

**Sygn. akt: KIO 974/18**  
**Sygn. akt: KIO 993/18**  
**Sygn. akt: KIO 1032/18**

**WYROK**  
**z dnia 7 czerwca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2018 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 maja 2018 roku przez wykonawcę W. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „WIBUD” W. S., ul. Przelajowa 4/lok. 253, 94-044 Łódź, o sygn. akt KIO 974/18,
- B. w dniu 21 maja 2018 roku przez wykonawcę D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „SZADEK” D. S., ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź, o sygn. akt KIO 993/18,
- C. w dniu 23 maja 2018 roku przez wykonawcę Zieleń - P. spółka jawna, ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź, o sygn. akt KIO 1032/18,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi,  
ul. Konstanyńska 8/10, 94-303 Łódź,

przy udziale:

- A. wykonawcy Łódzkie Przedsiębiorstwo Inwestycji Budowlanych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (ul. Ekologiczna 26, 91-613 Łódź), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 974/18 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy GREEN PARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomsku, (ul. Sanicka 26, 97-500 Radomsko), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 993/18 po stronie zamawiającego;

C. wykonawcy A. F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „ANDRO” A. F., ul. Brzezińska 138, 95-040 Koluszki, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1032/18 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.

- A) Oddala odwołanie wykonawcy W. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „WIBUD” W. S., ul. Przełajowa 4/lok. 253, 94-044 Łódź, (KIO 974/18),
- B) Oddala odwołanie wykonawcy D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „SZADEK” D. S., ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź, (KIO 993/18),
- C) Oddala odwołanie wykonawcy Zieleń - P. spółka jawna, ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź, (KIO 1032/18).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę W. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „WIBUD” W. S., ul. Przełajowa 4/lok. 253, 94-044 Łódź w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 974/18 oraz wykonawcę D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „SZADEK” D. S., ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 993/18 oraz wykonawcę Zieleń - P. spółka jawna, ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź, w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 1032/18

i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 45.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „WIBUD” W. S., ul. Przełajowa 4/lok. 253, 94-044 Łódź w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 974/18 oraz wykonawcę D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „SZADEK” D. S., ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 993/18 i wykonawcę Zieleń - P. spółka jawna, ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź, w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 1032/18 tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawcy W. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „WIBUD” W. S., ul. Przełajowa 4/lok. 253, 94-044 Łódź na rzecz zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 974/18 ) oraz od wykonawcy D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „SZADEK” D. S., ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź na rzecz zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 993/18) oraz od wykonawcy Zieleń - P. spółka jawna, ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź, na rzecz Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 1032/18).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 974/18**

**Sygn. akt: KIO 993/18**

**Sygn. akt: KIO 1032/18**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi ul. Konstanyńska 8/10, 94-303 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2018-2021, nr sprawy ZZM.WOA.ZP.2510.63.2017”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.) zwana dalej „ustawą” lub „Pzp”.

#### **KIO 974/18**

Dnia 17 maja 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione w zakresie części 5 postępowania - Chojny Dąbrowa, odwołanie przez wykonawcę W. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „WIBUD” W. S. ul. Przelajowa 4 m. 253 (zwanego dalej Odwołującym) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w ramach ww. postępowania, oraz zaniechań czynności, do których podjęcia Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Jako powyższe czynności i zaniechania Odwołujący wskazuje:

- a) zaniechanie wykluczenia Łódzkiego Przedsiębiorstwa Inwestycji Budowlanych sp. z o.o. (zwaną dalej Wykonawcą lub ŁPIB),
- b) zaniechanie odrzucenia oferty ŁPIB,
- c) czynność w postaci wyboru oferty ŁPIB jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy ŁPIB i braku uznania oferty ww. Wykonawcy za odrzuconą z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ŁPIB jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia
- c) art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy ŁPIB jako najkorzystniejszej mimo, iż ww. Wykonawca podlegała wykluczeniu oraz oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) wykluczenia Wykonawcy ŁPIB lub,
- b) odrzucenia oferty Wykonawcy ŁPIB,
- c) ponownego dokonana wyboru najkorzystniejszej oferty,

oraz przyznanie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia Wykonawcy ŁPIB, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 5.3.1. SIWZ o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który posiadał zdolność techniczną lub zawodową umożliwiającą realizację zamówienia, tj. m.in. należycie wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie maksymalnie 3 usług o łącznej wartości co najmniej 700.000 zł brutto, które swym zakresem łącznie obejmują prace wykonywane na terenach zieleni wskazanych w pkt 5.3.1 podpkt a-i SIWZ. Wykonawca wskazał, iż spełnia warunek z pkt 5.3.1. SIWZ polegając na kwalifikacjach zawodowych Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego sp. z o.o., które wykonało usługę w postaci bieżącego utrzymania terenów zieleni miejskiej w parkach i na zieleńcach w rejonie ogrodniczym nr 7 „Zdrowie Retkinia” o wartości brutto 3.051.422,02 zł wykonanych w okresie od 10.06.2015 r. do 31.12.2017 r. Zauważyć przy tym należy, iż zgodnie z art. 22 a pkt 4 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. ŁPIB następnie wskazało, iż w zakresie Części 5 Chojny Dąbrowa realizować zamówienie będzie 7 osób, każda z osób na podstawie umowy przedwstępnej z ŁPIB. Tym samym, przedmiotowa usługa nie będzie w żaden sposób realizowana przez Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. Powyższe znajduje potwierdzenie w oświadczeniu w/w podmiotu, z którego jednoznacznie wynika, iż zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia ograniczać się będzie do *„udostępniania wiedzy i doświadczenia w całym okresie zamówienia przy wykonywaniu prac polegających na całorocznym bieżącym utrzymaniu terenów zieleni miejskiej”*. Jednocześnie należy wskazać, że Wykonawca w formularzu ofertowym w pkt 2.9 co prawda wskazał jako podwykonawcę Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o., jednakże zaniechał opisanie części zamówienia, które mają być zlecone podwykonawcy. Zgodnie natomiast z informacją zawartą na w/w formularzu *„Jeżeli Wykonawca nie wypełni tabeli, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie będzie realizować zamówienia przy udziale podwykonawców”*.

Obie wyżej wymienione okoliczności jednoznacznie wskazują, że Łódzkie Przedsiębiorstwo nie zrealizuje usługi w postaci utrzymania terenów zieleni miejskiej w latach 2018-2021, część 5 zamówienia Chojny Dąbrowa. Podkreślić w tym miejscu należy, iż „zrealizowanie usługi” jest pojęciem węższym od „udziału w realizacji usługi”. Udział w realizacji zamówienia może przejawiać się w rozmaitych formach zaangażowania podmiotu trzeciego w postaci np. doradztwa, konsultacji, nadzoru itp. Za realizację zamówienia należy rozumieć obowiązek faktycznego zrealizowania przez inny podmiot danej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wraz z wykonawcą. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1299/17: *„Dopuszczalność polegania na m.in. zasobie podmiotów trzecich została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi, do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi.*

*Cel wprowadzenia tych regulacji był oczywisty, mianowicie ograniczenie zjawiska handlu referencjami. Przepisy te służą także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób”.*

Mając na względzie fakt, iż ŁPIB polega na zdolnościach zawodowych Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego sp. z o.o., które nie zrealizuje przedmiotowej usługi (bowiem za realizację usługi nie można uznać czynności w postaci nadzoru, ponadto brak w tabeli opisu czynności zamówienia, które będzie zlecone ŁPO), to Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w takiej sytuacji nie może polegać na zdolnościach w/ w podmiotu. Tym samym, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, ŁPIB powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

W ocenie Odwołującego w skutek braku wykluczenia Wykonawcy lub odrzucenia oferty doszło do wyboru Wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu lub jego oferta odrzuceniu.

Dnia 21 maja 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Łódzkie Przedsiębiorstwo Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (zwany dalej Przystępującym ŁPIB) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Dnia 4 czerwca 2018 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację w powyższym zakresie.

### **KIO 993/18**

Dnia 21 maja 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie w zakresie w części 6 postępowania Stare Polesie przez wykonawcę D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SZADEK” D. S. ul. Chodkiewicza 21 94-028 Łódź (zwanym dalej Odwołującym Szadek).

Odwołanie dotyczyło niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności do wykonania których Zamawiający był zobowiązany.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Green Park, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i braku uznania oferty ww. Wykonawcy za odrzuconą;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Green Park zawierającej rażąco niską cenę i błędną ocenę wyjaśnień i dowodów złożonych przez Wykonawcę polegającą na uznaniu, iż ww. Wykonawca wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co skutkowało wadliwością w postaci braku odrzucenia oferty oraz brak odrzucenia oferty mimo iż ww. Wykonawca podlegał wykluczeniu.
- c) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy GP jako najkorzystniejszej mimo, iż ww. Wykonawca podlegał wykluczeniu oraz jego oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy Green Park lub odrzucenie oferty Wykonawcy Green Park, dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przyznanie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Ad a)

Oferta Wykonawcy Green Park została wybrana jako najkorzystniejsza. Kryterium oceny wyboru oferty była cena (100%) - pkt 18.1 SIWZ. Green Park uzyskał maksymalną ilość punktów 100. W wyjaśnieniach złożonych przez Green Park w związku z wezwaniem Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 9.03.2018 roku i 4.04.2018 roku Wykonawca podał, iż wskazana w ofercie cena jest niska, ale nie rażąco, bowiem umożliwi osiągnięcie zysku. Jednakże, oferta GP nie zawiera wszystkich kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Wykonawca jako osoby realizujące prace ogrodnicze z wykształceniem ogrodniczym minimum zawodowym lub pokrewnym wskazał m. in. dwie osoby, których miejscem zamieszkania jest Radomsko (Odwołujący ustalił to na podstawie informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego). Realizacja przedmiotowego zamówienia ma miejsce na terytorium Łodzi. Oba miasta oddalone są od siebie o około 100 km. W kosztorysie Wykonawcy nie sposób znaleźć pozycji dotyczącej kosztów dojazdu w/w osób z ich miejsca zamieszkania na teren realizacji zamówienia, które są znaczne. Mając na względzie przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25.03.2002 f. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy, koszty używania pojazdu o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm<sup>3</sup> do celów służbowych wynoszą 0,8358 zł za 1 km. Tym samym przejazd z Radomska do Łodzi i z powrotem dla jednego pojazdu wynosi 167,16 zł dziennie (0,8358 zł x 100 x 2— 167,16 zł). Powyższe znacząco wpływa na wysokość ceny i możliwość osiągnięcia zysku. Miesięczny koszt dojazdu dla 1 samochodu bowiem wynosiłby 5.014,80 zł, którego to kosztu nie sposób uniknąć. Uprzedzając argumentację Wykonawcy wskazać należy, iż ewentualny najem mieszkania na terenie Łodzi również jest kosztem wpływającym na cenę składanej przez Green Park oferty, który miałby znaczący wpływ na wynik niniejszego postępowania. Na marginesie wskazać należy, iż w aktach sprawy brak jest informacji co do miejsca zamieszkania trzech pozostałych osób mających realizować przedmiotowe zamówienie, a ich ewentualne zamieszkanie poza terenem miasta Łodzi również znacznie wpłynie na koszty kształtujące cenę. Należy również wskazać, iż Wykonawca w swych wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny twierdził, że m. in. w karczowanie samosiewów drzew będzie dokonywane „na bieżąco”, a tym samym Green Park samo założyło, iż osoby realizujące zamówienie będą przebywać „na bieżąco” na terenie miasta Łodzi.

W dalszej kolejności wskazać należy, iż Wykonawca w swej ofercie pominął zupełnie koszty transportu ziemi z PGK sp. z o.o. (mającej siedzibę w Radomsku) do miasta Łodzi oraz kosztów transportu biomasy i zrębkę drzewną do PGK sp. o.o., w zamian za które Green Park ma otrzymywać ziemię. Koszt transportu obliczyć należy w sposób tożsamy z



kosztem dojazdu osób wymienionych wyżej, tj. 167,16 zł za kurs w obie strony, co zostało pominięte w kosztorysie.

Następnie, Wykonawca złożył poświadczenie Gospodarstwa Ogrodniczego K. K. z którego wynika, iż GP otrzyma do 10% ilości materiału na uzupełnienie tzw. wypadu darmowo, tj. w drodze darowizny. Zgodnie z art. 14 ust. 3 pkt 3 ustawy o podatku od spadków i darowizn, nabywca w osobie Wykonawcy należy do III grupy podatkowej. Natomiast z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, wynika, że podatek oblicza się od nadwyżki podstawy opodatkowania ponad kwotę wolną od podatku- do kwoty 10.278,-zł wynosi on 12%, ponad kwotę 10.278,-zł do kwoty 20.556,-zł wynosi on 1.233,40 zł i 16% od nadwyżki ponad 10.278 zł, a od kwoty 20.556 zł wynosi on 2.877,90 zł i 20% od nadwyżki ponad 20.556,-zł. Powyższa danina publiczna, którą Wykonawca musi ponieść w związku z otrzymywaną darowizną, również w sposób znaczny wpływa na cenę oferty, co zostało pominięte w kosztorysie. Dodatkowo, oświadczenie darczyńcy, zgodnie z art. 889 ust. 1 powinno być dokonane w formie aktu notarialnego, co powoduje wzrost ceny. Jednocześnie brak zachowania formy aktu notarialnego, powoduje, że na obecnym etapie zobowiązanie Gospodarstwa Ogrodniczego K. K. jest nieważne. Darowizna opisanego 10% materiału tzw. wypadu będzie dopiero skuteczna jeżeli Gospodarstwo Ogrodnicze K. K. spełni przyrzczone świadczenie. Powyższe oznacza, iż tylko od swobodnej decyzji K. K. zależy czy dodatkowe 10% materiału zostanie przekazane GP czy też nie. Z drugiej strony GP nie może domagać się spełnienia świadczenia z umowy darowizny, która z uwagi na brak właściwej formy jest nieważna. Rekapituluując zapewnienie przez GP (i to darmowo) dodatkowo 10 % materiału jest nieskuteczne i fikcyjne. Podkreślić należy, iż w oświadczeniu Gospodarstwa Ogrodniczego K. K. wyraźnie zostało wskazane, iż dodatkowe 10% materiału będzie darmowe, co oznacza, że nie jest to rabat od ceny zakupu, a darowizna. W przeciwnym wypadku Green Park powinno kupować towar po niższej cenie o 10 % a nie otrzymywać za darmo 10% materiału.

W rezultacie Wykonawca będzie musiał zakupić (bowiem — nie może żądać od Gospodarstwa Ogrodniczego K. K. spełnienia świadczenia z umowy która obecnie jest nieważna) dodatkowo 10% materiału, co skutkuje iż cena podana przez GP jest rażąco niska. Nadto nawet jeżeli przyjąć oświadczenie K. K. za ważne, to po pierwsze zapewnia on darmowo dodatkowo do 10% materiału, a więc nie musi to być 10% a np. jeden %, na co wskazuje zwrot „do” 10 %, po drugie K. K. od darowizny od rzekomego dodatkowego 10% materiału musi zapłacić podatek VAT.

Wykonawca w swoim kosztorysie dotyczącym pozycji 10.1, 10.2, 10.3 — prace pielęgnacyjne przy drzewach - nie ujął dodatkowych kosztów w postaci kosztów piły mechanicznej i paliwa do niej, które to narzędzie jest niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia i powoduje wzrost ceny. W zakresie karczowania samosiewów

drzew — pozycja 12 - pominięto koszty np. wywozu konarów. Odnosząc się zaś do poz. 30-malowania ławek, w opisie przedmiotu zamówienia są wymienione oczyszczanie i usunięcie starych powłok, dwukrotne malowanie farbą do drewna, dodatkowe malowanie lazurą ochronną zewnętrzną, dodatkowo impregnatem dekoracyjnym i dwukrotnie lakierem ochronnym, a w wypadku ławek z metalową podstawą oczyszczanie metalu i dwukrotne malowanie- których to pozycji i przewidywanych kosztów próżno szukać w kosztorysie. Adekwatnie Wykonawca nie uwzględnił czyszczenia i dwukrotnego ich malowania. Obie powyższe czynności generują duże koszty przekładające się na cenę. Ponadto, w zakresie pielęgnacji gazonów (pozycja 14.2) wykazano tylko jednokrotną czynność pielienia, gdzie z opisu czynności wynika jego dwukrotność, natomiast w porze letniej wymagane będzie czasem codzienne podlewanie, (a nie jednokrotne jak wskazał Wykonawca).

*Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25.08.2017 roku, sygn. akt KIO 1657/17 „Analiza norm Prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. Z 2017 r. poz. 1579) pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 tej ustawy jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17. Punkt 16 dotyczy tylko sytuacji związanych ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, a działania wykonawcy muszą przybrać kwalifikowaną formę, natomiast punkt 17 dotyczy różnych sytuacji, (co z góry nie wyklucza, iż odnosić się on może do potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu), przekazane informacje muszą mieć wpływ na wynik postępowania, a działania i zaniechania wykonawcy mogą także przyjąć formę nieumyślności.”*

Rekapitulując Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę wskutek podania przez Wykonawcę nieprawdziwych i niepełnych informacji, które są wynikiem jego zaniechania. To na Green Park bowiem spoczywał obowiązek przewidzenia wszystkich możliwych kosztów, które to, co należy podkreślić, były łatwe do przewidzenia i są naturalną konsekwencją podjętych działań- vide wykonywanie pracy na terenie miasta Łodzi przez osoby zamieszkałe w Radomsku i związane z tym koszty dojazdu, czy koszty podatku od darowizny, fikcyjność darmowego do 10% materiału, przy braku nieważności darowizny.

Ad. b)

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy mimo iż zawierała rażąco niską cenę. W zakresie ceny ofertowej Wykonawcy była ona mniejsza od wartości zamówienia i z uwagi

na ceny jednostkowe rażąco niska w porównaniu z ceną odwołującego się i pozostałych uczestników postępowania.

W pisemnych wyjaśnieniach Wykonawca nieudolnie broni się przed zarzutem rażąco niskiej ceny, pomijając ww. koszty niezbędne celem realizacji przedmiotowego zamówienia, co świadczy o zastosowaniu przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i potwierdza jedynie, iż Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, dopasowuje swoje twierdzenia, tak aby uzyskać minimalny zysk, mimo że złożona oferta cenowa jest poniżej kosztów realizacji zamówienia, a wyjaśnienia są lakoniczne i iluzoryczne. Wyjaśnienia nie są odpowiednio umotywowane i nie przekonują, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Rekapitulując Wykonawca nie wykazał, iż cena podana w ofercie nie jest rażąco zaniżona, a Zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia Wykonawcy i uznał błędnie, iż cena Wykonawca nie była rażąco niska.

Ad. c)

Wskutek braku wykluczenia Wykonawcy lub odrzucenia oferty doszło do wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej mimo że Wykonawca podlegał wykluczenia lub jego oferta odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie podlega uwzględnieniu.

Dnia 25 maja 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Green Park Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku (zwany dalej Przystępującym Green Park) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Dnia 4 czerwca 2018 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację w powyższym zakresie.

### **KIO 1032/18**

Dnia 23 maja 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie w zakresie części 1 postępowaniu – Julianów, przez wykonawcę Zieleń P. Spółka jawna ul. Zbiorcza 2A 92-332 Łódź, (zwanym dalej Odwołującym Zieleń P.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa zamówień publicznych:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Andro pomimo występowania w tej ofercie rażąco niskiej ceny
2. art. 90 ust. 3 w zw. z ust. 2 Pzp Poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Andro w części 1 postępowania, pomimo braku złożenia przez tego wykonawcę prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także wbrew wnioskowi płynącemu z tych wyjaśnień, które wskazują na zawieranie przez tę ofertę rażąco niskiej ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Poprzez brak odrzucenia oferty Andro, pomimo jej niezgodności z SIWZ,
4. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp Poprzez brak odrzucenia oferty Andro, pomimo zaistnienia po jej stronie czynu nieuczciwej konkurencji,
5. jako ewentualny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 poprzez brak wezwania wykonawcy Andro do złożenia uzupełniających wyjaśnień w związku z licznymi wątpliwościami nasuwającymi się po lekturze wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1,
2. nakazanie odrzucenia oferty Andro w części 1,
3. ewentualnie nakazanie wezwania Andro do złożenia kolejnych wyjaśnień.

Pismem opublikowanym w dniu 14.05.2018r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W części 1 Postępowania wybrana została oferta „Andro” A. F..

Po opublikowaniu informacji o wyborze Odwołujący dokonał wglądu w dokumentację postępowania, w efekcie czego stwierdził, iż Zamawiający naruszył wskazane przepisy Pzp.

#### 1) Rażąco niska cena

Stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp, jeśli cena ofertowa bądź poszczególne jej składowe budzą wątpliwości Zamawiającego, zwraca się on do danego wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Art. 90 ust. 2 Pzp przesądza, że ciężar wykazania braku rażącej ceny spoczywa na wykonawcy. Z kolei art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, iż zaoferowana cena lub jej część składowa są rażąco niskie.

Z powyżej wskazanych cen poszczególnych oferentów wynika, że oferta Andro jest zdecydowanie zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia i jego zakresu.

Szczególnie kuriozalny jest zabieg Andro polegający na znaczącym obniżeniu cen realizacji usług na rok 2021, co wynika z kosztorysu ofertowego, złożonego wraz z ofertą.

Zaniżenia dokonane zostały zarówno w odniesieniu do zamówień podstawowych jak i opcjonalnych i zarówno dla prac na zlecenie jak i bez zleceń. Andro dokonała tego zabiegu w przypadku prawie każdej pozycji kosztorysowej dla prac na zlecenie w zamówieniach podstawowych za wyjątkiem poz.: 12, 13.1, 23, 24, natomiast szczególnie rażąco zaniżenia ceny przyjęto dla poz.: 1, 2.2, 2.3, 3, 4, 5, 10.1, 10.2, 10.3, 11.1, 11.2, 13.3, 13.4, 14.1, 14.2, 14.3, 15.1, 15.2, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 i 35. Identyfikacyjny zabieg został zastosowany odnośnie prac bez zlecenia, w przypadku których do zaniżenia dla roku 2021 doszło w każdym przypadku za wyjątkiem poz.: 1, 4, 9, 10. Podobnie jeśli chodzi o zamówienia opcjonalne, dla prac na zlecenie zaniżone zostały wszystkie pozycje za wyjątkiem: 12, 13.1, 24, a dla prac bez zlecenia wszystkie pozycje za wyjątkiem: 1, 4, 6.2, 8, 9 i 10. Większość z tych zaniżeń ma charakter szczególnie rażący.

Wyjaśnienia Andro w tej kwestii, złożone w piśmie z dnia 14.03.2018 r. nie zasługują na uwzględnienie. Już ceny na lata 2018-2020 są na tyle niskie, że w wielu przypadkach nie jest możliwa realizacja zamówienia w tych cenach. Tym bardziej, jeśli chodzi o rok 2021 Andro nie może mówić o mniejszym zysku, albowiem grozi jej poważna strata. Liczne pozycje kosztorysowe są niedoszacowane, nie odpowiadają standardom rynkowym i ceny dla tych pozycji mają charakter rażąco niski, co przekłada się na łączną cenę ofertową. Wyjaśnienia Andro nie wnoszą wiele do sprawy. Jeśli chodzi o odległość od miejsca świadczenia usług to wynosi ona ok. 33 km. Odwołujący ma siedzibę i bazę w Łodzi, a zatem koszty Odwołującego są odnośnie tego aspektu znacznie mniejsze. Andro nie uwzględniła w wyjaśnieniach kwestii kosztów związanych z dowozem i powrotem pracowników z miejsca świadczenia Usług, a będą one niebagatelne. Jeśli Andro wskazuje, iż posiada bazę sprzętową i materiałową w Łodzi, to winna koszty jej funkcjonowania uwzględnić w kosztorysie, a żadnych tego typu kosztów w tym kosztorysie odnaleźć nie sposób. Wybrany wykonawca powołuje się ogólnie na uzyskiwaną pomoc de minimis, jednakże w żaden sposób nie konkretyzuje jaka jest wartość tej pomocy, nie wiadomo więc, czy jest to kwota takiego rzędu, który może mieć wpływ na kształtowanie ceny ofertowej. Trzeba zauważyć, że uzyskana pomoc nie jest ściśle związana z realizacją jednego zamówienia publicznego, a zatem rozkłada się na całokształt działalności Andro.

W odniesieniu do finansowania realizacji przedmiotu zamówienia z własnych środków, Odwołujący również nie będzie korzystał z kredytu na sfinansowanie realizacji zamówienia. Nie jest również niczym nadzwyczajnym posiadanie przez firmy realizujące tego typu zamówienia specjalistycznego sprzętu, niezbędnego do wykonania zamówienia. Także posiadanie odpowiedniego doświadczenia nie może mieć wpływu na kształtowanie ceny, ta nie jest bowiem wszak uzależniona od doświadczenia. W kwestii kooperacji

z kontrahentami i dostawcami, każdy z wykonawców, działający w danej branży, ma takie kontakty i uzyskuje określone rabaty, a zatem również to nie jest niczym nadzwyczajnym i nie świadczy o przewadze konkurencyjnej Andro.

Należy szczególną uwagę zwrócić na wyjaśnienie przez Andro kwestii obniżenia cen na rok 2021. Wybrany wykonawca argumentuje, iż obniżenie cen było możliwe, bowiem Zamawiający podzielił zamówienie na prace bez zlecenia oraz prace na zlecenie. Następnie Andro wskazuje, że prace bez zlecenia stanowią zamówienie podstawowe, a prace bez zlecenia, czyli, jak twierdzi Andro, zamówienie opcjonalne, jest uzależnione od woli Zamawiającego i posiadanych przez niego środków finansowych. W założeniu tym pojawia się ogromny błąd, który mógł doprowadzić Andro do złożenia błędnej, niedoszacowanej kalkulacji.

Podział zamówienia dokonany został inaczej, niż wyobraża to sobie Andro. Zamówienie zostało w pierwszym rzędzie podzielone na zamówienie podstawowe i opcjonalne, a następnie każda z tych kategorii została podzielona na prace bez zlecenia oraz prace na zlecenie. To oznacza, że udzielenie prac na zlecenie w ramach zamówienia podstawowego nie jest zależne od posiadania środków finansowych przez Zamawiającego, czy też jego woli, ale jedynie od konieczności wykonania określonych prac w związku ze stanem elementów, do których odnoszą się dane pozycje kosztorysu. To powoduje, że wyjaśnienia Andro są obarczone poważnym błędem i w zasadzie są bezużyteczne.

Z analizy oferty Andro oraz złożonych przez nią wyjaśnień wynika, iż wybrany oferent w ogólnie nie uwzględnił w swojej ofercie: kosztów prowadzenia działalności, kosztów ogólnozakładowych, utrzymania pojazdów, sprzętów, kosztów pracy biura, obsługi bieżącej przy prowadzeniu działalności gospodarczej; ubezpieczenia pojazdów; kosztów mediów; kosztów związanych z podatkiem od nieruchomości; kosztów inspektora nadzoru w obiektach zabytkowych; kosztów nadzoru wynikających z poz. 5.3.21 SIWZ oraz kosztów osoby uprawnionej w zakresie wykonania prac o charakterze technicznych 5.3.22.

Wybrany oferent w przedłożonych wyjaśnieniach z dnia 14.03.2018 oraz 05.04.2018 sugeruje, iż szeregu prac w trakcie całego okresu realizacji zamówienia bądź w różnych okresach nie będzie musiał wykonywać. Przedmiot zamówienia stanowi rejon Julianów w Łodzi, obejmujący Park Mickiewicza w Łodzi, czyli jeden z najstarszych obiektów tego rodzaju obejmujący kilkadziesiąt tysięcy sztuk starodrzewia.

Zamawiający winien był ocenić ofertę Andro w oparciu o załączony do SIWZ „Sposób wykonywania usług”, który w sposób jednoznaczny obejmuje zakres i sposób wykonywanych poszczególnych prac.

Wybrany wykonawca zakłada, iż w ostatnim roku realizacji zamówienia nie będzie musiał w ogóle lub częściowo wykonywać części usług np. związanych z pielęgnacją. Jest to błędne założenie przy uwzględnieniu wieku parku, składu i dużej ilości starodrzewia.

Nadto wybrany oferent powołuje się na posiadane/zgromadzone przez siebie materiały np. farby, liny, piasek, co ma w znaczny sposób ograniczyć koszty materiału. Jednak trzeba wskazać, iż Andro nie dołączyła dowodów na wykazanie ile tych materiałów posiada oraz w jaki sposób je nabyła. Nadto, jeśli materiały te zostały uprzednio nabyte, to część kosztów nabycia powinna być przypisana do realizacji tego zamówienia.

W całej ofercie złożonej przez wybranego oferenta oraz wyjaśnieniach pojawiają się rażąco niskie ceny np. koszty materiałów, czy też koszty pracownicze, bądź w ogóle nie uwzględniono pozycji niezbędnych do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy.

Ceny podane przez Andro są nieadekwatne do cen rynkowych, a poza tym wystąpiły liczne nieścisłości pomiędzy arkuszem cenowym, złożonym przez tego wykonawcę, a treścią złożonych wyjaśnień:

- w wyjaśnieniach z dnia 06.04.2018 roku strona 51 poz. 19 i poz. 20 kosztorysu szczegółowego, wybrany oferent wskazał normę roboczogodziny 3,1515 na sztukę razy koszt pracowniczy 14,32 złotych, a zatem wynik działania daje 45,13 zł, a nie jak wskazała Andro 1 zł;
- w wyjaśnieniach z dnia 06.04.2018 roku strona 51 poz. 19 kosztorysu szczegółowego dotycząca kosztów materiału, wybrany oferent wskazał normę 0,04 m<sup>3</sup> razy koszt materiału 80 zł, a zatem wynik działania daje 3,20 zł, a nie jak wskazała Andro 2,50 zł.

Powyższe różnice w sposób bezpośredni wpływają na zmianę kosztu ujętego w tej pozycji, a zatem wpływają też na zmianę wartości ceny łącznej wskazanej w ofercie.

Poniżej Odwołujący wskazuje konkretne zastrzeżenia do oferty Andro w podziale na elementy prac, które mają być wykonywane, zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy „Sposób wykonania Usług”

- Pozycja nr 3 pielęgnacja skupin starych krzewów.

Rejon, na którym mają być świadczone usługi ma ok. 75 ha. Na terenie tym może znajdować się kilkanaście tysięcy metrów kwadratowych skupin i błędne jest założenie Oferenta, że prace zlecane przez Zamawiającego będą wykonywane na tych samych krzewach co dotychczas, tj. w tych samych skupinach krzewów.

W wyjaśnieniach z dnia 14.03.2018r. Andro tłumaczy, że skoro pewien zakres prac np. cięcia pielęgnacyjne, zostały już wykonane, to nie ma potrzeby pielienia. Podobnie zakłada, że kształt starych krzewów jest niezmienny, a ich roczny przyrost nieznaczny.

Założenia Andro nie przystają do zakresu przedmiotu zamówienia i wielkości terenu, na którym prace mają być wykonywane. Założenia Andro nie obejmują wszystkich czynności wskazanych w załączniku nr 2 do umowy, w pkt 3 na str. 1 m.in. wykarczowania samosiewów z powierzchni skupin, jednokrotnego wypielienia, odcięcia brzegów skupin.

Zgodnie z wymogami Zamawiającego, wymagana warstwa ściółkowania korą drzew iglastych ma mieć grubość 5 cm. Andro wskazała w wyjaśnieniach z dnia 14.03.2018 roku (str. 6), iż koszt kory iglastej stanowi 30 gr za m<sup>2</sup> brutto. Andro przyjmuje w tych wyjaśnieniach cenę 15 — 20 zł za m<sup>3</sup> kory. Cena metra kwadratowego o grubości warstwy 5 cm wynosi od 75 gr do 1,00 zł. Zamawiający w ogóle nie zbadał prawidłowości w/w obliczeń. Zaproponowany koszt kory iglastej przez Andro w kwocie 30 gr/m<sup>2</sup> jest nierealny, a nadto nie uwzględnia kosztów transportu.

W przedstawionym kosztorysie i wyjaśnieniach Andro uwzględniła koszt pracownika w kwocie 12 groszy za m<sup>2</sup> brutto oraz koszty kompostowni 10 groszy. Tego rodzaju stawki są nierealne. Rynkowa cena na terenie województwa łódzkiego to 70 złotych za 1 m<sup>3</sup> netto.

- Pozycja 4 pielęgnacja starych krzewów pojedynczych

Wybrany oferent nie właściwie przyjmuje, iż w trakcie realizowania niniejszego zamówienia Zamawiający będzie zlecał czynności stricte wykonywane na dotychczasowym zasobie krzewów i drzew. Nadto niewłaściwie zakłada, iż nie będą konieczne do wykonania wszystkie czynności opisane w pkt 4 załącznika nr 2 do umowy, m.in. że nie będą konieczne czynności polegające na usunięciu gałęzi obumarłych, nadłamanych lub wchodzących w kolizję z obiektami budowlanymi lub urządzeniami technicznymi.

W przedstawionej przez siebie kalkulacji oraz wyjaśnieniach Andro wskazuje, iż w pierwszych trzech latach realizacji zamówienia 2018 — 2020, koszt materiału będzie stanowił 30 groszy brutto za szt., a w roku 2021 koszt materiału będzie stanowił 5 groszy brutto za szt., co jest nieuzasadnione w świetle wymagań stawianych przez Zamawiającego oraz cen rynkowych za materiał oraz kosztów. Niczym nieuzasadnione przez Oferenta jest założenie, iż w pierwszych latach wykonywania umowy będzie realizował mniej prac lub w inny sposób, niż w kolejnych latach. (np. mniej przycinania gałęzi).

- Pozycja 10.1. i 10.3. prace pielęgnacyjne przy drzewach



W kosztorysie szczegółowym załączonym do wyjaśnień z dn. 1 6.04.2018r. wybrany oferent wskazał dla cz. 1 zamówienia, w poz. I kosztorysu, iż robocizna przy pielęgnacji drzew przy drzewach o obwodach pni do 99 cm — poz. 10.1. w latach 2018 - 2020 wynosić będzie 0,5 godziny / sztukę razy 1 4,32 zł. Natomiast odnośnie 2021 roku, w poz. 2 kosztorysu wskazał, iż czas pracy wynosić będzie 15 min. Zamawiający winien stwierdzić, że Andro nie da rady tego wykonać w takim czasie. Andro w żaden sposób nie uzasadniła obniżenia normy czasu pracy dla roku 2021.

Zgodnie z Katalogiem Nakładów Rzeczowych nr 2 — 21 , wydanym przez Ministerstwo Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa „Tereny Zieleni” Kraków 2010 rok, rozdział 01 (str. 1 6) Odmładzanie starszych drzew, przy grubości pnia od 21 - 30 cm norma czasowa do uwzględnienia przez potencjalnego wykonawcę winna wynosić 79,29 na 1 00 drzew czyli na 1 sztukę należy uwzględnić 0,79 roboczogodziny.

Powyższa wartość roboczogodziny nie uwzględnienia kosztów wywozu i transportu z terenu parku materiałów do utylizacji. Tylko podmioty upoważnione posiadające zezwolenie Zamawiającego mogą wjeżdżać na teren obiektów stanowiących przedmiot zamówienia, inne podmioty współpracujące z wykonawcami nie mają takich uprawnień.

Odwołujący kwestionuje stawkę piły łańcuchowej, w przypadku pilarki do pielęgnacji w koronie STIHL 230 zużycie mieszanki wynosi 0,4 litra na godzinę pracy oraz 0,2 litra oleju do smarowania łańcucha. Natomiast w przypadku pilarki do używana ścinki STIHL 440 zużycie mieszanki w koronie wynosi 0,8 litra na godzinę pracy oraz 0,4 litra oleju do smarowania łańcucha. Cena mieszanki za 1 litr to 6 złotych, natomiast 1 litr oleju do łańcucha 8 złotych.

Zatem godzina eksploatacji pilarki przy pielęgnacji w koronie wynosi 3,20 złotych, natomiast koszt godziny pracy pilarki do ścinki wynosi 8 złotych bez amortyzacji pilarki i zużycia łańcucha i prowadnicy. Andro wskazała w kosztorysie szczegółowym, stanowiącym załącznik do wyjaśnień z dn. 05.04.2018r., na str. 46 - 50 dla piły motorowej łańcuchowej czas pracy 0,115 motogodziny oraz stawkę 2,00 zł za motogodzinę. Koszt pracy pilarki jest zaniżony, bowiem nie uwzględniono kosztów paliwa. Zaniżona została również norma czasowa pracy pracowników obsługujących pilarkę.

W kosztorysie ofertowym, złożonym przez Andro wraz z ofertą, w poz. 10.2 za 2021 rok wskazane zostało wynagrodzenie w kwocie 10 złotych brutto a w latach 2018-2020 200 zł brutto. Oferent 20 razy obniżył cenę nie wyjaśniając w żaden sposób podstaw do tak daleko idącego zniżenia ceny.

Oferent przyjął taką samą normę roboczogodziny wykonania pielęgnacji drzew o obwodzie pnia do 99 cm, od 100-200 oraz powyżej 200 cm. Nie ma możliwości przyjęcia tego rodzaju obliczeń albowiem jest to niewykonalne we wskazanych stawkach.

Andro wskazała w kosztorysie szczegółowym, stanowiącym załącznik do wyjaśnień z dn. 05.04.2018r. na str. 46 — 50, ok. 2 min czas pracy podnośnika przy pielęgnacji drzew. Założenie to jest absurdalne, samo rozstawienie podnośnika trwa więcej, niż 5 min. Wszystkie prace pielęgnacyjne przy drzewach można wykonywać przy użyciu podnośnika lub metodą alpinistyczną. Przy założeniu wykonania pracy z podnośnika czas 2 min nie pozwala nawet na rozstawienie i wypoziomowanie sprzętu. Nie zostały również uwzględnione koszty dojazdu i powrotu dla podnośnika. Z uwagi na starodrzew występujący w parku Mickiewicza, do prac niezbędny jest podnośnik do pracy na wysokości w granicach ok 30 m, natomiast Andro takiego nie ma, co wynika z wyjaśnień z dnia 14.03.2018 roku (str. 3) gdzie zostało wskazane, że posiada wysięgnik koszowy 8 i 15 m, więc musi go wynająć lub kupić, czego nie uwzględniła w ofercie cenowej i w/w wyjaśnieniach.

- Pozycja 11.1 i 11.2. zakładanie w koronach drzew wiązań

W celu zachowania statyki, na niezbędne do wykonania wiązania materiały składają się: specjalna lina polipropylenowa, opaska z cordury oraz usztywniacz. Andro uwzględniła jedynie linę i usztywniacz, natomiast nie uwzględniła opaski, która chroni drzewo przed otarciami. Wiązanie typu kobra, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, wymaga tego rodzaju opaski, co stanowi dodatkowy koszt nieuwzględniony przez oferenta. Opaska kosztuje ok. 18,60 zł za metr bieżący brutto; do jednego wiązania niezbędne są 2 szt., każda z nich po 2 metry, końcówka termozgrzewalna 9,50 zł/szt., a potrzebne są 2 sztuki do wiązania.

Na jedno wiązanie należy założyć odcinek liny, dwa opasy i dwa usztywniacze. W ofercie na rok 2019 roku wybrany wykonawca założył 5 m bieżących i to jest wielkość do przyjęcia. Natomiast przyjęcie 2 m w roku 2021 roku jest z całą pewnością nieprawidłowe; nie jest możliwe wykonanie wiązania z tak krótką liną zgodnie z prawidłową sztuką chirurgii drzew. Zatem według Odwołującego, w odniesieniu do roku 2021 Andro zastosowała stawki dumpingowe.

Zakładając wiązanie na drzewie, którego średnica wynosi 25/40 cm (średnia przyjęta grubość konaru drzewa w tym parku, wymagającego wzmocnienia na starodrzewiu) potrzebne jest co najmniej 1,5 - 2 m liny aby je opasać i zacisnąć wiązanie, podobną czynność należy wykonać na drugim konarze, co daje min. 3 - 4 m liny. Do tego należy doliczyć odległości między konarami 1 - 10 m. Poniżej minimalnych wielkości 3 - 4 m nie będzie możliwości założenia wiązania.

Część pracowników musi mieć odpowiednie badania i uprawnienia do pracy na wysokościach, w koronach drzew, pracownicy tacy winni mieć kurs techniczny drugiego stopnia pielęgnacji drzew i wykształcenie kierunkowe, bo to są prace specjalistyczne, ta

usługa nie jest oderwana od usługi pielęgnacji drzew są one ściśle ze sobą powiązane zgodnie z prawidłową sztuką ogrodniczą. Do tej pracy niezbędne są co najmniej 2 osoby, z czego w koronie jedna będzie na jednym konarze a druga na drugim, wypadaloby aby trzeci pracownik asekurował na dole przebieg prac i zabezpieczał teren wykonywanych czy też podawał niezbędne narzędzia lub materiały. Sam Zamawiający wymaga aby pracownicy posiadali stosowne uprawnienia i praktykę w zakresie poszczególnych prac. Osoby te powinny mieć badania bhp i szkolenie pracy na wysokości powyżej 3 m. Jest oczywiste, iż wynagrodzenia tych osób muszą być wyższe, niż wynagrodzenia pracowników z mniejszymi kwalifikacjami lub tych bez kwalifikacji. Tymczasem Andro nie rozróżnia tych wynagrodzeń w wyjaśnieniach, traktując wszystkich pracowników jednakowo.

Zaniżona stawka wskazana w pozycji 11 .1 . i 11 .2 kosztorysu ofertowego na rok 2021 z tytułu w/w prac jest całkowicie niezasadna. Nie wiadomo czym kierowała się Andro zaniżając te stawki, powinno być to przedmiotem wyjaśnień, ale kwestia ta w ogóle nie została zaadresowana.

Stawka wskazana 14,32 złotych za godzinę pracy pracownika stanowi bezpośredni, całkowity koszt pracownika jaki ponosi pracodawca. Jednakże Andro nie uwzględniła w ofercie kosztów odzieży roboczej, obuwia ochronnego i rękawic niezbędnych dla każdego z pracowników, kasków ochronnych. Biorąc pod uwagę zakres prac i długość trwania kontraktu są to znaczne koszty.

- Pozycja 13.1. wycinka drzew o obwodzie pni do 99 cm, 100-200 cm powyżej 200 cm

Zgodnie z Katalogiem Nakładów Rzeczowych nr 2 - 21 wydanym przez Ministerstwo Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa „Tereny Zieleni” Kraków 2010 rok, rozdział 01 (str. 24) Ścinanie drzew, przy obwodzie pnia 30 - 50 cm (średnica 16 - 30 cm) norma roboczogodziny wynosi 3,02 i czas pracy pilarki 0,93 motogodziny.

W przedziale 100 — 200 cm (średnica 31 — 65 cm) średnia wynosi 11, 91 roboczogodziny, a praca pilarki 7,35 motogodziny.

Mając dostęp do w/w katalogów regulujących normy czasu pracy Zamawiający nienależycie zbadał ceny wskazane w ofercie Andro. Wartości przedstawione przez tego wykonawcę w sposób jednoznaczny odbiegają od norm pracy ujętych w w/w katalogach, co wskazuje na rzeczywisty brak realnej możliwości realizacji w zaproponowanym czasie wskazanych i wymaganych prac.

- Pozycja 32 wymiana listew w ławkach i siedziskach

w wyjaśnieniach z dnia 06.04.2018 roku strona 51 poz. 19 i poz. 20 oferent wskazał normę roboczogodziny 3,1515 na sztukę razy koszt pracowniczy 14,32 złotych, a zatem wynik działania daje 45,13 zł, a nie jak wskazała Andro 1 zł.

W wyjaśnieniach z dnia 06.04.2018 roku strona 51 poz. 19 kosztorysu szczegółowego dotycząca kosztów materiału, wybrany oferent wskazał normę 0,04 m<sup>3</sup> razy koszt materiału 80 zł, a zatem wynik działania daje 3,20 zł, a nie jak wskazała Andro 2,50 zł

Aby wykazać, iż cena wskazana przez Andro jest nierealna, zarówno przy zakupie gotowej listwy jak również przy produkcji własnej, przedstawiamy koszty jakie ewentualnie należy ponieść.

Ceny rynkowe drewna:

- zakup w lesie: 300 zł netto za m<sup>3</sup> z transportem;
- przecięcie 1m<sup>3</sup> na tartaku: 100 zł netto za m<sup>3</sup>;
- suszarnia 1 m<sup>3</sup>: 100 zł netto.

Po przetarciu z 1 m<sup>3</sup> uzyskać można 60% gotowego materiału.

300 zł + 100 zł + 100 zł = 500 zł plus 23% VAT= 615 zł za 60 % uzyskanego materiału.

1 m<sup>3</sup> tarcicy, listew przed oheblowaniem i malowaniem kosztuje 1.025 zł brutto, co daje 41 złotych za listwę. Odwołujący podczas rozprawy sprostował wartość 41 złotych i wskazał, iż właściwą kwotą jest 6,57 zł.

- Posadzenie drzewa, zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy, wymaga:
  - wykopania dołu o wymiarach 0,7 x 0,7 m z całkowitą jego zaprawą ziemią żyzną,
  - zakupu, dowozu, posadzenia i podlania drzewa,
  - przymocowania drzewa do 3 szt. okorowania palików o średnicy co najmniej 8 cm, połączonych listewką pod korony drzewa i przymocowania za pomocą taśmy do drzew,
  - wykonania miski oraz wypełnienia jej korą, warstwą o grubości 10 cm,
  - otoczenia zewnętrznej części miski plastikową siatką ogrodniczą o wysokości 40-50 cm,
  - rozplantowania lub wywozu pozostałej ziemi,
  - niezwłocznego wywozu zanieczyszczeń,
  - podlewania w okresach suszy w ilości 20 l/szt. w czasie obowiązywania umowy.

Zakup tych materiałów za cenę 11,20 zł brutto za sztukę, jak wskazała Andro w wyjaśnieniach z dn. 14.03.201 8r. na str. 23, nie jest możliwy, albowiem koszt zakupu drzewa na rynku nawet przy stawkach hurtowych u długoletnich kontrahentów jest wyższy niż łączna kwota jednostkowa brutto z wszystkimi materiałami i kosztami robocizny określona przez Andro. Cena ta jest nierealna, ponieważ nie starczy nawet na zakup palików do drzew. Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował w/w cen pomimo, że są rażąco niskie i

nieosiągalne na rynku. Natomiast dostarczona jako dowód do wyjaśnień z dnia 06.04.2018 roku (str. 16) oferta współpracy pochodząca od T. S. „Szkółka drzew i krzewów ozdobnych” Ul. Lawinowa 61 w Łodzi, jest niewiążąca dla stron w zakresie odnoszącym się do niniejszego zamówienia, bowiem nie wynika ze złożonej oferty, jaki będzie koszt materiału niezbędnego do realizacji zamówienia. Z informacji ustalonych przez Odwołującego z właścicielem T. S. wynika, że nie posiada on zasobów nasadzeń o obmiarach wymaganych przez Zamawiającego niezbędnych do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia. Posiada jedynie krzewy róż i w tym w/w szkółka się specjalizuje.

Mając na uwadze powyższą argumentację, Odwołujący nie ma wątpliwości, iż cena ofertowa Andro została znacząco zaniżona w stosunku do rynkowych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z uwagi na obecne brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający ma obowiązek badania nie tylko łącznej, wynikowej ceny ofertowej, ale musi wziąć pod uwagę koszty składowe. Zarówno łączna cena oferty Andro jak i wskazane jej części składowe, wskazują na rażąco niską cenę poprzez brak uwzględnienia konkretnych kosztów realizacji zamówienia.

## 2) Niezgodność z SIWZ

Złożenie przez Andro oferty w sposób niezgodny z założeniami SIWZ stanowi również o jej niezgodności ze specyfikacją, a tym samym o zaistnieniu podstaw do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2. Zamawiający wskazał wykonawcom w załączniku nr 2 do umowy sposób realizacji zamówienia, a w pozostałym zakresie wiedza o zasadach i zakresie prac niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia winna wynikać z doświadczenia wykonawcy przy realizacji tego typu zamówień. Wykonawca nie może w sposób dowolny kształtować swojej oferty, odbiegając od treści specyfikacji, a Zamawiający nie powinien pozwalać na tego typu praktyki.

Wszyscy wykonawcy powinni być traktowani równo, a zatem postanowienia SIWZ obowiązują w takim stopniu każdego uczestnika przetargu. Nie powinny być dozwolone bezpodstawne spekulacje dotyczące założeń wykonawcy w zakresie kategorii prac do wykonania i ich ilości.

Z wyjaśnień złożonych przez Andro wynika, że wykonawca ten, abstrahując od treści dokumentacji przetargowej, niesłusznie założył, że części czynności nie będzie wykonywał, bowiem prawdopodobnie zostały już wykonane przez poprzedniego wykonawcę realizującego tożsame zamówienie dla Zamawiającego. To założenie nie ma żadnej racjonalnej podstawy. Zakres prac został określony przez Zamawiającego w SIWZ i nie widnieje nigdzie informacja, że jakiś ich zakres może być pomięty, nawet jedynie dla

pewnego okresu realizacji umowy. Informacja taka nie wynika także z odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców złożone w postępowaniu.

### 3) Czyn nieuczciwej konkurencji

Argumenty przedstawione w zakresie punktu 3) niniejszego odwołania znajdują również w całości zastosowanie do zarzutu dopuszczenia się przez Andro czynu nieuczciwej konkurencji poprzez zastosowanie cen dumpingowych.

W zakresie uzasadnienia niniejszego zarzutu, Odwołujący w całości odwołuje się, bez jej powtarzania, do argumentacji przedstawionej w ramach punktu 2 niniejszego odwołania.

### 4) Zarzut ewentualny — zaniechanie powtórnego wezwania do wyjaśnień

Niniejszy zarzut winien być rozpoznany przez Izbę wyłącznie w przypadku, gdyby Izba doszła do wniosku, iż wyżej opisane zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 06.11.2017 r. w sprawie 2212/17:

*„Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty. ”*

W ocenie Odwołującego, jeśli Izba nie dopatrzy się wystarczających podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Andro z uwagi na występowanie w niej rażąco niskiej ceny, wówczas należy zbadać, czy nie istnieją podstawy do dalszego prowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny.

W ocenie Odwołującego twierdzenia oraz wyliczenia zaprezentowane przez Andro budzą liczne wątpliwości i są niejasne. To na wykonawcy spoczywa ciężar zaprezentowania odpowiednich jakościowo i merytorycznie wyjaśnień, a zatem jakiegokolwiek braku, niedokładności itd. powinny prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie sprostał swoim obowiązkom. Jednakże, gdyby Izba miała w tej mierze inne zdanie, to konieczne jest przynajmniej nakazanie Zamawiającemu wezwania Andro do kolejnych wyjaśnień, którymi powinny być objęte kwestie poruszone niniejszym odwołaniem.

Dnia 28 maja 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca A. F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Andro A. F. z Kuluszek wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Dnia 4 czerwca 2018 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację w powyższym zakresie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołujących oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania.

Każde z odwołań zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowisko pisemne zawarte w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 1 czerwca 2018 roku złożone w oryginale do akt sprawy

#### **Izba ustaliła**

Zamawiający Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2018-2021, nr sprawy ZZM.WOA.ZP.2510.63.2017”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 stycznia 2018r. nr 2018/S 001-000447.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 10 części:

- Część 1 Julianów
- Część 2 Dolina Łódki
- Część 3 Stoki-Radiostacja
- Część 4 Dolina Jasienia
- Część 5 Chojny Dąbrowa
- Część 6 Stare Polesie
- Część 7 Zdrowie – Retkinia
- Część 8 Stare Miasto – Bałuty Zachodnie
- Część 9 Śródmieście
- Część 10 Widzew – Olechów.

W treści SIWZ Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

5.3.1 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że należycie wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (niezależnie na ile części wykonawca składa ofertę) maksymalnie 3 usługi o łącznej wartości, co najmniej 700 000,00 PLN brutto, które swym zakresem łącznie obejmują następujące prace wykonywane na terenach zieleni:

- a) cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów,
- b) koszenie trawników,
- c) wygrabianie liści,
- d) nasadzenia co najmniej jednej z następującej kategorii roślin: drzew, krzewów, bylin, roślin jednorocznych, cebul kwiatowych, traw ozdobnych,
- e) sezonowa pielęgnacja roślin w odniesieniu do drzew lub krzewów lub żywopłotów lub różanek lub rabat kwiatowych (dopuszcza się sezonową pielęgnację roślin rosnących zarówno w glebie, jak i w gazonach/donicach),
- f) zimowe utrzymanie alejek, chodników, placów,
- g) letnie utrzymanie alejek, chodników, placów
- h) zbieranie zanieczyszczeń,
- i) opróżnianie koszy na śmieci.

Zamawiający dopuścił udział podwykonawców. Jeżeli wykonawca będzie realizował zamówienie przy pomocy podwykonawców, winien w formularzu oferty wypełnić pkt. 2.9



wskazując firmę (nazwę) podwykonawcy / dane adresowe /Nr KRS oraz opisać części zamówienia, które będą zlecone podwykonawcy.

Zamawiający w treści SIWZ w pkt 17 „Opis sposobu obliczenia ceny” określił zasady, na podstawie których wykonawca miał wycenić przedmiot zamówienia.

W pkt 17.1 Zamawiający wskazał, iż ceną ofertową wymienioną w formularzu ofertowym jest cena całkowita brutto za wykonanie zamówienia. Wykonawca winien we własnym zakresie wycenić zakres prac objęty przedmiotem zamówienia.

W pkt 17.2 Zamawiający wskazał, iż w ofercie należy podać cenę brutto obejmującą należny podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż usługi podlega obciążeniu takim podatkiem. Zamawiający określił właściwe stawki podatku VAT w Załączniku nr 1.1 – 1.10 do SIWZ – Formularz cenowy.

W pkt 17.3 Zamawiający przygotował arkusze kalkulacyjne – Formularz cenowy oddzielne na każdą z części zamówienia. Cena musi być obliczona zgodnie z przygotowanymi przez zamawiającego formułami. Wykonawca miał wycenić i wypełnić wszystkie nieprzekreślone pola w arkuszu „ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE”.

Zamawiający przygotował formularze cenowe dla poszczególnych części zamówienia, które odpowiadały zakresowi przedmiotu zamówienia. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie określił w jaki sposób wykonawca ma skalkulować składniki ceny, ani jakie elementy ująć dokonując kalkulacji ceny jednostkowej.

W postępowaniu, w zakresie części 1 Julianów zostało złożonych 7 Ofert:

Oferta nr 3 - KBU Sp. z o.o. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków  
cena całkowita: 5.983.602,63 zł.

Oferta nr 12 - Elbet Ł. K. Władysławów Bielański 24 95-015 Głowno  
cena całkowita: 4.205.646,91 zł.

Oferta nr 13 - „ANDRO” A. F. ul. Brzezińska 138 95-040 Kolutzki  
cena całkowita: 2.710.919,13 zł.

Oferta nr 14 - Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o.  
ul. Więckowskiego 29/5 90-727 Łódź  
cena całkowita: 3.867.060,87 zł.

Oferta nr 18 - GREEN PARK Sp. z o.o. ul. Sanicka 26, 97-500 Radomsko  
cena całkowita: 3.176.290,62 zł.

Oferta nr 19 - KTU-Zieleń Sp. z o.o. ul. Warecka 3 91-202 Łódź  
cena całkowita: 3.318.238,59 zł.

Oferta nr 20 - ZIELEŃ-P. Sp. j. ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź,

cena całkowita: 3.263.300,46 zł.

W zakresie części 5 - Chojny Dąbrowa zostało złożonych 5 ofert:

Oferta nr 2 - „DAR” D. W. ul. Kosodrzewiny 88, 62-411 Łódź

cena całkowita: 2.906.893,14 zł.

Oferta nr 8 - DREWZEL D. S. Sp. J. Wojsławice 107B,

98-220 Zduńska Wola

cena całkowita: 2.982.194,28 zł.

Oferta nr 10 - „GNOM” Sp. z o.o. ul. Techniczna 20, 92-518 (lider konsorcjum) i

TESTA T. W. ul. Wańkowicza 4 lok 116, 02-798 Warszawa

cena całkowita: 3.341.186,69 zł.

Oferta nr 11 - Łódzkie Przedsiębiorstwo Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. ul. Ekologiczna

26 91-613 Łódź

cena całkowita: 2.656.621,57 zł.

Oferta nr 17 - „WIBUD” W. S. ul. Przelajowa 4 m. 253, 94-044 Łódź

Cena całkowita: 2.734.385,94 zł.

W zakresie części 6 - Stare Polesie zostało złożonych 7 ofert:

Oferta nr 6 - Zakład Zieleni J.K.L. W. S.C. ul. G. Zapolskiej 57 m 41, 93-256 Łódź

cena całkowita: 4.382.724,51 zł.

Oferta nr 14 - Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o. ul. Więckowskiego 29/5

90-727 Łódź

cena całkowita: 4.012.532,44 zł.

Oferta nr 15 - „MAGNUM” M. J. ul. Przelajowa 4 m. 253, 94-044 Łódź

cena całkowita: 3.278.835,04 zł.

Oferta nr 16 - „SZADEK” D. S. ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź

cena całkowita: 2.989.209,06 zł.

Oferta nr 18 - GREEN PARK Sp. z o.o. ul. Sanicka 26, 97-500 Radomsko

cena całkowita: 2.775.434,96 zł.

Oferta nr 19 - KTU-Zieleń Sp. z o.o. ul. Warecka 3 91-202 Łódź

cena całkowita: 3.064.135,02 zł.

Oferta nr 20 - ZIELEŃ-P. Sp.j. ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź

cena całkowita: 3.237.068,54 zł.

W zakresie części 1- Julianów, Zamawiający pismem z dnia 9 marca 2018 roku wystąpił do wykonawcy „Andro” A. F. z Koluszek z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując iż oferta

wykonawcy jest o 34,26 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Dnia 14 marca 2018 roku wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 roku Zamawiający wystąpił do wykonawcy z wezwaniem do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2018 roku wykonawca udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz załączył oferty przedsiębiorców, na podstawie których kalkulował cenę oferty, certyfikaty CE dla oferowanego kruszywa, kosztorys szczegółowy, dokumentację zdjęciową stanów magazynowych.

Dnia 14 maja 2018 roku Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w zakresie części 1, za uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę „Andro” A. F. z Koluszek.

W zakresie części 5 – Chojny Dąbrowa, Zamawiający pismem z dnia 9 marca 2018 roku Wystąpił do wykonawcy Łódzkie Przedsiębiorstwo Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując iż oferta wykonawcy jest o 33,37 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Pismem z dnia 14 marca 2018 roku wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załączeniem kalkulacji cenowej oraz dowodu (oferty podwykonawcy), na podstawie której kalkulował cenę własnej oferty. Na potwierdzenie realności zaoferowanych cen, załączył dodatkowo ofertę innego wykonawcy, z cenami zbliżonymi do zaoferowanych.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 roku Zamawiający wystąpił do wykonawcy z wezwaniem do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca, pismem z dnia 6 kwietnia 2018 roku udzielił ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uszczegółowiając poprzednio udzielone wyjaśnienia. Do wyjaśnień tych załączył: oświadczenie podwykonawcy w zakresie kosztów wywozu i utylizacji odpadów, ofertę zakupu drewna, wyliczenie kosztów odkupu drewna od Zamawiającego oraz oświadczenie dotyczące umowy najmu.

Dnia 8 maja 2018 roku Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w zakresie części 5, za uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Łódzkie Przedsiębiorstwo Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

W zakresie części 6 – Stare Polesie Zamawiający pismem z dnia 9 marca 2018 roku wystąpił do wykonawcy Gren Park Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując

iż oferta wykonawcy jest o 35,89 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Pismem z dnia 15 marca 2018 roku wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załączeniem kalkulacji cenowej dotyczącej elementów składowych, przykładowych akcji materiałów oraz dowodów – ofert dostawców i firm odbierających materiały wtórne, na podstawie których kalkulował cenę własnej oferty.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 roku Zamawiający wystąpił do wykonawcy z wezwaniem do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca, pismem z dnia 6 kwietnia 2018 roku udzielił ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uszczegółowiając poprzednio udzielone wyjaśnienia. Do wyjaśnień tych załączył: poświadczenie wystawione przez K. K. „Gospodarstwo Ogrodnicze”.

Dnia 11 maja 2018 roku Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w zakresie części 6, za uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Gren Park Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, Izba podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołujących:

*Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*

*Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*

*Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*

*Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

*Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,*

Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.*

Art. 90 ust. 2 Pzp – *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Art. 90 ust. 3 Pzp - *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.*

Art. 91 ust. 1 Pzp - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

#### **Izba zważyła co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała iż odwołania o sygn. akt KIO 974/18, KIO 993/18, KIO 1032/18 podlegają oddaleniu.

#### **KIO 974/18**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego ŁPIB i braku uznania jego oferty za odrzuconą z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła iż zarzut nie został potwierdzony, a zatem nie może zostać uwzględniony.

Przystępujący ŁPIB wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 5.3.1. poprzez korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, którym jest Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej ŁPO), a warunek określony w pkt 5.3.2. poprzez wskazanie własnych zasobów kadrowych. W formularzu oferty, w pkt 2.9 Przystępujący wykazał podmiot ŁPO jako podwykonawcę (bez wskazania wymaganego opisu części zamówienia, które będą zlecone podwykonawcy) oraz złączył zobowiązanie do oddania swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia do dyspozycji Przystępującego ŁPIB, przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści takiego zobowiązania musi jednak wynikać w sposób nie budzący wątpliwości jaki zasób zostaje udostępniony oraz zakres realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązuje się dany podmiot odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości zakres w jakim zasób zostanie oddany do dyspozycji Przystępującemu ŁPIB - tj. wiedza i doświadczenie. Wynika to wprost z treści złożonego zobowiązania, w którym podmiot ŁPO wskazany jest jako podwykonawca na podstawie umowy cywilno-prawnej z Przystępującym ŁPIB, udostępni swoją wiedzę i doświadczenie w całym okresie realizacji zamówienia. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż wątpliwości może budzić określony w zobowiązaniu ŁPO sposób wykorzystania udostępnionych zasobów, określonych jako: nadzorowanie w ramach udostępnienia wiedzy i doświadczenia prac polegających na całorocznym bieżącym utrzymaniu terenów zieleni miejskiej. Idąc dalej, może to w konsekwencji prowadzić do wątpliwości w zakresie realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie, jaki został wskazany dla celów potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, iż sam fakt powzięcia wątpliwości co do treści złożonego zobowiązania nie może skutkować - jak wnosi Odwołujący - wykluczeniem wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, w związku z brakiem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w takim przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Bezspornym jest fakt, iż zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia, mieści się w dyspozycji art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Dokument ten pozwala bowiem na udowodnienie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu poprzez poleganie na zdolnościach innych podmiotów.

Zatem wątpliwości czy błędy w treści takiego zobowiązania, winny być w pierwszej kolejności poddane procedurze z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, nie było jednak konieczne zastosowanie powyższej procedury, bowiem Zamawiający w wyniku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w pismach z dnia 14 marca 2018 roku i 6 kwietnia 2018 roku uzyskał od Przystępującego ŁPIB informacje, że podmiot ŁPO będzie podwykonawcą przedmiotowego zamówienia, będzie zaangażowany w wykonanie zamówienia, wykonując prace objęte zamówieniem. Na potwierdzenie, Przystępujący ŁPIB złożył ofertę otrzymaną od ŁPO, w oparciu o którą konstruował własną ofertę, zawierającą wycenę wszystkich prac objętych zamówieniem oraz oświadczenie z 5 kwietnia 2018 roku, złożone przez prezesa zarządu ŁPO (reprezentacja samodzielna), odnoszącym się do tej oferty, dodatkowo potwierdzające zakres wykonywanych prac tj, koszenie trawników, pielęgnację drzew, karczowanie samosiewów, frezowanie pni, usuwanie powalonych drzew, zbieranie zanieczyszczeń, wywóz i utylizację odpadów. Zatem Zamawiający posiada oświadczenie podwykonawcy ŁPO (poparte ofertą cenową) potwierdzające zakres i sposób wykorzystania udostępnianych zasobów, stanowiących kwestionowaną przez Odwołującego treść zobowiązania ŁPO. W związku z powyższym wezwanie Przystępującego ŁPIB na podstawie art. 26 ust. 3 do wyjaśnienia lub złożenia nowego zobowiązania nie jest już zasadne, bowiem Zamawiający dysponuje oświadczeniem o treści potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp 6 „wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352)”. Zatem wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczenia, o treści posiadanej przez Zamawiającego nie jest konieczne. Art. 26 ust. 6 Pzp nie wskazuje w wyniku jakich czynności Zamawiający wszedł w posiadanie oświadczeń lub dokumentów dotyczące tego wykonawcy a jedynie odnosi się do faktu ich posiadania. Okoliczność, iż sprecyzowanie zakresu podwykonawstwa nastąpiło w oświadczeniu dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie ma znaczenia dla wagi merytorycznej oświadczenia. Istotą jest treść oświadczenia, która potwierdza okoliczność, o której mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, a fakt posiadania przez Zamawiającego takiego oświadczenia w przedmiotowym postępowaniu, jest bezsporny.

Wobec powyższego, zarzut braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieuzasadniony i podlega oddaleniu.

Ponadto, Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez poleganie na zdolnościach innych podmiotów, w związku brakiem możliwości potwierdzenia spełnienia warunków lub wystąpieniem wobec tych podmiotów podstaw wykluczenia, musi zostać poprzedzone procedurą określoną w art. 26 ust. 6 ustawy Pzp.

W związku z brakiem potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, zarzut naruszenia art., 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny. Przystępujący ŁPIB wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie mógł na tej podstawie zostać wykluczony z postępowania. Tym samym, Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia jego oferty a zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta ta została uznana za najkorzystniejszą.

#### **KIO 993/18**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Green Park, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i braku uznania oferty ww. Wykonawcy za odrzuconą Izba nie podzieliła argumentacji podniesionej przez Odwołującego.

Zamawiający w treści SIWZ w pkt 17 „Opis sposobu obliczenia ceny” określił zasady, na podstawie których Wykonawca miał wycenić przedmiot zamówienia. Wskazał, iż Wykonawca winien we własnym zakresie wycenić zakres prac objęty przedmiotem zamówienia.

Zamawiający przygotował formularze cenowe dla poszczególnych części zamówienia, które odpowiadały zakresowi przedmiotu zamówienia. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie określił w jaki sposób wykonawca ma skalkulować składniki ceny, ani jakie elementy ująć dokonując kalkulacji ceny jednostkowej. Argumentacja Odwołującego, iż Przystępujący Green Park nie ujął w cenie oferty, kosztów transportu osób z Radomska do Łodzi, które to koszty winien obliczyć zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy, oderwane jest od rzeczywistości. Odwołujący nie ma żadnych podstaw, aby przyjmować iż pracownicy będą wykorzystywać własne pojazdy do celów służbowych, nie ma również wiedzy czy pracownicy



posiadają w ogóle samochody prywatne. Ponadto, przy braku wiedzy na temat wielkości silnika, założenie że wykorzystany zostanie pojazd o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm<sup>3</sup>, licząc przejazd przez 30 dni w miesiącu w obie strony jest całkowicie nieuzasadnione. Odwołujący oparł swój wywód na przyjętych przez siebie własnych przypuszczeniach i założeniach, w oparciu o miejsce zamieszkania dwóch osób wymienionych w odwołaniu (Radomsko), nie mając żadnego potwierdzenia ani wiedzy w zakresie rozwiązań przyjętych przez Przystępującego Green Park w tym zakresie. Ponadto wyliczenia Odwołującego, oparte są o błędne, nieracjonalne ekonomicznie założenia w zakresie transportu prowadzonego przez 30 dni w miesiącu, a nie przez dni robocze. Podczas rozprawy Przystępujący wyjaśnił, iż koszty w zakresie dowozu osób nie zostały ujęte w cenie oferty w wysokości wskazanej przez Odwołującego, ale nie na zasadzie ich pominięcia a jedynie w związku z brakiem poniesienia takich kosztów. Zarzut oparty jedynie na przypuszczeniach i własnych przewidywaniach, przy założeniu, że Przystępujący w zakresie dojazdu osób poniesie jedne z najwyższych możliwych kosztów transportu, nie może stanowić dowodu potwierdzającego, iż Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Nie sposób zgodzić się również z Odwołującym, iż Przystępujący Green Park pominął w swej ofercie koszty transportu ziemi z PGK Sp. z o.o. do Łodzi oraz kosztów transportu biomasy i zrębki drzewnej do PGK Sp. z o.o. w zamian za ziemię, zakładając kalkulację kosztów transportu przyjętą przez Odwołującego. Koszty te zostały ujęte w kosztorysie złożonym do oferty i wyjaśnione Zamawiającemu w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał, iż koszty ujęte są w ramach ceny ryczałtowej dla danej pozycji. Na potwierdzenie wyliczenia ceny załączył oferty i poświadczenia od podmiotów z którymi współpracuje, potwierdzające zasady współpracy i oferowane ceny. Przystępujący Green Park, jako podmiot działający na rynku i współpracujący z innymi podmiotami korzysta z wypracowanych upustów, umożliwiających mu zaoferowanie korzystnych cen. Zakładając, zgodnie z zapisami SIWZ, że wykonawca winien we własnym zakresie wycenić zakres prac objęty przedmiotem zamówienia, nie można uznać za zasadne, iż brak wyliczenia kosztów transportu w sposób odmienny niż wskazany przez Odwołującego (tzn. w oparciu o Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy), stanowi pominięcie tych kosztów w ofercie.

W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego dotycząca darowizny w zakresie do 10% ilości materiału na uzupełnienia tzw. „wypadu” nie jest uzasadniona. Wskazać należy, iż „poświadczenie” złożone przez prowadzącego „Gospodarstwo Ogrodnicze” złożone

zostało Zamawiającemu w związku z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny. Z treści „poświadczenia” wynika, że w ramach zamówionego materiału roślinnego przez Przystępującego Green Park, w przypadku tzw. „wypadów” (roślin, które się nie przyjęły) właściciel „Gospodarstwa Ogrodniczego” zapewni ich bezpłatne uzupełnienie do 10%. Zobowiązanie to jest bezpośrednio związane z zamówionym materiałem kwiatowym i uzależnione o faktycznie zaistniałych „wypadów”, które należy traktować w kontekście zobowiązania gwarancyjnego, dotyczącego dostarczenia nowych roślin w miejsce obumarłych a nie darowizny w rozumieniu art. 888 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks Cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm., zwany dalej KC). Izba wskazuje, iż zobowiązanie to należy rozumieć w kontekście art. 889 pkt 1 KC (*Nie stanowią darowizny następujące bezpłatne przysporzenia gdy zobowiązanie do bezpłatnego świadczenia wynika z umowy uregulowanej innymi przepisami kodeksu*); w związku z 577 KC dotyczącego gwarancji przy sprzedaży.

W zakresie braku w pozycjach 10.1, 10.2 i 10.3. ujęcia kosztów piły mechanicznej i paliwa do niej przystępujący Green Park wyjaśnił na rozprawie, iż nie będzie korzystał z pił mechanicznych a jedynie z ręcznych. Zatem wycena paliwa do piły mechanicznej nie była uzasadniona. W zakresie pominięcia w pozycjach 12, 14.2. i 30 odpowiednio: kosztu wywozu konarów, dwukrotności pielienia gazonów i codziennego podlewania latem oraz wymienienia kosztów związanych z dwukrotnym malowaniem ławek, należy wskazać iż wycena w ramach tych pozycji była wyceną ryczałtową. Zamawiający nie wymagał rozbicia ceny na poszczególne elementy składowe, lecz skalkulowania jej w oparciu o wszystkie elementy składowe. W ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Przystępujący miał przedłożyć kalkulację zawierającą koszty jednostkowe z podziałem na koszty pracownicze-roboczogodziny, koszty materiałów i koszty sprzętu. Kalkulacja sporządzona według takich założeń została przedłożona Zamawiającemu, zatem zarzut braku wyszczególnienia elementów z opisu zamówienia nie jest uzasadniony, w sytuacji braku takiego wymogu w SIWZ.

Reasumując, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż powyższe świadczy o przedstawieniu w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Powyższa argumentacja nie może mieć zastosowania zwłaszcza w zakresie, w którym Odwołujący zarzucił Przystępującemu brak podania informacji, których zgodnie z SIWZ Przystępujący artykułować nie musiał.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zatem zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego Green Park z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp. Izba wskazuje, iż na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem argumenty przywołane podczas rozprawy

w zakresie niezgodności treści oferty Przystępującego Green Park z treścią SIWZ nie mogły być rozpoznane, z uwagi na ich brak w treści odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp. i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Green Park zawierającej rażąco niską cenę i błędną ocenę wyjaśnień i dowodów złożonych przez Wykonawcę polegającą na uznaniu, iż ww. Wykonawca wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co skutkowało wadliwością w postaci braku odrzucenia oferty oraz brak odrzucenia oferty mimo iż ww. Wykonawca podlegał wykluczeniu, Izba wskazuje że stawiany zarzut nie został potwierdzony.

Ustawodawca nie zdefiniował ceny rażąco niskiej, jednakże w świetle ugruntowanego orzecznictwa (por.np. KIO 586/13 i 588/13 z 27 marca 2013r., KIO 2155/17 z 2 listopada 2017r., KIO 2473/17 z 7 grudnia 2017r., KIO 266/18 z 27 lutego 2018r., KIO 152/18 z 8 lutego 2018r.) oraz dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia jest cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Sam fakt, złożenia oferty z ceną odbiegającą od wartości szacunkowej zamówienia jak również wartości innych ofert nie powoduje automatycznie konieczności odrzucenia tej oferty.

Aby odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę, Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury w zakresie wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Dopiero na podstawie uzyskanych wyjaśnień, Zamawiający może podjąć decyzję, czy cena podana w ofercie może zostać uznana za rażąco niską tj. nierealistyczna, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia czy też nie.

W okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający kierował do Przystępującego Green Park dwukrotnie wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (drugie wezwanie dotyczyło uszczegółowienie pierwszych wyjaśnień), w odpowiedzi uzyskując informacje, które precyzyjnie wyjaśniły sposób wyliczenia ceny. Do wyjaśnień została załączona szczegółowa kalkulacja ceny oraz oferty od przedsiębiorców, z którymi Przystępujący współpracuje, na bazie których dokonał kalkulacji zaoferowanej ceny. Odwołujący zarzucił

Przystępującemu pominięcie w kalkulacji kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, jednakże zgodnie z analizą zarzutu w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, składniki kosztów nie musiały być szczegółowo wyartykułowane w kalkulacji poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Przystępujący sprostował obowiązkowi wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem nie zaistniała przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. oraz 90 ust. 3 Pzp. nakazująca Zamawiającemu odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. bowiem Przystępujący Green Park nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego Green Park jako najkorzystniejszej mimo, iż ww. Wykonawca podlegał wykluczeniu oraz jego oferta podlegała odrzuceniu. W ocenie Izby, działania Zamawiającego w zakresie braku wykluczenia Przystępującego oraz braku odrzucenia jego oferty były prawidłowe. Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

## **KIO 1032/18**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego Andro pomimo występowania w tej ofercie rażąco niskiej ceny, Izba dokonała analizy zarzutu łącznie z zarzutem naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Andro w części 1 postępowania, pomimo braku złożenia przez tego wykonawcę prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także wbrew wnioskowi płynącemu z tych wyjaśnień, które wskazują na zawieranie przez tę ofertę rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby powyższe zarzuty nie zostały potwierdzone, zatem należy je uznać za niezasadne.

W zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Izba odwołuje się do uzasadnienia dla sprawy KIO 993/18. Ponadto, podkreślić należy, że Ustawa Prawo zamówień publicznych określa sposób dokonywania oceny wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu wskazując, że oceniając wyjaśnienia Zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze

obiektywnym, jak np: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wpływ wynikający z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników czy zaangażowania odpowiedniego sprzętu. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Wobec powyższego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, jednak nie może tego uczynić, nie poprzedzając swojej decyzji w tym względzie przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień bądź ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że zaoferowano rażąco niską cenę, oferta podlega zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuceniu. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10 na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające

i ogólnikowe. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05. (por. KIO 1709/16 z 4 październik 2016r.).

Izba, analizując wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Andro w niniejszej sprawie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego braku odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Przystępujący został dwukrotnie wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi złożył obszerne i rzetelne wyjaśnienia odnoszące się do każdego z punktów – zgodnie z wezwaniem Zamawiającego - w zakresie kalkulacji ceny. Wyjaśnienia poparł szczegółową kalkulację ceny sporządzoną w formie kosztorysu, wraz z dowodami w postaci ofert od przedsiębiorców na bazie których dokonał kalkulacji ceny oraz dokument potwierdzający uzyskaniu pomocy de minimis. W ocenie Izby, Przystępujący złoży logiczne, spójne i przejrzyste wyjaśnienia, z których wynikało dlaczego ma możliwość zaoferowania korzystnych cen, w stosunku do innych wykonawców (posiadanie rozbudowanego, specjalistycznego parku maszynowego, wykwalifikowanej kadry pracowniczej, korzystne ceny od dostawców, upusty, rabaty, bliskość bazy sprzętowej (Łódź), uzyskanie pomocy publicznej, zmniejszenie marży, korzystne ceny uzyskane ze sprzedaży drewna) oraz jaką przyjął metodologię kalkulacji kosztów.

Ponadto, wskazać należy, iż na realność zaoferowanych przez Przystępującego cen wskazuje fakt, iż cena zaoferowana przez Przystępującego w zakresie zamówienia podstawowego wynosi 1.957.846,42 zł, i jest wyższa od ceny Odwołującego, wynoszącej w tym zakresie 1.733.915,09 zł. Dowodzi to niezbicie, iż zaoferowane przez Przystępującego ceny w ramach kalkulacji kosztów są realne, rynkowe, a zamówienie możliwe do realizacji. Zakładając, zgodnie z zapisami SIWZ, że wykonawca winien we własnym zakresie wycenić zakres prac objęty przedmiotem zamówienia, nie można uznać za zasadną argumentację Odwołującego dotyczącą braku uwzględnienia w ramach kalkulacji ceny kosztów prowadzenia działalności, kosztów ogólnozakładowych, utrzymania pojazdów, sprzętów, kosztów pracy biura, obsługi bieżącej przy prowadzeniu działalności gospodarczej; ubezpieczenia pojazdów; kosztów mediów; kosztów związanych z podatkiem od nieruchomości; kosztów inspektora nadzoru w obiektach zabytkowych; kosztów nadzoru wynikających z poz. 5.3.21 SIWZ oraz kosztów osoby uprawnionej w zakresie wykonania prac o charakterze technicznych 5.3.22. , skoro Zamawiający nie wymagał wykazania powyższych w ofercie.

Podsumowując, Przystępujący Andro dołożył staranności oczekiwanej od profesjonalisty i w sposób czytelny wykazał rzetelność kalkulacji ceny ofertowej, umożliwiającej należyte wykonanie usługi, co potwierdziło iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego, w ocenie Izby zarzut braku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę należy uznać za niezasadny. Za niezasadny należy uznać również zarzut zaniechania odrzucenia oferty w związku z brakiem złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także wbrew wnioskowi płynącemu z tych wyjaśnień, wskazującym na rażąco niską cenę w ofercie.

Odnosząc się do zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego Andro, pomimo jej niezgodności z SIWZ, Izba podkreśla, że Odwołujący nie wskazał, w którym konkretnie miejscu oferta Przystępującego Andro miała być niezgodna z treścią SIWZ, i z które zapisy z oferty miałyby stanowić naruszenie treści SIWZ. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do ogólnych stwierdzeń jak np.: *„Nie powinny być dozwolone bezpodstawne spekulacje dotyczące założeń wykonawcy w zakresie kategorii prac do wykonania i ich ilości”*.

Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. z 2010 nr 48 poz. 280 ze zm.) odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać czynności lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (§ 4 ust. 1 pkt 5 i 6).

O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, uzasadnienie jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać ściśle przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.”

Wskazać należy, iż odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.

W rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej.

Brak wskazania konkretnych czynności lub zaniechań czynności przez Zamawiającego w odwołaniu, czyli poza podstawą prawną brak wskazania stanu faktycznego oraz brak wskazania uzasadnienia faktycznego konkretnych czynności lub zaniechań Zamawiającego leżącego u podstaw wnoszonego środka ochrony prawnej, stanowił podstawę nieuwzględnienia wskazanego przez Odwołującego naruszenia. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może zostać uznany za zasadny, z uwagi na brak wykazania jego naruszenia przez Zamawiającego.

W związku z powyższym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp (który to został sformułowany w odniesieniu do złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę), poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego Andro, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do złożonego jako ewentualny, zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 poprzez brak wezwania Przystępującego Andro do złożenia uzupełniających wyjaśnień w związku z licznymi wątpliwościami nasuwającymi się po lekturze wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, Izba wskazuje, iż nie można Zamawiającemu przypisać powyższego naruszenia. Przystępujący dwukrotnie został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i w terminie wskazanym przez Zamawiającego udzielił wyczerpujących wyjaśnień, w których udowodnił, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

**Wobec powyższych okoliczności Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.**

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b),



rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....