

WYROK
z dnia 19 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Gorem Sp. z o.o., ul. Wiślna 15, 80-555 Gdańsk,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Gorem Sp. z o.o., ul. Wiślna 15, 80-555 Gdańsk,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gorem Sp. z o.o., ul. Wiślna 15, 80-555 Gdańsk,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Gorem Sp. z o.o., ul. Wiślna 15, 80-555 Gdańsk,** na rzecz zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa jakości środowiska miejskiego poprzez renowację i rozwój wybranych terenów zieleni w Gorzowie Wielkopolskim, Kostrzynie nad Odrą i Dębnie”, numer referencyjny: BZP.271.70.209.NP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2019 r., nr 2019/S 151-372604.

Zamówienie zostało podzielone na dwie części, niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 2, której przedmiotem jest zagospodarowanie terenu Parku Kopernika w Gorzowie Wielkopolskim. W części nr 2 postępowania jedyną ofertę złożył wykonawca Gorem Sp. z o.o., ul. Wiślna 15, 80-555 Gdańsk (dalej: „odwołujący”). Pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz o unieważnieniu postępowania w części nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 10 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem uznanie, iż elementy oferty wykonawcy zawierają rażąco niską cenę oraz że oferta jest niezgodna z siwz,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem unieważnienie przedmiotowego postępowania,
- 3) art. 7 ust. 1 poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami przejrzystości, tj. uniemożliwienie wykonawcy prześledzenia toku działań zamawiającego, które doprowadziły do odrzucenia oferty, w tym ustosunkowania się wykonawcy do podjętych przez zamawiającego czynności wyjaśnień dochodzonych bezpośrednio od oferenta - dostawcy materiału roślinnego i poczynionych ustaleń odnośnie informacji o cenach rynkowych materiału roślinnego i kosztów robocizny.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Zamawiający za podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy wskazał, iż jej istotne elementy w zakresie kosztów związanych z zagospodarowaniem terenu - zieleń wskazywane w załączniku nr 1b (Wykaz Cen) do

oferty zawierają rażąco niską cenę oraz iż oferta jest niezgodna z SIWZ albowiem Wykonawca wbrew zapisom opisanym w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót wskazał pozycję „przygotowanie gruntu pod nasadzenia” łącznie z pozycją „kosztów związanych z zagospodarowaniem terenu - pozostałą infrastrukturą”, które wedle Zamawiającego winien uwzględnić w „kosztach związanych z zagospodarowaniem terenu - zieleń”. Jednocześnie Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania przetargowego albowiem oferta Wykonawcy była jedyna, czym ziszczył się warunek z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. (...)

To, że Zamawiający w swoim kosztorysie inwestorskim zakładał różne wartości cząstkowe kosztów związanych z zagospodarowaniem terenu - zieleń i kosztów związanych z zagospodarowaniem terenu - pozostała infrastruktura, nie przesądza samo w sobie o rażąco niskiej cenie za konkretny element oferty. Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. (...)

W odniesieniu do powyższego Zamawiający w oświadczeniu o odrzuceniu oferty błędnie argumentuje, iż zaproponowana cena przez Wykonawcę w pozycji koszty związane z zagospodarowaniem terenu - zieleń odbiega od ceny kosztorysowej (kosztorys inwestorski), a ponadto lakonicznie wskazuje, iż cena ta odbiega rażąco od cen w ofertach innych szkółek nie wskazując i nie precyzując, o jakich szkółkach mowa oraz jaki teren podlegał rozeznaniu cenowemu. Jednocześnie za niezrozumiałe i niezgodne z prawem (konkretnie z zasadą pisemności o której mowa w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) należy uznać czynności Zamawiającego w zakresie kontaktu telefonicznego z dostawcą materiału roślinnego i poczynienie własnych bliżej niesprecyzowanych ustaleń w zakresie pewności co do rażącej ceny tego elementu oferty. (...)

Odwołujący złożył ofertę zgodną z SIWZ oraz zgodnie z zasadami w STWIOR. W żadnym z zapisów czy to SIWZ czy to STWIOR brak jest uregulowań odnośnie ujęcia kosztów przygotowania gruntu pod nasadzenia w pozycji kosztów związanych z zagospodarowaniem terenu - zieleń. Jedyne zapis na jaki powołuje się Zamawiający, a konkretnie dział XII SIWZ dotyczący opisu i sposobu obliczenia ceny wskazywał bowiem jednoznacznie, iż *kontrakt rozliczany będzie ryczałtowo; cenę ofertową należało obliczyć na podstawie Wykazu Cen (załącznik 1b) oraz cen jednostkowych skalkulowanych przez Wykonawcę zgodnie z zasadami STWIORB oraz SIWZ. Wykonawca przygotowując ofertę miał obowiązek wycenić wszystkie elementy wchodzące w skład robót ujętych w wykazie cen. Wszelkie koszty wykonania poszczególnych elementów z wykazu cen należało uwzględnić przy kalkulacji cen elementów. Wykaz cen, który będzie rozliczany ryczałtowo należało sporządzić ściśle wg kolejności poszczególnych pozycji. Wykonawca określał ceny*

jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w wykazie cen i wreszcie, iż Cena ofertowa powinna obejmować koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Wykazie Cen nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca winien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Wykazie Cen. Wszelkie warunki w tym zakresie Odwołujący spełnił. Ani SIWZ ani STWIOR nie zawierają wyjaśnienia przez Zamawiającego pojęcia „koszty towarzyszące” czy też nie zawierają katalogu tychże kosztów. (...)

Stąd wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie sposób uznać, by niejasny zapis SIWZ odnośnie pojęcia „kosztów towarzyszących” oznaczał wykluczenie ujęcia kosztów związanych z przygotowaniem terenu pod nasadzenia roślinne jako stanowiące nierozdzielny koszt prac związanych z zielenią, o których mowa w dziale 1 - w dziale 2, tj. kosztów związanych z zagospodarowaniem terenu. Jednocześnie odrzuceniu oferty z tego powodu przeczy dalszy tok czynności Zamawiającego, który po uzyskaniu odpowiedzi Odwołującego z dnia 27.09.2019 w kolejnych zapytaniach do Odwołującego kwestię tę pomija. Dodatkowo Zamawiający błędnie argumentuje ową niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie odprowadzenia podatku VAT miast 8% a 23% skoro brak jest możliwości zarzucenia Wykonawcy odpowiedzialności z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowym przypadku bowiem nie można mówić o zaniżeniu oferty, skoro oferta ta w tej sytuacji jest wyższa”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 16 grudnia 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest realizacja usług związanych z zagospodarowaniem terenu Parku Kopernika w Gorzowie Wielkopolskim polegająca na:

- nasadzeniu roślin, siewie traw wraz z ich zakupem,
- remoncie istniejącego ciągu pieszego z betonu asfaltowego,
- budowie ciągów pieszych o nawierzchni naturalnej,

- zakupie oraz montażu elementów małej architektury: ławek (80 szt.) oraz koszy (80 szt.), w tym demontaż istniejących ławek (ok. 40 szt.) oraz śmietników (ok. 25 szt.),
- zakupie oraz montażu elementów wyposażenia dla zwierząt,
- zakupie oraz montażu tablic informacyjno-pamiątkowych.

W pkt XII siwz pn. Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający poinformował, że:

1. Kontrakt rozliczany będzie ryczałtowo.
2. Cenę ofertową należy obliczyć na podstawie zakresu i ilości prac zawartych w Wykazie Cen stanowiącym załącznik do Formularza oferty oraz cen jednostkowych skalkulowanych przez Wykonawcę zgodnie z zasadami podanymi w STWiORB oraz załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej. Ceny pod względem ilościowym/rodzajowym w stosunku do materiału roślinnego należy opracować o załączoną dokumentację techniczną.
3. Wykonawca przygotowując ofertę ma obowiązek wycenić wszelkie elementy wchodzące w skład robót ujętych w Wykazie Cen. Wszelkie koszty wykonania poszczególnych elementów z Wykazie Cen należy uwzględnić przy kalkulacji cen elementów.
4. Wykaz Cen, o którym mowa w pkt 1, należy sporządzić ściśle według kolejności poszczególnych pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Wykazie Cen. W Wykazie Cen należy wyliczyć wartość netto za wykonanie poszczególnych elementów prac ogrodnich, wartość podatku Vat oraz wartość brutto. Wartość ofertową brutto należy wpisać do Formularza oferty.
5. Wszystkie wykryte błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Wykonawca powinien zgłosić pisemnie Zamawiającemu przed terminem składania ofert.
6. Tam, gdzie na rysunkach w dokumentacji projektowej, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót - branża zieleni, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację prac ogrodnich oraz zapewnią uzyskanie parametrów jakościowych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach.
7. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Wykazie Cen nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Wykazie Cen.

Wartość szacunkowa części nr 2 zamówienia wynosi 4.165.834,31 zł netto (zgodnie z protokołem postępowania i pismem zamawiającego z dnia 12.12.2019 r.). Odwołujący złożył jedyną ofertę z ceną 2.707.470,15 zł brutto.

Pismem z dnia 25 września 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że ceny wykonania nasadzeń wraz z materiałem roślinnym (poz. 1.1. – 1.4. Wykazu Cen) są ponad dwa razy niższe niż w kosztorysie zamawiającego. Zamawiający dodał, że: „W ramach wyjaśnień Wykonawca obowiązany jest przede wszystkim przedłożyć szczegółowe wyliczenie wraz z kalkulacją kosztów dla w/w pozycji Wykazu Cen:

- a) sporządzone w oparciu o wszelkie wymagania Zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia z uwzględnieniem wytycznych zawartych w SIWZ, dokumentacji technicznej i STWiOR,
- b) przedstawiające ceny poz. 1.1-1.4 Wykazu Cen z rozbiem na poszczególne elementy kosztów niezbędnych do poniesienia, zgodnie z wytycznymi SIWZ dokumentacji technicznej i STWiOR”.

Pismem z dnia 27 września 2019 r. odwołujący wskazał, co następuje:

„informujemy, że nie mamy i nie mieliśmy wglądu do szacunków kosztorysowych Zamawiającego, ponieważ dokument ten nie został ujawniony.

Gorem sp. z o.o. złożyła ofertę cenową w oparciu o zakres prac określonych zarówno w SIWZ jak i zawartych przede wszystkim w dokumentacji projektowej zgodnie z zasadami określonymi w STWiOR. Dokładna i wykonana z pieczołowitą starannością kalkulacja cenowa spółki Gorem zawiera wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do wykonania zadania łącznie z tymi, które nie zostały przez Państwa wyszczególnione w przedłożonym do wypełnienia wykazie cenowym. Ceny składowe wykazu cenowego stanowią integralną całość oferty i nie mogą być rozpatrywane osobno jako odrębne oferty, gdyż umowa zakłada wykonanie całości zadania a nie poszczególnych pozycji z wykazu cen. Rozpatrywanie poszczególnych pozycji z wykazu cen osobno wymagałoby stworzenia odrębnych specyfikacji dla kolejnych pozycji wykazu cen w celu dokładnego określenia zakresu prac. Gorem sp. z o.o. złożyła zgodnie z Państwa wymogiem ofertę na wykonanie całego zadania w cenie ryczałtowej w wysokości 2 707 470,15 zł brutto, spełniając tym samym Państwa oczekiwania w zakresie ceny jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na inwestycję czyli 3 237 575 zł Brutto.

Z ostrożności procesowej i w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny przedkładamy Państwu szczegółową kalkulację kosztów”.

W dołączonej kalkulacji cenowej odwołujący podał ceny poszczególnych roślin, trawnika, skrzynek lęgowych dla ptaków, budek dla wiewiórek, domków dla owadów, poidel dla ptaków, tablic informacyjno-pamiątkowych, wykonania ścieżek o nawierzchni asfaltowej i przygotowania gruntu pod nasadzenia, wykonania ścieżek o nawierzchni naturalnej i przygotowania gruntu pod nasadzenia, zakupu i montażu ławek i śmietników.

Pismem z dnia 14 października 2019 r. zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego: „Zauważono, iż ceny jednostkowe sadzonek są znacznie niższe, niż zostało to oszacowane w kosztorysie Zamawiającego oraz jak wynika z rozeznania rynku, które zostało przeprowadzone ponownie, w związku z Państwa wyjaśnieniami. Tak niskie wartości materiału roślinnego powodują obawę, iż jakość materiału roślinnego może znacząco odbiegać od wymagań opisanych w SIWZ (wielkość sadzonek, krotność szkółkowania). W związku z tym, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się do Państwa ponownie z wnioskiem o wyjaśnienie, czy wyceniony przez Państwa materiał roślinny spełni warunki oraz wymagania opisane w punkcie 3.2. STWIORB oraz dokumentu „Zasady zabezpieczania zieleni i wykonywania nasadzeń” dołączonych do postępowania. Wyjaśnienia Wykonawcy o spełnieniu wymogów zamówienia powinny zawierać wskazanie dostawcy/dostawców materiału roślinnego, jego oferty na poszczególne gatunki roślin oraz parametry/specyfikacje sadzonek potwierdzające ich zgodność z wymaganiami SIWZ. Ponadto Zamawiający zwraca się do Państwa z prośbą o przedstawienie szczegółowej kalkulacji oraz elementów składowych pozycji Robocizna”.

Pismem z dnia 16 października 2019 r. odwołujący wskazał koszty robocizny nasadzeń jako wynik mnożenia liczby roboczogodzin i stawki 50 zł za godzinę oraz dołączył ofertę Szkołki z Połczyna Zdroju, w której to ofercie oprócz cen roślin zawarto także ogólne oświadczenie, że materiał roślinny spełnia wymagania pkt 3.2. STWIORB oraz dokumentu „Zasady zabezpieczania zieleni i wykonywania nasadzeń”.

Pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności:

„W treści wyjaśnień nie znalazło się żadne uzasadnienie merytoryczne poparte wyliczeniami, z których możliwe byłoby uznanie, iż cena w ofercie zawiera wszelkie elementy prac czy materiałów, jednoznacznie określone w specyfikacji technicznej. Załączenie do oferty cen poszczególnych gatunków materiału roślinnego jak również wskazanie kosztów robocizny dla poszczególnych rodzajów nasadzeń, było niewystarczające do uznania iż cena zawiera wszystkie niezbędne prace jak i koszty wykonania tej części zamówienia. Ceny poszczególnych gatunków nasadzeń odbiegają w niektórych przypadkach czterokrotnie

(konwalia majowa 2605 szt., epimedium perralderiana w ilości 777szt, praginia syberyjska 1728szt.) czy też pięciokrotnie (Rodgersja kasztanowcolistna w ilości 723 szt., przywrotnik owłosiony w ilości 700 szt., zawilec gajowy w ilości 2988 szt., tojeść rozestłana 156szt, mikołajek płaskolistny 349 szt.), od cen rynkowych, w skrajnym przypadku sześćdziesięciokrotnie (grab pospolity). (...)

Wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do jakości/parametrów oferowanych sadzonek, o co prosił Zamawiający. Nie przedłożył specyfikacji materiału roślinnego, który potwierdziłby ich zgodność z wymogami Zamawiającego opisanymi w dokumentacji (SIWZ, pkt 3.2 STWiOR „Zasady zabezpieczenia zieleni i wykonania nasadzeń”). Wskazanie cen jednostkowych sadzonek jest jedynie przedstawieniem kalkulacji, nie wyjaśnia natomiast w żaden sposób tak niskich cen.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien nie tylko przedstawić zastosowaną kalkulację, ale też przedłożyć dowody, które uzasadniają przyjętą przez niego wycenę przedmiotu zamówienia.

Wątpliwości, które powodowały wzywianie Państwa do wyjaśnień wzbudzały ceny materiału roślinnego, które są ponad dwa razy niższe, niż zostało to oszacowane przez Zamawiającego. Przykład m.in., poz. „grab pospolity”. Zgodnie z wymogami pkt 3.2. STWiOR oraz Zasady zabezpieczania zieleni i wykonania nasadzeń dostarczone drzewo winno mieć obwód pnia pomiędzy 14-16 cm. Ceny rynkowe - zgodnie z informacjami od innych szkółek - „grabu pospolitego” o takich parametrach wahają się od 400 do 650 zł za szt. Natomiast w kosztorysie przedstawionym przez Wykonawcę oraz powielonym w późniejszych wyjaśnieniach przez dostawcę zieleni cena za jedno drzewo wynosi 7,50 zł, a Wykonawca przedstawiając ofertę dostawcy Szkółkarstwo (...) nie powołał się na żadne udzielone mu rabaty, mogące tłumaczyć tą niezwykle korzystną cenę.

W związku z tym przedstawiciel komisji przetargowej, w imieniu Zamawiającego, skontaktował się telefonicznie z dostawcą Szkółkarstwo (...) z Połczyn Zdroju i uzyskał informację, iż nie posiada ona 230 szt. grabu pospolitego o parametrach: obwód pnia 14-16 cm oraz że cena jednostkowa takiego drzewa wynosi 450,00 zł. Co znacznie odbiega zarówno od wartości opisanych w pierwszych wyjaśnieniach Wykonawcy, jak i od oświadczenia, które złożyła powyższa szkołka. Dodatkowe wątpliwości komisji wzbudza fakt, iż zgodnie z informacjami pozyskanymi z Bazy Regon, podmiot prowadzący działalność gospodarczą o nazwie (...) zakończył działalność w 2009 roku. (...)

Ponadto, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. (...) Zamawiający analizując kalkulację kosztów przedstawioną przez Wykonawcę zauważył, iż Wykonawca postąpił wbrew zapisom STWiOR i „przygotowanie gruntu pod nasadzenia” z niejasnych przyczyn kalkulował łącznie z pozycjami Nawierzchnie: Wykonanie ścieżki o nawierzchni asfaltowej

oraz Wykonanie ścieżki o nawierzchni naturalnej. W ocenie komisji jest to niedopuszczalne.

Zgodnie z zapisami specyfikacji, szczegółowe zasady i sposób przygotowania powierzchni pod nasadzenia krzewów, bylin i pnączy zostały jasno opisane w specyfikacji dotyczącej zieleni. W specyfikacjach dotyczących nawierzchni nie znajdują się żadne zapisy dotyczące powierzchni ujętych w dokumentacji pod wykonanie nasadzeń. W zaistniałej sytuacji uznać należy, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ albowiem Wykaz cen wraz ze STWIOR jednoznacznie nakazywał ujęcie wszystkich prac dotyczących zieleni w dziale 1 oraz wszystkich prac dotyczących nawierzchni w dziale 2. W ocenie Zamawiającego nieuprawnionym i niezgodnym z zasadami kalkulacji ceny ofertowej jest uwzględnianie w kosztach wykonania nawierzchni asfaltowych kosztów przygotowania terenu pod wykonanie nasadzeń.”

Tym samym pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w części nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle wyżej cytowanych przepisów, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zamawiający zasadnie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Cena ta bowiem była o ponad 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Sytuacja taka została przez Ustawodawcę uznana za zawsze budzącą wątpliwości i wymagającą obligatoryjnie uzyskania od wykonawcy wyjaśnień.

Ustawodawca ponadto wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie

formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu odwołujący był wzywany do złożenia wyjaśnień dwukrotnie. Należy zauważyć, że w pierwszym wezwaniu zamawiający przytaczając treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że wykonawca powinien podać m.in. oszczędności wynikające z metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy, a także że powinien przedstawić w tym zakresie dowody. Dodatkowo zamawiający wskazał, że wymaga podania szczegółowego wyliczenia wraz z kalkulacją kosztów i rozbicia cen na poszczególne elementy kosztów niezbędnych do poniesienia sporządzone w oparciu o wszelkie wymagania wynikające z siwz, dokumentacji technicznej i STWiORB. W odpowiedzi odwołujący złożył ogólne w swej treści pismo zawierające deklarację prawidłowości przyjętej przez niego kalkulacji oraz polemikę co do zasadności oceniania przez zamawiającego cen składowych. Do ww. pisma odwołujący dołączył kalkulację cenową, na którą składały się ceny poszczególnych roślin i innych elementów zamówienia.

Analizując odpowiedź odwołującego należy zatem zauważyć, że:

- po pierwsze, nie obejmowała ona wyjaśnień co do tego, skąd pochodzą ceny zawarte w kalkulacji, tj. co powoduje, że mają one wskazaną w tej kalkulacji wysokość (np. rabaty u dostawcy wynikające z określonych zasad współpracy lub szczególnej sytuacji tego dostawcy, czy inne wyjątkowo sprzyjające odwołującemu warunki wykonania zamówienia),
- po drugie, nie obejmowała ona rozbicia ceny na poszczególne elementy kosztów niezbędnych do poniesienia, w tym np. kosztów pracy,
- po trzecie, nie odnosiła cen zawartych w kalkulacji do wymagań wynikających z siwz, dokumentacji technicznej i STWiORB, w tym m.in. wymagań dotyczących parametrów roślin,
- po czwarte, nie zawierała żadnych dowodów na poparcie przedstawionych cen, np. ofert dostawców wraz z oświadczeniami o wysokości udzielonych rabatów lub szczególnej sytuacji pozwalającej na oferowanie takich cen, oświadczeń dostawców co do konkretnych parametrów konkretnych dostarczanych roślin lub innych elementów zamówienia, umów o pracę potwierdzających wysokość wynagrodzeń.

Udzielona przez odwołującego odpowiedź nie dawała zatem zamawiającemu żadnych podstaw do stwierdzenia, że cena oferty odwołującego jest ceną realną, za którą możliwe jest należyte wykonanie zamówienia. Taka odpowiedź odwołującego stanowiła podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Mimo to, zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wezwał o wskazanie dostawcy/dostawców materiału roślinnego, jego oferty na poszczególne gatunki roślin, parametry/specyfikacje sadzonek potwierdzające ich zgodność z wymaganiami siwz oraz elementy składowe robocizny. Tym razem odwołujący wskazał koszty robocizny nasadzeń jako wynik mnożenia liczby roboczogodzin i stawki 50 zł za godzinę oraz dołączył ofertę Szkółki z Połczyna Zdroju, w której oprócz cen roślin zawarto także ogólne oświadczenie, że materiał roślinny spełnia wymagania siwz. Analizując odpowiedź odwołującego należy zatem zauważyć, że:

- w dalszym ciągu nie obejmowała ona wyjaśnień co do tego, skąd pochodzą ceny zawarte w kalkulacji, tj. co powoduje, że mają one wskazaną w tej kalkulacji wysokość,
- w dalszym ciągu, poza wskazaniem ilości i nazwy roślin, nie odnosiła cen zawartych w kalkulacji do wymagań wynikających z siwz, w tym do konkretnych parametrów tych roślin,
- w dalszym ciągu nie zawierała żadnych dowodów na poparcie przedstawionych cen, np. ofert dostawców wraz z oświadczeniami o wysokości udzielonych rabatów lub

szczególnej sytuacji pozwalającej na oferowanie takich cen, oświadczeń dostawców co do konkretnych parametrów konkretnych dostarczanych roślin lub innych elementów zamówienia, umów o pracę potwierdzających wysokość wynagrodzeń.

Należy przy tym podkreślić, że szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami wykonawca powinien przedstawić na wezwanie zamawiającego, nie zaś dopiero na rozprawie przed KIO. Stąd też nie mogą być przy rozpoznaniu odwołania uwzględnione dowody złożone przez odwołującego na rozprawie w postaci oświadczenia dostawcy o uwzględnieniu w cenach przyznanych rabatów, czy oświadczenia o byciu rolnikiem zwolnionym od podatku od towarów i usług. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że i tak z oświadczeń tych nie wynika, w jakiej wysokości rabat został przyznany w stosunku do ceny każdej rośliny i jaki ma wpływ status prawny dostawcy na wysokość ceny oferty odwołującego. Nie ma także znaczenia dowód w postaci cen oferowanych przez inną firmę z Darłowa, skoro nie wynika z niego, jakie parametry mają rośliny wskazane w wykazie, a zatem czy są to parametry zgodne z siwz.

Reasumując, należy stwierdzić, że już pierwsza udzielona przez odwołującego odpowiedź stanowiła podstawę do odrzucenia jego oferty z powodu braku wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Druga odpowiedź również nie pozwalała na stwierdzenie, że za zaoferowaną cenę możliwe jest należyte wykonanie zamówienia. Obie odpowiedzi nie zawierały szeregu informacji żądanych przez zamawiającego w wezwaniach, jak też nie zawierały stosownych dowodów. Tym samym odwołujący nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska i zamawiający zasadnie odrzucił tę ofertę powołując się na art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z siwz, należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał w pkt XII siwz, że:

2. Cenę ofertową należy obliczyć na podstawie zakresu i ilości prac zawartych w Wykazie Cen stanowiącym załącznik do Formularza oferty oraz cen jednostkowych skalkulowanych przez Wykonawcę zgodnie z zasadami podanymi w STWiORB oraz załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej. Ceny pod względem ilościowym/rodzajowym w stosunku do materiału roślinnego należy opracować o załączoną dokumentację techniczną.

7. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Wykazie Cen nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Wykazie Cen.

Z kolei w specyfikacji dotyczącej zieleni (pkt 3.5.2. STWiORB) wskazane zostały wymagania dotyczące przygotowania gruntu pod nasadzenia, zaś w specyfikacjach dotyczących nawierzchni nie ma postanowień dotyczących ww. kwestii.

Z pkt XII ppkt 2 i 7 siwz wynika zatem, że koszty towarzyszące niewymienione wprost w Wykazie Cen, należy ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Wykazie Cen, ponadto cenę należy obliczyć zgodnie z zasadami podanymi m.in. w STWiORB, zaś ze STWiORB wynika, że przygotowanie gruntu pod nasadzenia dotyczy (co zresztą jest logiczne) nasadzeń zieleni, a nie wykonania nawierzchni. Z ww. powołanych łącznie postanowień siwz wynika zatem, że przygotowywanie gruntu pod nasadzenia, jako koszt towarzyszący nasadzeniom, powinno być ujęte w kosztach tych nasadzeń, nie zaś w kosztach wykonywania nawierzchni. Oznacza to, że odwołujący ujmuąc koszty przygotowania gruntu pod nasadzenia w kosztach wykonania ścieżek o nawierzchni asfaltowej i naturalnej (co sam przyznał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny) postąpił wbrew ww. postanowieniom siwz. Tym samym oferta odwołującego jest niezgodna z siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec zasadności odrzucenia oferty odwołującego, która jako jedyna została złożona w postępowaniu w części nr 2, zasadne było także unieważnienie postępowania w tej części na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący