisłości w wyjaśnieniach składanych przez Wykonawcę OBO, odnosząc się w pierwszej kolejności do oferty podwykonawcy M. K. .

a) Porównując odpowiedzi Wykonawcy OBO na wezwania Zamawiającego w odniesieniu do wyceny usług dendrologa wskazał, że w dołączonej do pisma z dnia 24 listopada 2021 r. ofercie podwykonawcy M. K., wskazana została kwota 3 000 zł. W wyjaśnieniach z 7 grudnia 2021 r. mowa jest już o kwocie 3.500,00 zł. Średnia wartość te j usługi z pozostałych ofert to:

13.302,00 zł. Ze strony Wykonawcy OBO brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia skąd taka możliwość obniżenia kosztów w tym zakresie. Jedyną okoliczność, która ma przekonać Zamawiającego o słuszności takiej kalkulacji to oferta podwykonawcy, w przedmiocie której Odwołujący wskazał już wcześniej, iż winna ona szczegółowo opisywać jej elementy składowe m.in. koszty wynagrodzeń pracowniczych, koszty pracodawcy, koszt sprzętu, paliwa, materiałów. Dodatkowo Wykonawca OBO wskazał na zastosowanie narzutu. W sytuacji, gdy cena za usługi dendrologa z narzutami (zysk + koszty pośrednie) wynosi 3.930,00 zł to wysokość narzutu kształtuje się na poziomie 12,2 %. Jest to dalece poniżej standardu rynkowego, gdzie takie narzuty mieszczą się w przedziale 30% - 45%.

b) W tej samej ofercie podwykonawcy M. K. cena ścinania drzew określona została na kwotę 100 zł. Odwołujący wskazał, że nie wiadomo jakie czynniki cenotwórcze składają się na tę stawkę, a ponadto, że zakres cen za tego rodzaju usługi w województwie podkarpackim waha się pomiędzy 158 zł (drzewa o obwodzie do 95 cm), a 509 zł (drzewa o obwodzie do 125 cm). Zauważał, że wycena ta dotyczy ścinki tradycyjnej, bez wykorzystywania metod alpinistycznych lub wysięgników. Średnia wysokość cen za wykonanie tej usługi z pozostałych złożonych ofert to 600,48 zł. Wykonawca OBO nie wyjaśnił w jaki sposób może zaoferować wykonanie tego elementu przedmiotu zamówienia za kwotę pięciokrotnie niższą od pozostałych oferentów, albowiem jak już było podnoszone wcześniej poprzestał na złożeniu ofert podwykonawców, które miały wyjaśnić cenę ponad 50 % wartości jego pozycji, nie przedstawiając jednakże Zamawiającemu, żadnych konkretnych i wartościowych danych do analizy i oceny składanych wyjaśnień.

c) Cena za sadzenie drzew i krzewów iglastych w ofercie tego samego podwykonawcy M. K. to 640 zł , ponownie bez wskazania szczegółów co składa się na tę wartość. Odwołujący podniósł, że średnia cena jednostkowa z ofert złożonych w badanym postępowaniu to 1.499,40 zł. Odwołujący wskazał, że działa w ramach grupy kapitałowej, do której należy także Park M Produkcja Roślin K. M. – producent i dostawca sadzonek, roślin, który ma mu dostarczyć drzewa iglaste do posadzenia (w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia). Odwołujący wskazał, że otrzymał od tego podmiotu ofertę na dostawę następujących sadzonek spełniających wymogi opisu przedmiotu zamówienia: Chamaecyparis nootkatensis Pendula, C230, 400/500: 980 zł, Pinus strobus Radiata, WRB, 200/225: 1150 zł, Pseudotsuga menziesii Blue Wonder, RB, 275/300– daglezwia zielona – 1 150 zł. Odwołujący wskazał, że nawet w tak sprzyjających okolicznościach rynkowych nie zdołał uzyskać nadzwyczajnych warunków realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego do kosztów w tym przypadku doliczyć trzeba także opłatę za czynność sadzenia, co w przypadku dużego drzewa o wysokości minimum 2 metrów (zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w Załączniku 7C SWZ — plik WYKAZ ROŚLINNOŚCI I POZOSTAŁYCH MATERIAŁÓW.docx – minimalne parametry określone

przez Zamawiającego - Projektowane drzewa iglaste (min. 2 m wys.) wynosi od wynosi od 80 zł.

d) Cena za sadzenie drzew owocowych w ofercie podwykonawcy M.K. to 95,00 zł za sztukę ponownie wartość ta nie została w żaden sposób wyjaśniona. Zdaniem odwołującego nabycie sadzonki i wykonanie nasadzenia w takiej kwocie nie jest możliwe. Zamawiający w załączniku 7C do SWZ (WYKAZ ROŚLINNOŚCI I POZOSTAŁYCH MATERIAŁÓW.docx) wskazał wysokość drzew *Projektowane drzewa owocowe (min. 2 m wys.)* Różnice w cenie sadzonek drzew owocowych, w zależności od ich wysokości są znaczące. Odwołujący wskazał, że przykładowo: sadzonka jabłoni jagodowej C5/1,2m to koszt ok. 80 zł/szt., zaś w przypadku sadzonki jabłoni o wysokości 2m to to koszt ok. 450 zł. Adekwatność zachowują tutaj także rozważania na temat ceny za czynność sadzenia drzew (jak w pkt c).

e) W poz. 1.9 sadzenie w terenie płaskim krzewy iglaste stawka wskazana w ofercie podwykonawcy M.K. to 22,00 zł. Zdaniem odwołującego jest to wartość nierealna. Średnia z pozostałych ofert to 85,01 zł. Najniższa z pozostałych ofert opiewa na: 51,60 zł (oferta nr 10).

f) W poz. 1.10 oferty podwykonawcy M.K. za sadzenie drzew i krzewów liściastych w terenie płaskim wskazana została stawka 26,00 zł, podczas gdy średnia z pozostałych ofert to 111,89 zł. Sama cena sadzonki to 20,00 zł za szt., (np. w katalogu Clematis na str. 10 (aristolochia) cena 27,00 zł/szt.). Zatem wskazana cena pokrywa tylko zakup rośliny, nie obejmuje faktycznie usługi sadzenia. Zdaniem odwołującego warto zwrócić uwagę m.in. na tym przykładzie iż brak jakichkolwiek informacji załączonych do ofert podwykonawców Wykonawcy OBO uniemożliwia ustalenie co w istocie oferta ta obejmuje, jakie koszty składają się na zaproponowaną stawkę, jaka ilość osób i z jakim wynagrodzeniem została przeznaczona do wykonania prac, czy jest ona zdolna wykonać przedmiot zamówienia (przy zbyt małej ich ilości), jakie materiały i sprzęt wliczono w koszty realizacji danej części przedmiotu zamówienia.

g) W poz. 1.11 oferty podwykonawcy M.K. stawka za sadzenie drzew i krzewów liściastych wynosi 2,5 zł za sztukę przy średniej z pozostałych ofert: 83,96 zł . Jest to cena zdecydowanie poniżej stawek rynkowych. Średnia cena rynkowa jednej sadzonki to 17,00 zł, zaś najtańsza sadzonka do realizacji w ramach tego zamówienia, wg katalogu Clematis str. 25 (Vinca minor) to 3,70. Zdaniem odwołującego w oparciu o ten przykład można dostrzec, iż przedkładanie samych ofert podwykonawców uniemożliwia ustalenie co na ową ofertę składa się i czy jest zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

h) W poz. 1.14 oferty podwykonawcy M.K. wskazano, że cena za obsadzanie kwietników roślinami kwietnikowymi wynosi za jeden metr kwadratowy 1 zł. Średnia z pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu wynosi: 38,23 zł. Różnica wynosi prawie 4000 %. Druga najniższa stawka za realizację tego zakresu przedmiotu zamówienia to 14,40 zł (tak oferta nr

10). Zdaniem odwołującego, brak jest możliwości uznania tej stawki za dającą możliwość prawidłowej realizacji zamówienia w obecnej sytuacji rynkowej.

i) odwołujący podniósł także, że Wykonawca OBO w sposób niewłaściwy ustalił liczbę nasadzeń co wynika ze złożonych przez niego w dniu 7 grudnia 2021 r. kolejnych wyjaśnień). Wykonawca ten wskazuje, że zestawienie roślin do poz. 1.11 nie wynosi 873 szt. tylko biorąc pod uwagę możliwość alternatywnego wyboru gatunku roślin (np. stokrotka trwała 130 sztuk lub zamiast niej pierwiosnek łąszczak 175 sztuk) może być zredukowane do 503 sztuki. Nie jest to rozwiązanie wyjątkowe, każdy z wykonawców składających ofertę miał możliwość jego zastosowania. Odwołujący podkreślił jednak, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia jest to liczba obsadzenia w jednym roku (w cyklu: wiosna-lato-jesień) czyli zmiana roślin w poszczególnym klombie przez jeden. Przedmiot zamówienia obejmuje obsadzanie dwóch takich klombów (okrąg– 5,3 m² i okrąg 1,8 m²).

Odwołujący podniósł, że Wykonawca OBO wskazuje w swoich wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2021 r., że pozycja 1.11 odnosi się wyłącznie do zakupu roślin a poz. 1.14 do ich nasadzenia. Zdaniem odwołującego jest to jednak rozumowanie błędne, gdyż:

Po pierwsze: wskazany w przedmiarze przez Zamawiającego w poz. 1.11 KNR (katalog nakładów rzeczowych) wyszczególnia następujące roboty wraz z materiałem dla pozycji:

- 1) zadołowanie roślin,
- 2) wyznaczenie miejsc sadzenia,
- 3) wykopanie dołów,
- 4) posadzenie roślin z dowiezieniem oraz przycięcie koron i korzeni,
- 5) podlanie i wykonanie misek,
- 6) zaprawienie dołów ziemią urodzajną, żyzną lub kompostową,
- 7) rozplantowanie lub złożenie na poboczu pozostałej ziemi.

Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę średnią z ofert dla poz. 1.11 i 1.14 oraz ofertę od podwykonawcy M. K. cena 20,08 zł netto za jedną sadzonkę jest kwotą rażąco niską (średnia z ofert to 83,96 zł).

Po drugie: zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla pozycji 1.11 powierzchnia do nasadzenia wynosi ok. 7,83 m² a w poz. 1.14 powierzchnia wynosi 6 450 m² Szczegóły dotyczące poz. 1.11 zostały opisane (w tym powierzchnia) w dokumentacji projektowej (SWZ zał. 7C, Tom IV Dokumentacji Projektowej pdf str. 8, pkt 2.1.5. KLOMB). Z powyższego wynika, że wedle rozumowania Wykonawcy OBO jedno nasadzenie rzeczywiście kosztuje 5,51 zł/szt (przy przyjęciu 503 sztuk).

Po trzecie: Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymaga 3 letniej pielęgnacji, w tym corocznej wymiany sadzonek. Oznacza to, że w tym okresie należy przyjąć dodatkowo do nasadzenia co najmniej 1 006 szt. (503 szt. x 2 lata kolejne wymiany

w okresie pielęgnacji). Odwołujący podniósł, iż są to rośliny jednoroczne sezonowe, które po wymianie nie nadają się do ponownego nasadzenia w kolejnym roku.

Po czwarte: w skazana w poz. 1.14, powierzchnia tj. 6 450 m² (4450 m² + ok. 2000 m²) dotyczy wykonania łąki kwietnej (w SWZ zał. 7C, Tom IV Dokumentacji Projektowej pdf str. 10, pkt 2.2.4. ŁĄKA KWIETNA WIELOLETNIA MIODODAJNA), gdzie w opisie wskazano dokładnie sposób wykonania tej łąki. Opisany został materiał, który powinien zostać użyty do jej wykonania a w przedmiarze rozbito na poszczególne pozycje zgodnie z zestawieniem (SWZ zał. 7C, Tom IV Dokumentacji Projektowej pdf str. 17 inne materiały pkt. 3), tj.:

3. Mieszanka łąki kwietnej wieloletniej miododajnej 32,25 kg odnosi się do poz. 1.18 dostawy nasion łąki kwietnej

- łąka zakładana od nowa 4450 m² przy normie wysiewu 5 gram na m² powierzchni 22,25 kg. odnosi się do poz. 1.14 wykonania łąki

- fragmenty łąki jako uzupełnienie materiału roślinnego około 2000 m² 10 kg odnosi się do poz. 1.14 wykonania łąki

4. Vermikulit lub piasek, jako nośnik mieszanki nasiennej w proporcji 5l nośnika na każde 50g mieszanki 3.2 m³ odnosi się do poz. 1.22 dostawy wermikulity do rozsiania wraz z nasionami wg proporcji wskazanych w pkt. 2.4.2 dokumentacji.

j) Odwołujący podniósł, że w swoich wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2021 r. Wykonawca OBO wskazuje że w koszty związane z robotami pielęgnacyjnymi dla całości zakresu zieleni w okresie wskazanym w dokumentacji (czyli wedle rozumowania tego wykonawcy obejmujące też dwukrotną wymianę 503 szt. sadzonek sezonowych) ujął w pozycji 1.21 kosztorysu ofertowego. Kwota ta wynosi w jego ofercie: 84 888,00 zł przy średniej z ofert 143.548,64 zł). Skora ma ona obejmować także dwukrotną wymianę 503 szt. sadzonek sezonowych, której koszt wedle stawki wskazanej w wyjaśnieniach wynieść winien 20.201,00 zł to na pozostałą pielęgnację (podlewanie, koszenie, nawożenie, usuwanie chwastów) przez okres 3 lat po zostaje suma 64 686,00 zł. Zdaniem odwołującego w żaden sposób Wykonawca ten nie wyjaśnił, jak za tak niewielką kwotę zamierza zrealizować wszystkie wymagane zabiegi pielęgnacyjne.

Odwołujący podniósł także, że pozostałe dowody dołączone do wyjaśnień Wykonawcy OBO stanowią wyłącznie oferty dostawców i usługodawców (jak się należy domyślać ewentualnych podwykonawców). Odwołujący wskazał, że w żadnej z nich (tak jak i wyjaśnień Wykonawcy OBO, nawet w przy łącznym rozpoznaniu dokumentów złożonych w dniu 26 listopada i 7 grudnia 2021 r.) nie sposób ustalić jak wykonawca ten kalkulował swoją propozycję cenową, z jakich obiektywnych czynników wynika możliwość zaoferowania ceny tak znacząco niższej od pozostałych oferentów.

Odwołujący podniósł, że brak jest w złożonych wyjaśnieniach jakiegokolwiek informacji o kosztach pracowniczych, użytkowania środków transportu, narzędziach i wyposażeniu zakładu przeznaczonych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że Wykonawca OBO zamiast zaprezentować zestawienia konkretnych składników cenotwórczych (z uzasadnieniem ich wysokości, popartym stosownymi dowodami) ograniczył się do przedstawienia w sumie dość enigmatycznego opisu swojej przewagi rynkowej, którą uzasadnia posiadaniem doświadczenia zawodowego, korzystania z instytucji podwykonawstwa, a nawet samego faktu odbycia wizji lokalnej.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust 6 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień dotyczących ceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez Wykonawcę OBO, niezależnie od tego czy ograniczona wyłącznie do pierwszego wystąpienia tego wykonawcy z dnia 24 listopada 2021 r. czy nawet przy uwzględnieniu kolejnych wyjaśnień złożonych w dniu 7 grudnia 2021 r. powinna być jednoznacznie negatywna.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca OBO Polska sp. z o.o. w Rzeszowie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 18 listopada 2021 r. skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia przystępującego z 24 listopada 2021 r. co do ceny ofertowej wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego z 30 listopada 2021 r skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia przystępującego z 7 grudnia 2021 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17 stycznia

2022 r., załączniki do odwołania, załączniki do pisma procesowego przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

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

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10*

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rewaloryzacja historycznego parku w Niwiskach wraz z budową oświetlenia.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) wykonawcy Firma Budowlana R., R.R. z ceną 2.386.509,89 zł brutto,
- 2) przystępującego z ceną 2.488.659,99 zł brutto,
- 3) odwołującego z ceną 3.457.672,15 zł brutto,
- 4) wykonawcy Bruk-Dam D.P. z ceną 3.543.000,00 zł brutto,
- 5) konsorcjum Firma Remontowo-Budowlana P., P.P. oraz Techart sp. z o.o. z ceną 3.625.558,97 zł brutto,
- 6) wykonawcy Firma Budowlana Solid-Bud, B.P. z ceną 3.773.000,00 zł brutto,

- 7) konsorcjum Treebud sp. z o.o. oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. sp. k. z ceną 3.813.762,91 zł brutto,
- 8) wykonawcy Bruk-Dar D.S. z ceną zł 3.842.948,59 brutto,
- 9) wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów sp. z o.o. z ceną 3.997.727,71 zł brutto,
- 10) wykonawcy Gardner Designers D. i Wspólnicy sp. j. z ceną 4.151.242,21 zł brutto,
- 11) wykonawcy Sorted sp. z o.o. z ceną 4.378.856,28 zł brutto.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.748.827,26 zł brutto. (por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 18 listopada 2021 r. działając, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: „Rewaloryzacja historycznego parku w Niwiskach wraz z budową oświetlenia”

Zaoferowana przez Państwa cena jest niższa ponad 30% zarówno od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, jak również średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych w w/w postępowaniu.

W związku z tym, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego – niezbędne jest złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny:

W związku z powyższym wzywamy do przedłożenia Zamawiającemu szczegółowej analizy oraz przedłożenia dodatkowych dokumentów, które udowodniałyby, że podana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami stawianymi przez Zamawiającego.

Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak aby potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z 24 listopada 2021 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

Informuje, iż oferta Wykonawcy została skalkulowana w oparciu o dokumentację techniczną, zapisy SWZ oraz odpowiedzi. Wartość całości zadania została wyliczona przez Wykonawcę w sposób rzetelny.

Odnosząc się do wezwania informujemy jakie czynniki wpłynęły na możliwość złożenia atrakcyjnej cenowo oferty:

1. Firma OBO Polska posiada atrakcyjne warunki cenowe w zakresie branży zieleń, co przekłada się na możliwość obniżenia oferty. Kompleksową ofertę na usługi podwykonawcze na etapie postępowania przetargowego uzyskano od firmy M.K. Usługi Ogrodnicze i Leśne, z którym to Wykonawca zrealizował kilka dużych projektów pod nadzorem konserwatora zabytków. Na dowód powyższego przedstawiamy Państwu ofertę – Załącznik nr 1.

2. W ramach przygotowania do postępowania przetargowego uzyskaliśmy ceny kluczowych, cenonośnych materiałów związanych z branżą budowlaną takich jak:

a. Opornik Granitowy – oferta uzyskana bezpośrednio od producenta - Załącznik nr 2.

b. Kruszywo mineralne HanseGrand – Załącznik nr 3.

c. Geokrata o wymiarach 50x50 o wysokości 5 cm – Załącznik nr 4.

d. Wykonanie robót budowlanych (robocizna, sprzęt, materiały standardowe) – FHU SOLO A.G. – Załącznik nr 5

3. W toku przygotowanie ceny ofertowej uzyskano również kompleksową ofertę podwykonawczą na wykonanie zakresu z branży elektrycznej – Załącznik nr 6.

Dodatkowo, analizując otrzymane od Państwa oferty pozostałych firm biorących udział w postępowaniu przetargowym zauważyliśmy następujący fakt który potwierdza, iż zaoferowana przez nas cena ryczałtowa nie jest rażąco niska tj.:

1. W zestawieniu ofert dla poszczególnych części zamówienia (1A, 1B, 1C) da się zauważyć, iż nasza Spółka nie zaproponowała najniższych kwoty w rozbiciu na poszczególnych oferentów, co przedstawia poniższe zestawienie tabelaryczne. (...)

Dodatkowo informujemy, iż Wykonawca podczas sporządzania oferty dokonał wizji lokalnej w terenie, szczegółowo przeanalizował opis przedmiotu zamówienia odnosząc go do kalkulacji zaplanowanych prac, biorąc jednocześnie pod uwagę ryczałtowy charakter zamówienia.

Ponadto pragniemy dodać, iż w ostatnim czasie zakończyliśmy dużą inwestycję, realizowaną dla Gminy Dzikowiec, co pozwoliło nam na dokładne rozpoznanie rynku w sąsiedztwie planowanej inwestycji i przyczyniło się w konsekwencji do zaoferowania konkurencyjnej ceny.

Mając na uwadze powyższe w opinii Wykonawcy złożona oferta nie wykazują przesłanek do badania rażąco niskiej ceny.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 30 listopada 2021 r., zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust 2 pkt 1 ustawy Pzp zażądał złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: „Rewaloryzacja historycznego parku w Niwiskach wraz z budową oświetlenia”.

Prosimy o uszczegółowienie wyliczenia kosztów robocizny (cena roboczogodziny, ilość godzin), materiał, sprzęt, w pozycjach 1.1, 1.11 i 1.14 załącznika 1C Rewitalizacja historycznego Parku w Niwiskach.

W związku z powyższym wzywamy do przedłożenia Zamawiającemu szczegółowego wyliczenia kosztów w pozycjach j/w oraz przedłożenia dodatkowych dokumentów, które udowodniałyby, że podana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami stawianymi przez Zamawiającego.

Wyliczenia i wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak aby potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z 7 grudnia 2021 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

(...) mając na uwadze pełną transparentność przygotowanej oferty jak również szeroko rozumianą ostrożność procesową Wykonawca udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w poniższym wystąpieniu przedstawia kalkulację szczegółową dla poszczególnych pozycji kosztorysowych:

1) Zał. 1C, poz. 1.1. „Wykonanie ekspertyzy dendrologicznej dla 11 szt. drzew (określenie statyki drzewa wraz z rodzajem zabiegów)”.

Firma OBO Polska przystępując do wyceny danej pozycji opierała się na dużym doświadczeniu firmy ABFOREST R.S., 37-400 Nisko, ul. Długa 55 w tego typu zadaniach. Po przeanalizowaniu dokumentacji technicznej, wizji w terenie dotyczącej zieleni, którą odbył Pan R.S., oraz kilku rozmowach telefonicznych i dokładnym ustaleniu zakresu robót, firma OBO Polska otrzymała ofertę cenową, która opiewa na kwotę 3 500 zł netto, na którą nałożono odpowiednie narzuty, co w rezultacie dało kwotę 3 930zł netto, przedstawioną w kosztorysie ofertowym. Ofertę przedstawiono w załączniku nr 1 do niniejszego tłumaczenia.

2) Zał. 1C, poz. 1.11 „Sadzenie drzew i krzewów liściastych form piennych na terenie płaskim grunt kategorii III, bez zaprawy dołów, średnica i głębokość dołów 0,7m”.

3) Zał. 1C, poz. 1.14 „Obsadzenie kwietników roślinami kwietnikowymi”.

Ze względu na dokładny opis roślin znajdujący się w „Wykaz roślinności i pozostałych materiałów” będący częścią dokumentacji technicznej, wspomniane wyżej pozycje wyceniono w oparciu o dokumentację, mając jednocześnie na uwadze brak możliwości zmiany przedmiaru robót.

Następnie przystępujący odniósł wskazane przez siebie fragmenty dokumentacji projektowej odnoszące się do wykazu roślinności do wskazanych przez siebie pozycji przedmiaru robót.

Jednocześnie przystępujący wyjaśnił, że pozycji 1.11 została przyjęta zła podstawa kalkulacji odnosząca się do drzew i krzewów, a nie roślin kwiatnikowych jak stanowi projekt budowlany będący głównym elementem opisującym przedmiot zamówienia. Wspomniane wyżej rośliny są roślinami służącymi do obsadzenia klombów, przedstawionych w dokumentacji technicznej Tom 4, Projekt wykonawczy nasadzeń roślinnych pkt. 2.1.5. Przedmiar prac w którym ujęte zostały nasadzenia powyższych roślin nazywany w dokumentacji technicznej klombem, kwietnikiem został ujęty w pozycji 1.14. (...)

Jak można wywnioskować z powyższych zestawień obie te pozycje zarówno 1.11 jak i 1.14 dotyczą tego samego materiału roślinnego jednak w niewłaściwych ilościach.

Następnie przystępujący przedstawił właściwe według siebie ilości nasadzeń zostały przyjęte zgodnie z wykazem ilości, w sposób następujący (korzystając z zapisów lub), informując, że sumaryczna ilość roślin wynosi 503 sztuki.

W związku z brakiem możliwości korekty przedmiaru prac, powyższe nasadzenia zostały przyjęte przez Firmę OBO Polska w następujących pozycjach kosztorysowych nr 1.11, oraz 1.14, dających w sumie kwotę związaną z nasadzeniem równą 10 101,00 zł netto. W przeliczeniu na 503 sztuki nasadzeń daje to 20,08 zł netto na jedną sadzonkę. Kwota związana z robocizną, czyli nasadzeniem została przyjęta w pozycji 1.11, zaś kwota sadzonek w pozycji 1.14. Natomiast kwota związana z robotami pielęgnacyjnymi dla całości zakresu zieleni w okresie wskazanym w dokumentacji została przyjęta w pozycji: poz. 1.21.

Pragniemy w tym miejscu ponownie zauważyć, iż Zamawiający w SWZ przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia co potwierdza również zapis projektowanych postanowień umowy. W związku z powyższym w obrocie profesjonalnym przyjmuje się iż, w przypadku tego rodzaju wynagrodzenia Wykonawca ma wykonać prace zgodnie z udostępnioną dokumentacją projektową, a załączone przedmiary prac stanowią materiał pomocniczy.

Wykonawca analizując szczegółowo dokumentację techniczną wychwycił wspomniane nieścisłości i kierując się warunkami brzegowymi SWZ w formie:

1. Wynagrodzenie ryczałtowe
2. Brak możliwości zmiany przedmiaru.

Przystępujący przywołał postanowienia SWZ, Rozdział 3, punkt 2.

Wykonawca widząc rozbieżności pomiędzy projektem budowlanym, a przedmiarem prac nie wykorzystał ich w celu sztucznego zwiększenia kwoty ryczałtowej bazują jedynie w tym przypadku na kalkulacji prac zaplanowanych do wykonania. Takiego rodzaju zachowanie byłoby nieetyczne, a jednocześnie naraziło by Państwa budżet na niepotrzebny wzrost kosztów realizacji przedmiotowej Inwestycji, który nie wynikałby z faktycznego zakresu robót, a jedynie z rozbieżności, która to w przypadku wkalkulowania w koszty stanowiłaby dodatkową marżę Wykonawcy – ze względu na ryczałtowy charakter zamówienia.

Następnie ustalono, że pismem z 17 stycznia 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Cena oferty przystępującego różniła się o ponad 30% zarówno od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich wykonawców. Powyższe nie było sporne między stronami. Zwrócił na to uwagę również sam zamawiający w swoim wezwaniu z dnia 18 listopada 2021 r. skierowanym do przystępującego. Ustawodawca w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną oferowaną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen musi wzbudzić podejrzenia i prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do przedstawienia wyjaśnień i złożenia dowodów w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co nastąpiło pismem z dnia 18 listopada 2021 r.

Wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zaś powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynikało bowiem z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*.

Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący zarzucając, że przystępujący nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, a mimo to zamawiający, mając

obowiązek odrzucenia oferty przystępującego, takiego obowiązku nie wykonał, czym naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 16 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że w reakcji na wezwanie zamawiającego z 18 listopada 2021 r., przystępujący w wyjaśnieniach z 24 listopada 2021 r. poprzestał jedynie na złożeniu ofert podwykonawców (w formie kosztorysu uproszczonego) i złożeniu dowodu odnośnie cen trzech materiałów: kruszywa mineralnego, geokraty i opornika granitowego. Pomijając owe trzy oferty dotyczące niektórych materiałów, taki sposób skonstruowania wyjaśnień sprawił, że poza ujawnieniem wysokości marży przystępującego i nazw podwykonawców, nie przedstawiono zamawiającemu żadnych dodatkowych informacji, pozwalających prześledzić prawidłowość kalkulacji robót ponad te, które zamawiający już posiadał po analizie kosztorysów ofertowych załączonych do oferty przystępującego. Zamawiający dysponował już bowiem kosztorysami uproszczonymi przystępującego. W szczególności w wyjaśnieniach i dowodach zabrakło jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych (oprócz oferty na trzy grupy materiałów). Porównanie uproszczonych kosztorysów ofertowych przystępującego zalegających w ofercie z kosztorysami uproszczonymi podwykonawców pozwalało zamawiającemu jedynie dodatkowo na wyliczenie wysokości marży odwołującego i nic więcej. Wyjaśnienia przystępującego w żaden sposób nie odpowiadały treści wezwania zamawiającego i nie zawierały jakichkolwiek elementów, o których mowa w art. 224 ustawy Pzp. Podkreślenia wymagało, że zamawiający wyraźnie przypomniał przystępującemu w wezwaniu, iż składane wyjaśnienia muszą być konkretne i wyczerpujące, a także że powinny wskazywać wszystkie czynniki mające wpływ na cenę, oraz że powinny być do nich załączone dowody.

Przypomnienia wymaga również, że jak wynika z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 224 ustawy Pzp powinny odnosić się wielu elementów tam wskazanych, w tym choćby wykazywać zgodność zaoferowanej ceny z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, czy z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zdaniem Izby, taki sposób przedstawienia wyjaśnień, na jaki przystępujący zdecydował się w piśmie z 24 listopada 2021 r., nie pozwalał zamawiającemu w żaden sposób na dokonanie analizy prawidłowości ceny ofertowej. W wyjaśnieniach brak było choćby takich kluczowych informacji, ile osób będzie wykonywało roboty budowlane, na jakiej podstawie będą zatrudnieni, jakie stawki wynagrodzenia będą im płacone. Z kolei w odniesieniu do nasadzeń nie wskazano choćby, jakie nasadzenia zostały skalkulowane w zagregowanych pozycjach kosztorysów.

Przypomnienia wymagało, że celem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 ustawy Pzp, jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Od obowiązku ujawnienia tych czynników nie zwalnia wykonawcy robót fakt, że daną część robót zamierza wykonać przy pomocy podwykonawcy. Podkreślenia wymagało bowiem, że cena ofertowa podwykonawcy również może być nieprawidłowo skalkulowana. Aby umożliwić jej weryfikację konieczne są dane, które umożliwiają zbadanie elementów cenotwórczych, jakie legły u podstaw kalkulacji podwykonawcy. Takich zaś elementów próżno było szukać w treści wyjaśnień przystępującego z dnia 24 listopada 2021 r. Konieczność przedstawienia elementów cenotwórczych również w stosunku do tych części przedmiotu zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie zarówno Izby, jak i sądów okręgowych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 7 lutego 2017 r. sygn. akt X Ga 535/16/za, w którym podtrzymano rozstrzygnięcie wynikające z wyroku Izby z 9 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2036/16).

Powyższe oznaczało, że już 24 listopada 2021 r. zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty przystępującego z powodu braku obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Rację ma odwołujący zarzucając, że w okolicznościach danej sprawy zamawiający nie miał prawa skierować do przystępującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co miało miejsce w piśmie z 30 listopada 2021 r. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny na orzeczeniami Izby, zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za całkowicie niedopuszczalne należy uznać kolejne wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach.

W analizowanej sprawie, pomimo iż wykonawca miał obowiązek złożenia szczegółowych, konkretnych i wyczerpujących wyliczeń już w reakcji na pierwsze wezwanie, zamawiający po raz kolejny zmuszony został do wezwania przystępującego m.in. do przedstawienia wyliczenia kosztów robocizny, ceny robocizny, materiałów, sprzętu. Treść drugiego wezwania najdobitniej świadczyła o tym, że takich kluczowych elementów analizy i kalkulacji w ogóle zabrakło w pierwszych wyjaśnieniach. Tym samym należało dojść do wniosku, że drugie wezwanie zamawiającego z 30 listopada 2021 r. nie zmierzało do uściślenia już złożonych, pozytywnych wyjaśnień co do kosztów robocizny, ale stanowiło ponowione wezwanie do ich przedstawienia. W tej sytuacji za całkowicie niezgodne z

prawem należało uznać dokonywanie przez zamawiającego oceny realności ceny ofertowej przystępującego z wykorzystaniem drugich wyjaśnień wykonawcy z 7 grudnia 2021 r.

W konsekwencji za zbyteczne Izba uznała odnoszenie się do zarzutów odwołania podniesionych przez odwołującego z ostrożności na wypadek gdyby Izba uznała, że zamawiający, w okolicznościach danej sprawy, miał prawo wezwać przystępującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Jak wyjaśniono wcześniej, zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę przystępującego już w momencie, gdy w reakcji na pierwsze wezwanie wykonawca złożył lakoniczne wyjaśnienia, niezawierające prawie jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych, oprócz cen ofertowych na trzy grupy materiałów i marży samego przystępującego. Poza tymi elementami, wyjaśnienia nie zawierały jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych. Wobec powyższego zamawiający zobowiązany był, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp uznać, że *złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu* i odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wnioski odwołującego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, stanowiących załączniki nr 4-13 do odwołania, to jest:

4. wydruk z portalu branżowego www.bzg.pl
5. wydruk z portalu branżowego www.kalkat.pl
6. wydruk z portalu specjalistycznego www.kb.pl
7. wydruk ze strony internetowej www.refreszing.pl cena sadzenia drzew;
8. wydruk ze strony internetowej www.roslinowo.pl cena sadzenia drzew;
9. oferta sprzedaży sadzonek od Park M Produkcja Roślin K.M.;
10. wydruk ze strony internetowej www.futuregardens.pl cena sadzonki jabłonki o wysokości 1,2 m;
11. wydruk ze strony www.roslinowo.pl cena sadzonki jabłonki o wysokości 2 m;
12. wydruk ze strony internetowej www.futuregardens.pl (oferta sprzedaży sadzonki cisa pospolitego SEMPERAUREA Taxus baccata C3,5/60 80cm *4K)
13. katalog Clematis Źródło Dobrych Pnączy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k uznając, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Izba stwierdziła, że wnioskowanymi dowodami odwołujący zmierzał do ustalenia faktów, mających stanowić polemikę z drugimi wyjaśnieniami przystępującego z 7 grudnia 2021 r., albo polemikę z założeniami nieujawnionymi przez wykonawcę w pierwszych wyjaśnieniach z 24 listopada 2021 r., którą odwołujący podjął „w ciemno”, z ostrożności procesowej.

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wnioski przystępującego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, stanowiących załączniki do pisma procesowego z dnia 9 lutego 2022 r., uznając, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba stwierdziła, że wnioskowanymi dowodami przystępujący zmierzał do ustalenia faktów, mających stanowić polemikę z dowodami nr 4-13 do odwołania, co jak wskazano wcześniej było zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto przystępujący dowodami tymi usiłował wykazywać realność zaoferowanej przez siebie ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, prezentując materiał dowodowy, który mógł i powinien złożyć w reakcji na wezwanie zamawiającego z dnia 18 listopada 2021 r. Powyższe należało uznać za działanie całkowicie spóźnione. Dostrzeżenia wymaga, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zgodnie z art. 513 ustawy Pzp rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, oraz wykonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.598,98 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: