

**Sygn. akt: KIO 2237/14**

**WYROK**  
**z dnia 6 listopada 2014r. r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2014r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2014r. przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowo - Produkcyjne BILPOL, K. B., B. J. Sp. j. ul. Sokoła 1; 41-500 Chorzów w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Zarząd Dróg Miejskich ul. Płowiecka 31; 44-121 Gliwice

przy udziale wykonawcy J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKOPOL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe J. O. ul. Pszczyńska 14; 44-121 Gliwice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowo - Produkcyjne BILPOL, K. B., B. J. Sp. j. ul. Sokoła 1; 41-500 Chorzów i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowo - Produkcyjne BILPOL, K. B., B. J. Sp. j. ul. Sokoła 1; 41-500 Chorzów tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowo - Produkcyjne BILPOL, K. B., B. J. Sp. j. ul. Sokoła 1; 41-500 Chorzów na rzecz Zarząd Dróg Miejskich ul. Płowiecka 31; 44-121 Gliwice kwotę 3.600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

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

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W dniu 27 października 2014r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a; 02-676 Warszawa złożone zostało odwołanie pismem z dnia 24 października 2014r. przez Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowo - Produkcyjne BILPOL, K. B., B. J. Sp. j. ul. Sokoła 1; 41 - 500 Chorzów zwane dalej „odwołującym”.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich ul. Płowiecka 31; 44-121 Gliwice zwane dalej „zamawiającym”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o numerze sprawy: ZDM.26.14.2014 na usługę: „Sadzenie drzew i krzewów w latach 2014 i 2015 wraz z pielęgnacją przez okres 1-go roku oraz pielęgnacja starszych nasadzeń w okresie do 30 września 2016 r.”

Odwołujący o podstawach do wniesienia odwołania powziął wiadomość w dniu 16 października 2014 r.

Termin do wniesienia odwołania upłynął dnia 27 października 2014 r., z uwagi na dzień ustawowo wolny od pracy w dniu 26 października 2014r.

Odwołujący działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „uPzp” wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu dotyczące czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wytyczne Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez działanie Zamawiającego w zakresie uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ustawy Pzp oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdza naruszenie poniższych przepisów:

1. Art. 7 ust. 1 uPzp w związku z naruszeniem fundamentalnej zasady dotyczącej równego traktowania, wykonawców, którego wybór winien być zgodny z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych.
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 uPzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3. Art. 91 ust.1 uPzp w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkami uprawniającymi do ubiegania się o zamówienie publiczne pozbawiając prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - EKOPOL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe J. O. z siedzibą w Gliwicach (44-100), Pszczyńska 14, pomimo tego, że nie była to oferta najkorzystniejsza zwany dalej „wykonawcą wybranym”;
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie oferty odwołującego za ważną oraz wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 uPzp;
4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Podstawę uzasadnienia stanowią zarzuty prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady prawne zawarte w art. 7 uPzp a zwłaszcza dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wadliwie podjętą decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie wyboru oferty, która na podstawie kryterium przyjętego w postępowaniu - CENA - nie była oferta najkorzystniejszą.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 uPzp.

Odwołujący przedstawił następujące podstawy formalne i prawne do wniesienia odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 16 października 2014r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej (znak sprawy: ZDM.26.14.2014) powiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty EKOPOL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe J. O. z siedzibą w Gliwicach (44-100), Pszczyńska 14 jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert z wynikiem 100 pkt. (w tym kryterium cena -100 pkt.)

Dowód Nr 1: zawiadomienie z dnia 16 października 2014 roku o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty - znak sprawy: ZDM.26.14.2014

W tym samym piśmie Zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu wskazuje, iż cyt. „Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu zażądano szczegółowych wyjaśnień i przedstawienia

dowodów, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp. W udzielonych wyjaśnieniach Wykonawca przedstawił tylko w sposób bardzo lakoniczny i bez przedstawienia jakichkolwiek wymaganych dowodów informację o przyznanych mu rabatach i ogólnej sytuacji firmy.

Wszczęcie przez zamawiającego procedury z art. 90 u.Pzp ustanawia domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym, oferta wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu w przypadku potwierdzenia przypuszczeń zamawiającego. Złożenie przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny ma doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar udowodnienia zamawiającemu okoliczności wskazujących na brak zaferowania ceny rażąco niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego skierowano wezwanie.

Wyjaśnienia wykonawcy odnośnie zaferowanej ceny powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach Wykonawcy, ponieważ art. 90 p.z.p. stanowi o "dowodach" na ich potwierdzenie.

Jeśli wykonawca złoży wyjaśnienia, które nie uzasadniają ceny w zaferowanej wysokości skutki są takie same, jakby wyjaśnień nie złożył wcale, czyli oferta podlega odrzuceniu. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 p.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w ogóle nie zostały udzielone. Stanowisko zamawiającego potwierdza wyrok KIO 1159/13."

Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do zawartości merytorycznej wyjaśnień, w których odwołujący jednoznacznie odpowiedział na pytanie Zamawiającego. Procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie tylko ma zapewnić transparentność dysponowania środkami publicznymi ale także o ochronę praw uczestników tej procedury tak aby w sposób adekwatny do sytuacji faktycznej i prawnej mogli podejmować w niej czynności odpowiednie dla swoich interesów. Tym samym zadając nieprecyzyjne pytanie zamawiający otrzymał adekwatną do niej odpowiedź.

Zamawiający, w dniu 10 października 2014 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w terminie do 15 października 2014r. Istotnym jest treść wezwania, w którym Zamawiający podkreślił jaką część wyceny budzi jego wątpliwości - W szczególności proszę o wyjaśnienie kalkulacji każdej z pozycji Formularza cenowego (zał. Nr 4) dotyczącego materiału szkółkarskiego - Krzewy i drzewa.

Dowód Nr 2: wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10 października 2014 roku dotyczących ceny oferty - znak sprawy: ZDM.26.14.2014

Zamawiający nie żądał przedstawiania kosztorysów czy też odrębnych kalkulacji, a jedynie wyjaśnienie kalkulacji każdej z pozycji Formularza cenowego (zał. Nr 4) dotyczącego materiału szkółkarskiego - Krzewy i drzewa.

Istotnym dla sprawy jest zatem analiza wymogów Zamawiającego zawartych w dokumentacji przetargowej odnośnie sposobu przygotowania załącznika nr 4 - formularza cenowego. W treści SIWZ, pkt 16. Opis sposobu obliczania ceny czytamy:

- 1) oferowaną cenę należy podać w PLN w formularzu oferty - ZAŁĄCZNIK NR 1 do SIWZ,
- 2) cenę podaną w ofercie należy obliczyć, uwzględniając zakres zamówienia określony w niniejszej specyfikacji,
- 3) cena określona przez wykonawcę w ofercie nie może ulec zmianie w czasie trwania umowy z zastrzeżeniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty ewentualne zmiany stawki podatku VAT.
- 5) w przypadku podmiotów zagranicznych składających ofertę w niniejszym postępowaniu zamawiający doliczy do ceny oferty podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami na terytorium RP.

Również w treści projektu umowy, w par. 5 nie znajdujemy żadnych szczególnych wymogów odnośnie sposobu naliczenia ceny (cyt. 1) Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty na podstawie ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru. 2) Wynagrodzenie za roboty o których mowa w ust.1. stanowić będzie wynikową ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) - formularzu cenowym (zał. Nr 4 do SIWZ) - stanowiącej załącznik do przyjętej Oferty Wykonawcy, przy czym wartość całkowitego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty:.....zł brutto.)

Konsekwentnie w treści załącznika nr 4 do SIWZ (formularz cenowy) Wykonawcy w układzie asortymentowym zobowiązani zostali do podania ceny jednostkowej za dany materiał szkółkarski oraz podanie wartości za przewidywaną ilość materiału.

Dowód Nr 3: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, w szczególności załącznik nr 4 (formularz cenowy) oraz załącznik nr 5 (projekt umowy)

Odwołujący w swojej ofercie zawarł wymagany załącznik nr 4 - formularz cenowy w układzie asortymentowym materiału szkółkarskiego. Kalkulacja ceny uwzględniała wymogi Zamawiającego opisane powyżej (skalkulowanie ceny w układzie dla każdego z asortymentów materiału szkółkarskiego osobno)

Dowód Nr 4: Oferta odwołującego z załącznikami, w szczególności załącznik nr 4 (formularz cenowy)

Wracając do istoty sporu - wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w terminie do 15 października 2014r. Istotnym jest treść wezwania, w którym Zamawiający podkreślił jaka część wyceny budzi

jego wątpliwości - W szczególności proszę o wyjaśnienie kalkulacji każdej z pozycji Formularza cenowego (zał. Nr 4) dotyczącego materiału szkółkarskiego - Krzewy i drzewa.

Wyjaśnienia powinny dotyczyć elementów mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, jak również stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Wykazanie wpływu czynników cenotwórczych na wysokość ceny jest przejawem zasady konkretyzacji wyjaśnień.

W spornej sprawie jedynym wycenianym elementem były poszczególne materiały szkółkarskie - krzewy (ukorzone w kontenerach lub z odkrytym systemem korzeniowym) krzewy iglaste, drzewa (z bryłą korzeniową w kontenerach lub innych opakowaniach) oraz osłony na drzewa, zebranie i odwóz nadmiaru ziemi, naprawa obrzeży mis z kostki granitowej, jak również podlewanie i palikowanie starszych nasadzeń. Odwołujący sporządził do oferty kosztorys zgodnie z wymaganym drukiem wyceniając każdą z pozycji drzewa, krzewy itp.

W konsekwencji wezwania do wyjaśnień - w przedmiocie zapytania Zamawiającego - w szczególności proszę o wyjaśnienie kalkulacji każdej z pozycji Formularza cenowego (zał. Nr 4) dotyczącego materiału szkółkarskiego - Krzewy i drzewa.

Wyjaśnienia miały dotyczyć każdej z pozycji Formularza cenowego dotyczącego materiału szkółkarskiego - Krzewa i drzewa. Istotnym jest, iż z art. 90 ust. 2 PZP nie wynika *expressis verbis* obowiązek przedłożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami.

Odwołujący w terminie wymaganym złożył wyjaśnienia w zakresie kalkulacji każdej z pozycji Formularza cenowego (zał. Nr 4) dotyczącego materiału szkółkarskiego - Krzewy i drzewa.

Dowód Nr 5: Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 14 października 2014 r.

W treści wyjaśnień wskazano, iż w bezpośredni wpływ na wysokość zaoferowanych przez Odwołującego cen miał fakt, że materiał roślinny pochodzić będzie ze szkółek z którymi odwołujący współpracuje od kilkunastu lat, co pozwala mu na uzyskanie korzystnych cen. Dodatkowo w wyjaśnieniach wskazano, że w szkółkach w których będzie zakupiony materiał posiada rabaty do 40%. Rabaty uwzględniają materiał objęty przedmiotem zamówienia.

Gdyby szczegółowo analizować treść zapytania Zamawiającego wskazując jaki element wyceny winien być w szczególności wyjaśniony to już w tej części treści odpowiedzi wyczerpała zapytanie zamawiającego.

Odwołujący, z ostrożności procesowej dodatkowo wskazał pozostałe elementy, które uwzględnił przy wycenie oferty - mimo iż jak już dowodził wcześniej Zamawiający nie dookreślił ich w sposobie obliczenia ceny, czy przyszłych warunkach kontraktowych. Wyjaśnienia wskazały, iż w chwili obecnej firma wykonuje kilka prac na terenie Śląska o podobnym charakterze, tj. sadzenie drzew i krzewów wraz z ich pielęgnacją dzięki czemu

odwołujący posiada sprzyjające warunki wykonywania zamówienia co powoduje obniżenie kosztów dojazdu oraz pracy sprzętu dzięki posiadanej bazie sprzętowej wraz z zapleczem technicznym, która posiadamy w bliskiej odległości miejsca w którym dokonywane będą nasadzenia, znajomości terenu na którym będą wykonywane prace. Dodatkowo wskazano będący w stałej dyspozycji Wykonawcy zespół pracowników na budowie co obniża koszty dowozu pracowników (koszty pośrednie)

Podobna sytuacja była przedmiotem sprawy rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie (wyrok z 22.10.2013, sygn. akt XXIII Ga 1388) Sąd odnosząc się do zawartego w skardze zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w zaskarżonym wyroku. Wyjaśnienia wykonawcy złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w istocie były ogólnikowe jednak, jak słusznie zauważyła Izba, treść tych wyjaśnień była w pełni adekwatna do treści wezwania zamawiającego. Skoro zamawiający nie wyartykułował wprost jakie elementy mające wpływ na wysokość ceny winny zostać objęte wyjaśnieniem, wykonawca nie mógł z tego powodu ponosić negatywnych konsekwencji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie sytuacja wygląda tak samo, brak szczegółowych informacji odnośnie sposobu obliczenia ceny ofertowej, brak konkretnego wezwania, z wyjątkiem zażądania wyjaśnienia do kalkulacji. A takowe wyjaśnienie Wykonawca przedstawił, wskazując iż posiada rabaty na poziomie 40%. Nie wydaje się też, aby istniały jakiegokolwiek przeszkody do wielokrotnego wzywiania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile nie narusza to zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Celem ustawy jest optymalizacja wydatków publicznych, która realizowana jest przez obowiązek wyboru najkorzystniejszej oferty. Postępowania wyjaśniającego nie powinien zatem cechować formalistyczny rygoryzm, a dążenie do wyboru najkorzystniejszej oferty i eliminacji tylko tych, które stanowią bez wątpienia przejaw nieuczciwej konkurencji. Zatem niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego, który mimo, iż nie wyartykułował wprost jakie elementy mające wpływ na wysokość ceny winny zostać objęte wyjaśnieniem, nie skorzystał z możliwości ponownego wezwania do złożenia wtórnych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W przywołanym orzeczeniu Sąd Okręgowy w Warszawie podkreśla, nie można podzielić zarzutu skargi, iż wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dodatkowych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w istocie było ponownym, niedozwolonym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, uznać bowiem należy, że pismo zamawiającego miało charakter wtórny i uzupełniający w stosunku do wezwania. Przede wszystkim należy zauważyć, iż dopiero po uzyskaniu informacji od wykonawcy o kluczowym



wpływie wieloletniej współpracy, statusie partnerstwa wykonawcy u producenta oraz związanych z tymi okolicznościami dodatkowymi upustami, zamawiający był w stanie doprecyzować treść pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień. Dopiero wezwanie zamawiającego o treści w istocie zmierzało do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w tym kształcie czyniło zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc pozwalało wykonawcy na złożenie szczególnych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dowodów na ich potwierdzenie. W tym miejscu podzielić należy stanowisko Izby oraz orzecznictwa Europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). (...) Dodatkowo podnieść należy, iż zdaniem Sądu Okręgowego o naruszeniu fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców wyrażoną w art 7 ust. 1 ustawy Pzp, można przede wszystkim mówić w sytuacji gdyby wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień, pomimo skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający w dalszym ciągu prowadziłby postępowanie wyjaśniające wobec ceny zwartej w złożonej przez niego ofercie, wzywając do składania kolejnych wyjaśnień. Z taką sytuacją w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie mamy jednak miejsca, wobec czego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony.

Inaczej kształtuje się sytuacja, gdy wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia, które obiektywnie mogą dla zamawiającego stanowić podstawę do oceny w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny. Należy wtedy przyjąć, że zgodnie z art. 6 KC, to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia faktu istnienia rażąco niskiej ceny, jednocześnie Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest zobowiązany przedstawić wykonawcy argumenty, że jego cena jest faktycznie ceną nierealistyczną co grozi nierzetelnym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Zakres materiału dowodowego wyznaczają wyjaśnienia wykonawcy i ewentualnie złożone przez niego dowody. Faktem jest, że Wykonawca dowodów nie złożył, jednakże jakich dowodów oczekiwałby Zamawiający? Porozumienia pisemnego z treści którego wynikałoby jakie upusty otrzymuje Wykonawca (sic!)

Jak podkreśla Prof. R. S. Uwzględniając cele obligatoryjnego odrzucenia oferty z rażąco niską ceną (co najmniej naruszenie reguł uczciwej konkurencji oraz narażenie zamawiającego na uszczuplenia ilościowe i jakościowe przy realizacji zamówienia), a także tradycję w zwalczaniu nieuczciwych praktyk cenowych, jak i potrzebę zachowania spójności

z innymi regulacjami dotyczącymi tej kwestii, nie może być mowy o innej definicji „rażąco niskiej ceny”, niż takiej według której chodzi o propozycję tak niskiej ceny, że nie wystarczy na pokrycie kosztów realizacji zamówienia (w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji operuje się wyraźnie: „prowadzeniem sprzedaży lub świadczeniem usług poniżej kosztów”). Hipotezą normy zawartej w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. jest sytuacja, w której ma miejsce utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Rażąco niska cena to cena oderwana od realiów rynkowych, niewiarygodna. Przykładem na poparcie tej tezy może tu być oferowanie usług za symboliczną kwotę, która grozi niebezpieczeństwem niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.

Odwołujący podkreśla, iż jego cena ofertowa nie jest nie realna, pozwala w pełni na utrzymanie rentowności firmy na rynku konkurencyjnym i pełni umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami jakościowym. Nie ma zatem zastosowania powyższa hipoteza.

Jak zauważa Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 9 grudnia 2010r. (sygn. akt V Ga 122/10), przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to jednak etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy uzasadnione są wątpliwości, co do tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dopiero analiza przedłożonych wyjaśnień może być podstawą do oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę, tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp (Wyrok z dnia 16 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych KIO/UZP 483/10 LEX nr 582409). Komisja przetargowa powinna analizować ofertę na podstawie wszystkich dokumentów a nie tylko wyjaśnień, które mają charakter pomocniczy. Zważyć należy, że zgodnie z art. 6 kc rozkład ciężaru dowodu, w razie odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. Zatem to zamawiający odrzucając ofertę z uwagi na rażąco niską cenę, zobowiązany jest należycie uzasadnić podjętą decyzję.

Brak w uzasadnieniu działania Zamawiającego jakichkolwiek argumentów potwierdzających, iż dokonana ocena ofert, a tym samym odrzucenie oferty odwołującego jako rażąco niskiej oraz wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty droższej o 53.794,80 zł (oferta odwołującego z ceną 118.270,80 zł., zaś oferta EKOPOL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe J. O. z ceną 172.065,60 zł.) nie narusza fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych (Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców).

Podkreślenia wymaga również fakt, iż w przywoływanym przez Zamawiającego orzeczeniu KIO z dnia 29 maja 2013, sygn. akt 1159/13, Izba podkreśla, iż nie uprawdopodobniono również, że celem przyjętej kalkulacji było zniżenie kosztów realizacji usługi przez (...) i w konsekwencji miało to skutkować zamiarem wyeliminowania z postępowania pozostałych potencjalnych oferentów. Izba stwierdza również, że na etapie oceny ofert Zamawiający nie może interpretować zapisów SIWZ w sposób zawężający, na niekorzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

REASUMUJĄC - skoro ocena ofert została dokonana z naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 u Pzp, to stwierdzić należy, że przedmiotowa decyzja jest wadliwa, powodując tym samym naruszenie obowiązujących reguł prawnych postępowania (art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 uPzp) oraz stanowiąc, iż niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne.

WNIOSEK KOŃCOWY - Wnosimy o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty EKOPOL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe J. O. z siedzibą w Gliwicach (44-100), Pszczyńska 14, pomimo tego, że nie była to oferta najkorzystniejsza. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie oferty Odwołującego za ważną oraz wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 uPzp oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 29.10.2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKOPOL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe J. O. ul. Pszczyńska 14; 44- 121 Gliwice zwany również „wykonawca wybranym”.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący składając odwołanie podniósł naruszenie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art.90 ust.2 ustawy Pzp. Wskazał również na naruszenie art.7ust.1 i art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w związku z rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę: „Sadzenie drzew i krzewów w latach 2014 i 2015 wraz z pielęgnacją przez okres 1-go roku oraz pielęgnacja starszych nasadzeń w okresie do 30 września 2016 r.”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.08.2014r. pod poz.2014/S 160-287710.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę bez VAT:1.111.111PLN.

Procedura otwarta.

Kryterium udzielenia zamówienia: Najniższa cena.

Powyższe ustalono na podstawie ogłoszenia o zamówieniu.

Z protokołu otwarcia ofert z dnia 30 września 2014r. wynika. Zamawiający przeznaczył na zamówienie 1.200.000. PLN.

Czterech wykonawców złożyło oferty w cenach od 118.270,80 PLN do 313.675,20 PLN. W tym odwołujący zaoferował cenę 118.270,80 PLN a wykonawca wybrany 171.065,60 PLN.

Izba na podstawie przeprowadzonych na wniosek stron i uczestnika dowodów na rozprawie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego potwierdzonej za zgodność z oryginałem dołączonych do akt sprawy dokonała następujących ustaleń.

Pismem z dnia 10.10.2014r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Wezwanie zostało skierowane do odwołującego z przywołaniem art.90 ust.1 ustawy Pzp ze wskazaniem: ....”wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności proszę o wyjaśnienie kalkulacji każdej pozycji z Formularza Cenowego (ZAŁ.NR 4) dotyczących materiału szkółkarskiego - KRZEWY I DRZEWA. Zważywszy na fakt, że zgodnie z orzecznictwem, ciężar udowodnienia zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa w całości na wykonawcy, który taką cenę zaoferował zamawiający oczekuje przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i przedstawienia dowodów, o których mowa w art.90 ustawy Pzp.... Niezłożenie wyjaśnień w terminie spowoduje odrzucenie Państwa oferty”.

Pismem z dnia 14.10.2014r. odwołujący złożył wyjaśnienia. Z treści tych wyjaśnień wynika. (...) bezpośredni wpływ na wysokość zaoferowanej przez naszą firmę cen miał fakt, że materiał roślinny pochodzić będzie ze szkółek z którymi współpracujemy od kilkunastu lat co pozwoliło nam na uzyskanie korzystnych cen. W szkółkach, w których będzie zakupiony materiał posiadamy rabaty do 40%. Rabaty uwzględniają materiał objęty przedmiotem zamówienia. W chwili obecnej wykonujemy kilka prac na terenie Śląska o podobnym charakterze tj. sadzenie drzew i krzewów wraz z pielęgnacją dzięki czemu posiadamy bardziej sprzyjające warunki wykonywania zamówienia co powoduje obniżenie kosztów

dojazdu oraz pracy sprzętu dzięki posiadanej bazie sprzętowej wraz z zapleczem technicznym, którą posiadamy w bliskiej odległości miejsca w którym będą dokonywane nasadzenia, znajomości terenu na którym będą wykonywane prace oraz posiadamy stały zespół pracowników na budowie co obniża minimum koszty dowozu pracowników, co bezpośrednio wpływa na możliwość obniżenia kosztów pośrednich.”

Zamawiający wobec uzyskanych wyjaśnień w dniu 16.10.2014r. podjął czynność odrzucenia oferty podając jako podstawę prawną art. 90 ustawy Pzp zaznaczając ogólnikowość wyjaśnień oraz brak dowodów uznając, że wyjaśnienia nie zostały złożone.

Izba na rozprawie odmówiła odwołującemu przyjęcia w poczet dowodów faktur oraz kalkulacji do sporządzonej oferty uznając, że są bezprzedmiotowe w sprawie.

W ocenie Izby wezwanie było jednoznaczne.

Odwołujący miał sporządzić kalkulację każdej pozycji z Formularza Cenowego (Załącznik Nr 4).

Na podstawie akt sprawy, co zresztą jest bezsporne w sprawie, odwołujący w dacie wezwania czynności zamawiającego nie zaskarżył jak również kalkulacji do każdej pozycji formularza cenowego nie przedstawił przy wyjaśnieniach. Dopiero na rozprawie przedstawił kalkulację powołując się, że posiadał ją na dzień składania oferty. Ponadto na rozprawie dopiero zaczął kwestionować celowość wezwania zamawiającego w tym zakresie. Izba odrzuciła dowód w postaci kalkulacji z uwagi na to, że ocenia prawidłowość postępowania zamawiającego, jak również odwołującego na datę czynności w postępowaniu.

Bezspornym również jest, że zamawiający żądał dowodów na okoliczność zaoferowanej ceny a odwołujący ich nie przedłożył udzielając tylko wyjaśnień o okolicznościach wpływających na zaoferowaną cenę i to wyjaśnień nie szczegółowych tylko ogólnych. W ocenie Izby wezwanie do przedłożenia dowodów w sprawie było jednoznaczne. Odwołujący wezwania do dowodów nie zaskarżył a w ocenie Izby zamawiający żądając wyjaśnień ma prawo żądać dowodów. Izba uznała złożenie dowodów w postaci faktur zakupu materiału na rozprawie również za spóźnione.

Izba również nie uznała argumentacji odwołującego co do obowiązku zamawiającego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień czy też dowodów. W ocenie Izby można skutecznie żądać ponownego wezwania, jeżeli na podstawie udzielonych wyjaśnień powstały kolejne wątpliwości, które zamawiający przed rozstrzygnięciem podejrzenia rażąco niskiej ceny powinien wyjaśnić. W tej sprawie takich okoliczności nie było. Odwołujący po prostu nie wykonał wezwania zamawiającego do złożenia dowodów na okoliczność zaproponowanej ceny jak i kalkulacji pozycji formularza cenowego oraz szczegółowych wyjaśnień. Nie zasługują również na uwzględnienie tłumaczenia na rozprawie odwołującego, że wyjaśnienia

przygotowywali pracownicy merytoryczni nie będący prawnikami. W tym wypadku należy zastosować regułę nieznajomość prawa szkodzi.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie udowodnił naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego wynagrodzenie dla jego pełnomocnika.

**Przewodniczący:**