

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2014 r. przez **wykonawcę – M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOWER POWER M. P., ul. Szkolna 8, 46-048 Knieja**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole**,

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę – M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOWER POWER M. P., ul. Szkolna 8, 46-048 Knieja tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. **zasądza od zamawiającego – Miasta Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole na rzecz wykonawcy – M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOWER POWER M. P., ul. Szkolna 8, 46-048 Knieja kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Opole prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Wykonanie nasadzeń w zabytkowym parku na Wyspie Bolko -1 etap”. Odwołujący M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Flower Power M. P. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Wykonawcy jako niezgodnej z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”); w sytuacji, gdy oferta była zgodna ze wszystkimi wymogami SIWZ; art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez podanie jako podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy niezgodności z SIWZ, przy jednoczesnym braku wskazania podstawy faktycznej takiego rozstrzygnięcia; ewentualnie, przyjmując że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji gdy Zamawiający nie wyjaśnił dostatecznie, czy zaoferowana cena faktycznie jest ceną rażąco niską, w sytuacji, kiedy cena przedstawiona w ofercie nie może zostać uznana za rażąco niską; art. 92 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 89 ust. 1. pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez brak właściwego wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty Wykonawcy.

Wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uwzględniając w tym wyborze ofertę Odwołującego oraz wyboru tej oferty jak najkorzystniejszej; zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3600 zł, w sytuacji zastępstwa przez pełnomocnika na rozprawie.

18 listopada 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w treści wezwania napisał: „Informuję, że w trakcie badania ofert w ofercie złożonej przez Państwa firmę stwierdzono, że może ona zawierać rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia określonej przez zamawiającego na podstawie cenowego rozeznania rynku. Cena ofertowa wynosi 179 657,68 zł brutto za całość zadania (przy wyszacowaniu wartości zamówienia - 251 414,45 zł brutto), co stanowi 71,46 % wyszacowania zamawiającego. W związku z powyższym stosownie do art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody

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

Jak wskazał Odwołujący, w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, wyjaśnił kompleksowo elementy cenotwórcze, okoliczności przemawiające za realną możliwością wykonania przedmiotowego postępowania za cenę wskazaną w ofercie i jednocześnie oświadczył, że korzystał z pomocy publicznej na zakup sprzętu. Zamawiający ponownie wystąpił o wyjaśnienie, w zakresie okoliczności, czy przyznana pomoc publiczna „jest zgodna z prawem” i jaki miała wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Odwołujący pismem z dnia 25 listopada 2014 r. wskazał, iż przedmiotowa pomoc została udzielona w związku z „Programem rozwoju obszarów wiejskich na lata 2007-2013, 312 Tworzenie i rozwój mikroprzedsiębiorstw” i zaznaczył, iż pomoc ta nie jest elementem wpływającym na zaproponowaną w ofercie cenę. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego jest sprzeczne z przepisami ustawy i nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający w „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” wskazał, iż oferta Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP jako nieodpowiadająca treści SIWZ. Odwołujący podniósł, że uzasadnienie faktyczne w żaden sposób nie koresponduje z podstawą prawną odrzucenia oferty, a co za tym idzie nie można uznać, iż przesądza o niezgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie wskazał zasadności takiego rozstrzygnięcia, nie wskazał z którymi postanowieniami SIWZ oferta Odwołującego miałaby być sprzeczna. Odwołujący oświadczył, że nie posiada żadnej wiedzy, ani nawet nie jest w stanie przypuszczać w jakim zakresie jego oferta miałaby być sprzeczna z SIWZ. Taka sytuacja, w jego ocenie, w sposób oczywisty narusza przepisy ustawy, ponieważ doprowadza do odrzucenia Wykonawcy w oparciu o przesłankę, która nie została wykazana przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że taka sytuacja uniemożliwia skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej, ponieważ Wykonawca nie ma wiedzy w jakim zakresie jego oferta jest niezgodna z SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający odniósł się do ceny zaoferowanej w ofercie oraz do treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Odwołujący podniósł także w odwołaniu zarzut, że stanowisko

Zamawiającego, zgodnie z którym oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazał, że odrzucenie oferty na tej podstawie może mieć miejsce jeśli Wykonawca wyjaśnień nie złożył, lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że o ile ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na Wykonawcy, o tyle możliwość odrzucenia na tej podstawie pojawia się dopiero kiedy Zamawiający po dokonaniu oceny tych wyjaśnień ma pewność, iż cena ta jest rażąco niska. Podkreślił, że w obecnym stanie prawnym nie ma przeszkód aby w sytuacji kiedy po uzyskaniu wyjaśnień Zamawiający wciąż ma wątpliwości w tej sferze wystąpił ponownie do Wykonawcy o dalsze wyjaśnienia. Takie stanowisko zdaniem Odwołującego wynika z interpretacji art. 55 dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114).

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wskazał, że „wyjaśnienia te są niekonkretne i nie ujawniają najważniejszych składników cenotwórczych”. Zdaniem Odwołującego takie stanowisko jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie miał pewności czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający na etapie badania ofert po raz drugi zwrócił się o wyjaśnienie, jednak ograniczył je do kwestii związanych z pomocą publiczną. W ocenie Odwołującego wskazuje to na okoliczność, że Zamawiający uznał pozostałe wyjaśnienia Odwołującego za wyczerpujące i przekonujące.

Odwołujący wskazał, że w treści oferty wymienił elementy wpływające na cenę, tj. prowadzenie działalności w niedalekiej odległości od miejsca wykonania zamówienia, technologia wykonania prac, możliwość uzyskania rabatów na zakup materiału oraz dysponowanie odpowiednio wykwalifikowanym personelem. Jakiegokolwiek ewentualne wątpliwości w tym zakresie powinny zostać wyjaśnione w drodze kolejnego wezwania.

Nadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający bazując na wyjaśnieniach Odwołującego oraz na informacjach powszechnie dostępnych mógł w sposób obiektywny stwierdzić, iż przedstawiona w ofercie cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień precyzyjnie określił, w wyjaśnieniu skierowanym do Zamawiającego, iż przy realizacji zamówienia będzie brał udział 1 operator specjalistycznego sprzętu ogrodniczego - to jest ładowarki Avant wyposażonej w wiertnicę do gleby twardej wraz z wiertłami, co umożliwi wykopanie wszystkich dołów do nasadzenie drzew w 2 dni robocze. Ponadto wskazał, że nasadzeń dokonywać będzie 8 pracowników którzy prace te wykonają w okresie 10 dni. Przyjmując minimalne wynagrodzenie brutto

ustalone na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2013 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2014 r. wydanego na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, to jest 1680 zł brutto miesięczny całkowity koszt pracodawcy zatrudnienia tych pracowników przez okres miesiąca, wynoszący dla jednego pracownika 2028,43zł, wynosi 18255,87zł. Informacje o minimalnym wynagrodzeniu są powszechnie dostępne, zatem Zamawiający bazując na informacjach zawartych w odpowiedzi na wezwanie niewątpliwie miał świadomość wysokości tych kosztów.

Nadto Odwołujący argumentował, że koszty materiałów stanowią przeważającą część składnika cenotwórczego. Sadzonki drzew nie są materiałem trudno dostępnym, a ich pozyskanie jest możliwe od wielu producentów. Wyjaśnił, że bazując na przykładowych cenach określonych w oparciu o cenniki dostępne na stronach internetowych producentów można stwierdzić, że koszty pozyskania tego materiału plasują się w granicach - 90 000 zł. Odwołujący w swoim wyjaśnieniu wskazał także, że ze względu na długoletnią działalność w sferze związanej z przedmiotem zamówienia ma możliwość uzyskania upustów w wysokości 30%.

Podkreślił także, że bazując wyłącznie na rynkowych cenach tych towarów, zakup materiału nawet za cenę bez upustów jest w pełni możliwy. Odwołujący wskazał, że w związku z podjętymi przez Zamawiającego czynnościami, wystąpił do producentów sadzonek i otrzymał wycenę od producenta „Szkółka drzew i krzewów ozdobnych W. K.”, z której wynika że koszt tego materiału wynosić będzie 86 693 zł, oraz otrzymał ofertę od producenta „Szkółka Olszanowski mgr Inż. M. O.”, z której wynika że koszt tego materiału wynosić będzie 81 047 zł. Odwołujący wskazał, że nie miał możliwości uzyskania tego dokumentu w terminie zakreślonym przez Zamawiającego w pierwszym wezwaniu do wyjaśnienia. Natomiast w stosunku do drugiego wezwania, które dotyczyło wyłącznie kwestii związanej z pomocą publiczną, Odwołujący, bazując także na informacji uzyskanej telefonicznie od przedstawicielki Zamawiającego, uznał że wyjaśnienia w tym zakresie są precyzyjne i wyczerpujące, toteż zaniechał dalszego wyjaśniania kwestii w jego opinii już wyjaśnionych. Odnosząc się do kwestii kosztów związanych z wykorzystaniem maszyn Odwołujący w wyjaśnieniu wskazał, iż koszty te określił na podstawie średniej przyjmowanej za pracę tego typu urządzeń na Opolszczyźnie wg. Katalogu sekocenbud, który jest powszechnie dostępny.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zauważył, że zgodnie z art. 181 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wykonawcy w postępowaniach, w których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu

negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego. Zdaniem Zamawiającego podstawą do wniesienia odwołania nie mogą w przedmiotowym postępowaniu być artykuły 89 ust. 1 pkt.2, 92 ust. 1 pkt 2 w związku z 89 ust. 1 pkt. 4, 92 ust. 1 pkt 2.

Zamawiający przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu podał błędną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, niemniej jednak zauważył, że zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i fakty przytoczone w treści odwołania oraz dokumentacja postępowania jednoznacznie wskazują, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest uznanie jej za zawierającą rażąco niską cenę.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 218 032,09 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 251 414,45 zł. Oferta Odwołującego jest niższa od szacunkowej wartości zamawiającego o 28,54% i niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o 17,60%. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że przesłanki wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny mogą realizować się niezależnie od tego, czy zaoferowana cena jest niższa o 30 % od wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej złożonych ofert, zamawiający mając wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia przez Odwołującego, wezwał go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa. Zamawiający uznał uzyskane wyjaśnienia za lakoniczne. Podniósł, że Odwołujący zarówno w pierwszych, jak i po ponownym wezwaniu powtórnie złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnej kalkulacji, dowodów ani innych danych wskazujących na możliwość realizacji zamówienia w zaoferowanej cenie. Nadto Zamawiający argumentował, że nieprawdą jest, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający tylko raz wzywał go do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wyjaśnił, że po otrzymaniu kolejnych wyjaśnień, sprzecznych z pierwotnymi wyjaśnieniami, uznał, że wyczerpał dyspozycję art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Stwierdził, że nie znając szczegółów kalkulacji cenowej, zamawiający musiałby w tej sytuacji ponownie wzywać o wyjaśnienia powołując się na brzmienie cytowanego artykułu. Podkreślił, że argumentacja Odwołującego nie jest szczegółowa. Co więcej, uzyskane rabaty, profesjonalny sprzęt właściwe są "prawdopodobnie każdemu profesjonalnemu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie".

Nadto Zamawiający wskazał, że: „Twierdzenie Odwołującego, że w chwili składania oferty nie posiadał skalkulowanych kosztów materiałów świadczy o niestarannym przygotowaniu oferty. Złożone wyjaśnienia nie wskazywały nawet poziomu kosztów, na które powołuje się Odwołujący w treści odwołania. Powołanie się na ceny publikowane w katalogu Sekocenbud, bez wskazania wydania, kwartału, z którego pochodzi wydanie stanowiące podstawę wyceny również wskazuje na brak staranności w szacowaniu ceny oferty.” Dodatkowo zauważył, że dołączone do odwołania oferty cenowe stanowiące podstawę szacowania złożonej oferty, nie mogą w tym momencie stanowić dowodu wyjaśniającego rażąco niską cenę, są złożone po terminie wyznaczonym przez zamawiającego na ich składanie.

Zamawiający podkreślał także, że ciężar dowodu wykazania braku rażąco niskiej ceny spoczywa na Odwołującym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby w świetle art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawę do wniesienia odwołania mogą stanowić zarzuty dotyczące oferty Wykonawcy odrzuconego oparte art. 89 ust. 1 pkt 2, 92 ust. 1 pkt 2 w związku z 89 ust. 1 pkt. 4, 92 ust. 1 pkt 2. Należy zauważyć, że wymienione artykuły odnoszą się do podstawy odrzucenia oferty. W niniejszym postępowaniu w treści odwołania podniesiono art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 4, gdyż to właśnie na tych artykułach Zamawiający oparł podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Art. 89 ust. 1 pkt 2 został wymieniony jako podstawa prawna odrzucenia oferty, natomiast art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 stanowią – jak wskazał Zamawiający - podstawę rzeczywistą i faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym, stosownie do art. 181 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania, które obejmowało zarzuty sformułowane na podstawie przepisów, dotyczących okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego (podstawy faktycznej i prawnej), tj. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 w związku z art. 90. Podkreślenia wymaga, że dopiero w treści pisma procesowego



Zamawiający przyznał, że popełnił omyłkę i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym zarzuty oparte na treści artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mogły stanowić podstawę odwołania w niniejszym postępowaniu. Należy także zauważyć, że art. 92 ust. 1 pkt 2 jest związany ze wskazaniem podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy. Okoliczność braku wskazania podstawy prawnej odrzucenia Wykonawcy lub podania błędnej podstawy jest związana z czynnością odrzucenia wykonawcy z postępowania.

Tym samym, w ocenie Izby nie jest uprawnione stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym podstawą do wniesienia odwołania nie mogłyby być w przedmiotowym postępowaniu artykuły 89 ust. 1 pkt.2, 92 ust. 1 pkt 2 w związku z 89 ust. 1 pkt. 4, 92 ust. 1 pkt 2. Zarzuty oparte na tych artykułach dotyczą okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego, zatem stosownie do art. 181 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania obejmującego zarzuty oparte na podstawie wymienionych artykułów.

Osobną kwestią jest, że Zamawiający przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu podał błędną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, niemniej jednak zauważył, że zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i dokumentacja postępowania jednoznacznie wskazują, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest uznanie jej za zawierającą rażąco niską cenę. Skoro więc Zamawiający w niniejszym postępowaniu wskazał błędną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, jednak podał właściwą podstawę faktyczną, to Wykonawca miał możliwość zapoznania się z treścią uzasadnienia Zamawiającego, a co za tym idzie odnieść się w treści odwołania do argumentacji Zamawiającego. Zatem ewentualna omyłka w tym zakresie pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu. Tym samym również należało uznać, że nie zachodziła w postępowaniu okoliczność, jak również podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...). W niniejszym postępowaniu średnia arytmetyczna złożonych ofert wyniosła 218 032,09 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 251 414,45 zł. Oferta Odwołującego jest więc niższa od szacunkowej wartości Zamawiającego o 28,54% i niższa od średniej arytmetycznej

złożonych ofert o 17,60%. Zamawiający jest jednak uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Z treści dokumentacji wynika, że wątpliwość Zamawiającego powstała na bazie okoliczności, że cena Odwołującego była niższa od cen pozostałych Wykonawców i od ceny szacowanej. Zamawiający nie podał żadnych innych powodów, dla których uznał, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest nierealna i na podstawie których skierował wezwanie do Odwołującego o wyjaśnienia.

Treść wezwania, jakie wystosował Zamawiający, opierała się na przytoczeniu treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający m.in. wnosił zatem ogólnie, o wskazanie 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, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Wykonawca odniósł się do każdego z elementów zadanego pytania. Jako oszczędność i sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia wskazał bliską odległość od siedziby Zamawiającego. Jak wyjaśnił Odwołujący, okoliczność ta umożliwiła chociażby zaoferowanie niższych cen w zakresie pielęgnacji (codziennej), łączy się bowiem ze znaczącym zmniejszeniem kosztów dojazdu Wykonawcy. Nadto w treści przesłanych wyjaśnień wskazał na okoliczność, że posiada odpowiedni sprzęt do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że odpowiednie narzędzia powinien posiadać każdy wykonawca, który przystępuje do realizacji zamówienia określonego przez Zamawiającego, jednakże Odwołujący dzięki posiadanemu sprzętowi, zrealizuje zamówienie w czasie krótszym niż określony przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący wskazał, że zrealizuje prace z udziałem sprzętu w ciągu 2 dni. Podał także wartość pracy sprzętu, dzięki czemu można stwierdzić, że wartość prac w ciągu dwóch dni jest niewielka. Nadto Odwołujący wskazał, że cenę 1 godziny pracy sprzętu oszacował na podstawie średnich cen publikowanych w wydawnictwach Sekocenbud.

Nadto Odwołujący wskazał metodę palikowania, jaką zrealizuje zamówienie, co również wpłynąć ma na krótszy czas realizacji zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący jako sprzyjającą okoliczność wskazał możliwość uzyskania rabatów 30 % przy zakupach roślin, co także obniża koszt usługi, chociażby w stosunku do szacowanej przez Zamawiającego ceny (która powinna być określona przy zastosowaniu cen rynkowych). W ocenie Izby jest to także okoliczność sprzyjająca przy kalkulacji ceny realizacji zamówienia.

Odwołujący, odnosił się do każdego z elementów określonego w pytaniu Zamawiającego, w tym także potwierdził, że żaden z pracowników nie otrzymuje wynagrodzenia niższego od minimalnego określonego na podstawie ustawy.

Nie można zatem uznać, że Odwołujący nie przedstawił konkretnych elementów, okoliczności, które uzasadniałyby niższą cenę. W przeciwieństwie zatem do twierdzenia Zamawiającego wyrażonego w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, jakoby wyjaśnienia były niekonkretne i nie wskazywały składników kosztotwórczych, należy stwierdzić, że przedstawione wyjaśnienia wskazują na szczególne sprzyjające okoliczności, a także na rabat, czy konkretny koszt pracy sprzętu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W treści informacji o odrzuceniu wskazał, że Odwołujący nie przedstawił żadnych składników kosztotwórczych. Należy jednak zauważyć, że w treści wezwania do złożenia wyjaśnień, Zamawiający nie wnosił o przedstawienie takiej kalkulacji. Żądanie szczegółowej kalkulacji nie pojawiło się także w drugim wezwaniu do wyjaśnień, jakie Zamawiający skierował do Odwołującego. Wprawdzie ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na Odwołującym, jednak Odwołujący w treści wyjaśnień odniósł się do każdego z aspektów, który wymienił Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnienia ceny oferty.

Odrzucając ofertę, Zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. W niniejszym postępowaniu takiej pewności nie ma. Wykonawca wskazał okoliczności, które uzasadniają obniżenie ceny, równocześnie podał cenę za jedną godzinę pracy sprzętu (wraz z czasem, w jakim sprzęt będzie używany). Tym samym brak było podstaw do dokonania odrzucenia oferty Odwołującego. Jeśli istniały dalsze wątpliwości, chociażby w zakresie przedstawienia konkretnej kalkulacji, Zamawiający miał możliwość wystąpić o taką kalkulację.

Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów z dwóch różnych źródeł (od dwóch różnych dostawców roślin). Cena za rośliny, oferowana przez tych dostawców jest zbliżona i wynosi około 80 000 tysięcy złotych. Zamawiający nie zaprzeczył, że koszt materiałów (a więc w tym przypadku roślin) jest największym elementem kosztotwórczym ceny ofertowej. Skoro więc koszt materiałów wynosi ok. 80 000 złotych, to oznacza, że największe koszty stanowią jedynie połowę ceny oferty Odwołującego. Wprawdzie dowód ten został przedstawiony dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, jednak potwierdza on, że nie było uprawnione stanowisko Zamawiającego, że zaoferowana cena może być rażąco niska. Należy w tym miejscu także zauważyć, że ceny szacowane przez Zamawiającego za niektóre elementy jak posadzenie drzew iglastych były wyższe niż ceny zaproponowane przez Odwołującego w ofercie.

Zamawiający wystosował jedno wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Drugie wezwanie dotyczyło konkretnego elementu, tj. pomocy publicznej, jaką uzyskał

Odwołujący. Zamawiający miał więc możliwość wystąpić o kalkulację lub inny sposób przedstawienia kosztów, jeśli nadal miał wątpliwości co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny. Zamawiający nie zwracał się o kalkulację w zakresie przedstawionych w ofercie lub wyjaśnieniach Odwołującego elementów ceny. Podkreślenia wymaga fakt, że również Zamawiający uznaje, że wezwanie w zakresie zaoferowanej ceny może być wielokrotne. Przyznał, że dwukrotnie występował o wyjaśnienie w zakresie zaoferowanej ceny, jednak drugie z zapytań dotyczyło jedynie wybranego elementu (tj. pomocy publicznej).

Tym samym Izba uznała, że potwierdził się postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....