

**Sygn. akt: KIO 2816/15**

**WYROK**

z dnia 12 stycznia 2016 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Tarnobrzeg

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie P.M. prowadzącego działalność gospodarczą oraz J.P. prowadzącego działalność gospodarczą, występujących jako Zielone Miasto spółka cywilna zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Tarnobrzeg prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Całoroczne utrzymanie terenów zieleni miejskiej w Tarnobrzegu w 2016 roku”

Postępowanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 października 2015 roku pod numerem 2015/S 207-376111.

28 grudnia 2015 roku Odwołujący działając w trybie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) czynności wyboru dla Zakresu III jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Pana J.P. i P.M. będącymi współnikami spółki Zielone Miasto s.c. (zwani dalej jako Zielone Miasto s.c. bądź ZM s.c.), pomimo iż wskazana oferta powinna zostać odrzucona oraz wykluczona;
- 2) czynności wyboru dla Zakresu IV jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zielone Miasto s.c., pomimo iż wskazana oferta powinna zostać odrzucona oraz wykluczona;
- 3) zaniechania odrzucenia dla Zakresu III oferty Wykonawcy Zielone Miasto s.c., pomimo iż jego oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) zaniechania odrzucenia dla Zakresu IV oferty Wykonawcy Zielone Miasto s.c., pomimo iż jego oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) zaniechania precyzyjnego wezwania wykonawcy Zielone Miasto s.c. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla Zakresu III;
- 6) zaniechania precyzyjnego wezwania wykonawcy Zielone Miasto s.c. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla Zakresu IV;
- 7) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Zielone Miasto s.c. dla Zakresu III, mimo iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Zielone Miasto s.c. dla Zakresu IV, mimo iż zawierała rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 3) art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie precyzyjnego wezwania wykonawcy Zielone Miasto s.c. do złożenia wyjaśnień dot. Zakresu III w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 4) art. 90 ust 1 ustawy przez zaniechanie precyzyjnego wezwania wykonawcy Zielone Miasto s.c. do złożenia wyjaśnień dot. Zakresu IV w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 5) art. 91 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty dla Zakresu III oraz Zakresu IV, Wykonawcy Zielone Miasto s.c. jako najkorzystniejszej, która podlegała odrzuceniu;
- 6) art. 7 ust 1 oraz 3 ustawy przez wybór oferty dla Zakresu III oraz Zakresu IV Zielone Miasto s.c. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP.

Odwołujący wniosk o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty dla Zakresu III i Zakresu IV Wykonawcy Zielone Miasto s.c.;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oraz wykluczenie oferty dla Zakresu III oraz Zakresu IV Wykonawcy Zielone Miasto s.c.;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert dla Zakresu III oraz Zakresu IV niepodlegających odrzuceniu;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W zakresie interesu do wniesienia odwołania:

Stosownie do art. 179 ust 1 ustawy, Odwołujący wskazał, że jego oferta nie została odrzucona z przedmiotowego postępowania, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego ustawy. Poza ofertą Zielone Miasto s.c. oferta Odwołującego była najkorzystniejsza wg kryteriów wyboru określonym przez Zamawiającego w SIWZ dla Zakresu III oraz Zakresu IV. Gdyby więc Zamawiający dokonał czynności w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z ustawą i odrzucił oraz wykluczył ofertę Zielone Miasto s.c., jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie dla Zakresu III i Zakresu IV dla siebie. Szkodą, jaką Odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego dla Zakresu III oraz Zakresu IV, mimo iż Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwolujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

Gmina Tarnobrzeg prowadzi postępowanie pn.: „*Całoroczne utrzymanie terenów jeleni miejskiej w Tarnobrzegu w 2016 r.*”. Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na cztery zakresy: Zakres I - Rejon 1: Przywiśle; Zakres II — Rejon 2: Centrum; Zakres III - Rejon 3: Wschód; Zakres IV - Rejon 4: Park Dzikowski.

Zgodnie z SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), każdy z rejonów stanowi odrębny zakres zamówienia (zob. rozdz. III.2 SIWZ). Jednak ofertę, zgodnie z SIWZ Wykonawcy składali jedną, uzupełniając odpowiednio Zakres I, II, III lub IV, na który/które składali ofertę.

Wykonawca Zielone Miasto s.c. złożył ofertę na Zakres III oraz Zakres IV, oferując odpowiednio za wykonanie wskazanych Zakresów kwoty: 328.055,08 zł netto oraz 11 075,39 zł netto. Mając na uwadze fakt, iż oferowana przez Zielone Miasto s.c. kwota za wykonanie Zakresu III była o 33,44% niższa od średniej arytmetycznej złożonych, dla przedmiotowego Zakresu, ofert, zaś dla Zakresu IV niższa o 33,03%, to Zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowej kalkulacji ceny i wezwał pismem z dnia 8 grudnia 2015 roku (znak BZP-I.271.69.2015) Wykonawcę Zielone Miasto s.c. do przedłożenia stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wskazał ponadto, że Wykonawca może też wskazać inne elementy, które mogłyby zostać poddane ocenie, a jednocześnie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia należało złożyć do dnia 14 grudnia 2015 roku do godziny 10:00.

*Mając na uwadze art. 90 ust. 1 ustawy - Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższą o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...). Powyższe zostało również powtórzone przez Zamawiającego w rozdz. XV.8 SIWZ.*

Pismem z dnia 12 grudnia 2015 roku Wykonawca Zielone Miasto s.c. przedłożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w Zadaniu nr III Rejon Wschód oraz nr IV Rejon Park Dzikowski.

Zamawiający dał wiarę przedmiotowym wyjaśnieniom i pismem z dnia 17 grudnia 2015 roku zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Zielone Miasto s.c. dla Zakresu III oraz Zakresu IV.

Wyjaśnienia Wykonawcy Zielone Miasto s.c. w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wykonawca Zielone Miasto s.c. w swoich wyjaśnieniach z dnia 12 grudnia 2015 roku powołał się na wiele aspektów, które rzekomo miały spowodować zaferowanie tak konkurencyjnej ceny na wykonanie Zakresu III oraz Zakresu IV.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 ustawy *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*. Tożsame postanowienie Zamawiający zawarł również w rozdz. XV.9 SIWZ. *Powyższe zostało skonkretyzowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która m.in. wyrokiem z dnia 17 lipca 2015 roku o sygn. akt KIO 1410/15 wskazała, iż „To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, mimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Każdy dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego”*. W ocenie Odwołującego Wykonawca Zielone Miasto s.c. nie wykazał w swoich wyjaśnieniach z dnia 12 grudnia 2015 roku, że jego oferta dla Zakresu III o Zakresu IV nie zawiera rażąco niskiej ceny, co zostanie wykazane poniżej.

Wyjaśnienia Zielone Miasto s.c. z dnia 12 grudnia 2015 roku były łącznie podobne do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą dla Zakresu I oraz Zakresu II przedmiotowego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, tj. Pana W.D. oraz Pana M.J. będących, współnikami spółki Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „GARDEN” Spółka cywilna. Zatem, już sam fakt tak zbliżonych wyjaśnień i tożsamy zwrotów używanych przez dwóch konkurencyjnych Wykonawców, powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do strony merytorycznej wyjaśnień Wykonawcy Zielone Miasto s. c. Odwołujący wskazał:

Wykonawca Zielone Miasto s.c. wskazał, że przez ostatnie dwa lata świadczył na rzecz Miasta Tarnobrzeg usługi w zakresie utrzymania terenów zieleni miejskiej dla Rejonu Park Dzikowski. Zauważyć zatem należy, iż ta część wyjaśnień dotyczy tylko i wyłącznie Zakresu IV przedmiotowego postępowania - Rejon: Park Dzikowski. Przy czym, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy, cena za wykonywanie ww. usług była bardzo zbliżona do ceny zaproponowanej w obecnym przetargu. Przez ostatni rok prace w Parku Dzikowskim Wykonawca Zielone Miasto s.c. wykonywał za cenę 249.666,09 brutto, podczas gdy obecnie złożona przez tego Wykonawcę oferta stanowi 219.898,36 zł brutto. Wykonawca Zielone Miasto s.c. argumentuje powstałą różnicę faktem, iż obecne zamówienie nie uwzględnia np.

renowacji trawnika gazonowego przed zamkiem oraz usunięcia dzikiego wysypiska śmieci oraz zwałowiska ziemi na działce w Parku Dzikowskim.

*Mając natomiast na uwadze stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie powoływania się w wyjaśnieniach Wykonawcy na usługi świadczony w innych postępowaniach i oferowane tam kwoty wykonania usługi, wskazał wyrok Izby z dnia 23 grudnia 2014 (sygn. akt KIO 2622/14), w którym KIO wskazała, że „Skoro zarówno przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., jak i art. 90 ust. 1 i ust. 3 p.z.p.- posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, to punktem odniesienia powinien być przedmiot zamówienia w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawca złożył ofertę nie zaś ceny ofert składanych w innych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, czy wyniki takich postępowań z określonego obszaru, choćby obejmował on tereny sąsiadujące z Zamawiającym. Moc takich dowodów wydaje się wątpliwa, skoro nie są szczegółowo znane zakresy tych zamówień, opisy przedmiotów zamówienia, w tym chociażby obowiązki wykonawców. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 25 lipca 2014 roku (sygn. akt KIO 1427/14 Izba stwierdziła, że „Wyłącznie pomocnicze znaczenie dla oceny kwestii rażąco niskiej ceny w konkretnym postępowaniu może mieć odwoływanie się do innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych dotyczących podobnego przedmiotu zamówienia, zwłaszcza stopień tego podobieństwa pozostaje nieustalony. Pomimo faktu, iż w poprzednich latach Wykonawca Zielone Miasto wykonywał dla Zamawiającego podobne usługi, w tym samym rejonie, to zaproponowana cena w tamtych przetargach nie może przesądzać o niewystąpieniu rażąco niskiej ceny w stosunku do niniejszego przedmiotu zamówienia. Wykonawca Zielone Miasto s.c. wskazał bowiem jedynie przykładowo, dlaczego oferta zaproponowana w przedmiotowym, postępowaniu dla Zakresu IV jest ofertą niższą, w żaden sposób jednak powyższego faktu nie udowodnił. Ponadto, wskazać również należy, iż poprzednio wykonywane przez Wykonawcę Zielone Miasto s.c. zamówienie było realizowane w innych latach, zatem również wartość usług, jak i wartość pieniądza uległa od tamtego czasu podwyższeniu, czego już Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie.*

Wyjaśnienia składane przez Wykonawcę Zielone Miasto s.c. dotyczą oferty złożonej zarówno dla Zakresu III, jak i Zakresu IV, natomiast powyższe wyjaśnienia, wątpliwe jakościowo wg Odwołującego, dotyczą jedynie Zakresu IV.

Zasadne jest wskazanie, że za równie niewystarczające należy uznać wyjaśnienia Wykonawcy Zielone Miasto s.c. dot. świadczenia usług dla Tarnobrzeskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z/s w Tarnobrzegu. Tym samym przedłożona jako dowód Umowa na świadczenie usług utrzymania terenów zielonych w żaden sposób nawet nie udowadnia, że ceny zaoferowane w niniejszym postępowaniu dla Zakresu III oraz

Zakresu IV nie są rażąco niskie. Przede wszystkim zaś Zamawiający nie może posiadać pewności, nie znając dokumentacji przetargowej dla przywołanego postępowania, czy cena zaproponowana przez Zielone Miasto s.c. nie była ceną rażąco niską i czy była wybrana zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie.

Kolejnym argumentem Wykonawcy Zielone Miasto s.c. w złożonych wyjaśnieniach było powołanie się na kwoty ofert konkurencyjnych, w tym jednego z konsorcjantów Odwołującego. Zielone Miasto s.c. wskazała, że Spółka A.S.A. zaoferowała w postępowaniu prowadzonym poprzednio przez Zamawiającego, tj. w latach 2013-2015, cenę zbliżoną do ceny zaproponowanej przez Wykonawcę Zielone Miasto s.c. Powyższe, w świetle orzecznictwa przywołanego powyżej świadczy jednak tylko na niekorzyść Wykonawcy Zielone Miasto s.c. Wskazać bowiem należy, że wyjaśnienia Wykonawcy Zielone Miasto s.c. dotyczą całkiem innego (choć zbliżonego) przedmiotu zamówienia. Poza tym, sam fakt, że Wykonawca Zielone Miasto s.c. w poprzednim postępowaniu nie zaoferował ceny rażąco niskiej nie świadczy i nie dowodzi w żaden sposób faktu, iż w przedmiotowym postępowaniu jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Wykonawca Zielone Miasto wskazał przy tym w wyjaśnieniach z dnia 12 grudnia 2015 r., że *„Analizując te dwa przykłady oczywistym jest, że zaproponowana cena jest ceną adekwatną a przędę wszystkim realną i nieodbiegającą w sposób istotny od cen innych oferentów na danym rynku.* Odwołujący z powyższym się nie zgadza, w świetle powyższych ustaleń. Wykonawca Zielone Miasto s.c. przede wszystkim w żaden sposób nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną adekwatną w niniejszym postępowaniu. Ponadto, jego wyjaśnienia dotyczyły tylko Zakresu IV niniejszego postępowania, kalkulacja ceny dla Zakresu III nie została zatem w żaden sposób wyjaśniona, nie mówiąc już o udowodnieniu. Nie można zatem uznać, iż takie wyjaśnienia Wykonawcy Zielone Miasto s.c. są wystarczające. Stosownie bowiem do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wskazać należy, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (tak: wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 roku o sygn. akt KIO 1492/15).

W dalszej części swoich wyjaśnień z dnia 12 grudnia 2015 roku Wykonawca Zielone Miasto s.c. wskazał, że *„wykonywanie usług przy zaproponowanej cenie jest możliwe biorąc pod uwagę, nasze wieloletnie doświadczenie w branży utrzymywania terenów Zieleni. (...) Ze względu na posiadane doświadczenie oraz kwalifikacje większość prac wykonujemy osobiście, co znacznie wpływa na obniżenie kosztów świadczonych usług. Ze względu na powyższe nie musimy zatrudniać dodatkowych pracowników, w tym m.in. pilarzy. Sami posiadamy wszelkie kwalifikacje do pracy przy pilarkach i innych urządzeniach”.* Wykonawca Zielone Miasto s.c. nie wskazał jednak w swoich wyjaśnieniach jakie w rzeczywistości kwoty



oszczędza w związku z niezatrudnianiem innych pracowników. Ponadto, wątpliwości może budzić również fakt czy przy dwuosobowej spółce cywilnej, która nie zatrudnia innych pracowników, przedmiot zamówienia zostanie wykonany w sposób rzetelny i terminowy. *Ponadto, wskazując na stanowisko KIO w przedmiotowym zakresie, powołać można wyrok Izby z dnia 24 czerwca 2015 roku (sygn. akt KIO 1216/15), w którym KIO wskazała, że „Należy zauważyć, że i w takich wypadkach, gdy wykonawca stwierdza, że wykona prace własnymi siłami, powstają koszty pracy, uzgodnień, materiału, sprzętu. Tym samym nie są to prace bezkosztowe.”* Wykonawca Zielone Miasto s.c. powinien wskazać jakie koszty zaoszczędzi w związku z wykonywaniem powierzonych prac własnymi siłami. Kalkulacja taka powinna przy tym być przeprowadzona zarówno dla Zakresu III jak i Zakresu IV, nie można bowiem zapominać, iż są to dwa odrębne zakresy, na które zostały złożone w Ofercie odrębne kwoty ich wykonania.

Zamawiający wymagał w SIWZ dla Zakresu I, II, III i IV dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym: minimum jedną osobę do kierowania robotami z wyższym wykształceniem ogrodniczym, leśnym bądź w zakresie architektury krajobrazu, z co najmniej 2-letnią praktyką zawodową przy realizacji prac pielęgnacyjnych na terenach zieleni; osobę na stanowisku robotniczym, która posiada ukończony kurs, szkolenie z wynikiem pozytywnym w zakresie pilarsza drzew; nie mniej niż dwóch pracowników na stanowiskach robotniczych, z minimum 2-letnią praktyką zawodową przy realizacji prac pielęgnacyjnych na terenach zieleni; dodatkowo dla Zakresu IV 1 osobę do kierowania pracami, wykonywanymi w parkach wpisanych do rejestru zabytków, która posiada tytuł zawodowy magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów, obejmujących wiadomości w zakresie zabezpieczenia, uzupełniania rekonstrukcji lub konserwacji parków zabytkowych lub innego rodzaju zorganizowanej zieleni zabytkowej oraz odbyła po ukończeniu tych studiów co najmniej 12-miesięczną praktykę zawodową przy konserwacji i pielęgnacji tego rodzaju zabytków, jak również w osobę do prowadzenia prac związanych ze stosowaniem środków ochrony roślin, która ukończyła szkolenie w zakresie stosowania środków ochrony roślin.

*Ponadto, Zamawiający wskazał, że „W przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden zakres/jedną część, ilość osób przewidziana do realizacji przedmiotowego zamówienia, o wymaganym wykształceniu i praktyce powinna być proporcjonalnie większa i stanowić wielokrotność ilości wymienionej powyżej, wymaganej dla jednego zakresu. Wymóg ten nie dotyczy ilości osób przewidzianych do kierowania robotami.*

Wykonawca w swojej ofercie (s. 26) dla Zakresu III wskazał następujące osoby: p. M.J. (pkt 1 powyżej); p. B.K., p. E.P. (pkt. 3 powyżej); p. J.P. (pkt. 2 powyżej).

Dla Zakresu IV wskazane zostały w Ofercie (s. 27) następujące osoby: p. M.J. (pkt 1 powyżej); p. M.M. oraz p. K.T. (pkt 3 powyżej); p. P.M. (pkt 2 powyżej), p. M.J. (pkt 4 powyżej); p. D.W. (pkt 4 powyżej).

Mając na uwadze powyższe należy się zastanowić nad zgodnością z prawdą wyjaśnień Wykonawcy Zielone Miasto s.c., zgodnie z którymi *„Ze względu na posiadane doświadczenie oraz kwalifikacje większość prac wykonujemy osobiście, co znacznie wpływa na obniżenie kosztów świadczonych usług. Ze względu na powyższe nie musimy zatrudniać dodatkowych pracowników. Zauważyć należy, że Wykonawca Zielone Miasto s.c. to Spółka cywilna, zawiązana przez dwóch wspólników Pana J.P. i Pana P.M.. Powyższe sugeruje zatem, że zatrudniają oni dodatkowych pracowników, wskazanych w ofercie. Bez różnicy jest natomiast forma prawna zatrudniania tych pracowników (umowa o pracę, umowa zlecenie, itp.) bowiem w każdym przypadku Wykonawca Zielone Miasto s.c. ponosi koszty zatrudnienia takich osób. Ponadto, zastanowić się również należy czy możliwe i zgodne z SIWZ jest zatrudnianie jednej osoby zarówno do kierowania robotami, jak i do kierowania pracami w parkach wpisanych do rejestru zabytków (vide: p. M.J.; Zakres IV).*

*Kolejnym argumentem Wykonawcy Zielone Miasto s.c. w wyjaśnieniach z dnia 12 grudnia 2015 roku, był fakt, iż „Posiadamy wieloletnie doświadczenie i cieszymy się bardzo dobrą opinią przez co mamy zapewnione bardzo korzystne rabaty i atrakcyjne ceny za ziemię, kwiaty i inne artykuły potrzebne do wykonania zamówienia. Hurtownie, z którymi współpracujemy od wielu lat gwarantują nam bardzo atrakcyjne ceny za materiały co ostatecznie wpływa na oszacowaną przez nas wartość zamówienia. Wykonawca Zielone Miasto s.c. jednak w żaden sposób nie wykazał ile jest w stanie zaoszczędzić na udzielanych rabatach i korzystnych cenach ziemi, nie wskazał zatem żadnej kalkulacji ani żadnych innych dowodów potwierdzających powyższe. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 8 czerwca 2015 roku (sygn. akt KIO 1058/15) Izba wskazała, że „To na wykonawcy ciąży obowiązek wykapania, cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Izba ocenia jedynie czynność zamawiającego polegającą na ocenie wyjaśnień. Zatem wszelkie dowody wykonawca powinien złożyć na etapie składania wyjaśnień.*

Wykonawca Zielone Miasto s.c. nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających, że zastosowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, w tym przede wszystkim brak jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty oraz wskazania kwoty, którą Wykonawca jest w stanie zaoszczędzić, w związku z udzielonymi mu rabatami. Przede wszystkim zaś Wykonawca w żaden sposób nie wykazał dowodów na potwierdzenie faktu, że cena zaproponowana w tym konkretnym postępowaniu dla tego konkretnego Zakresu III i Zakresu IV nie jest ceną rażąco niską.

Kolejnym powołanym przez Wykonawcę Zielone Miasto s.c. argumentem mającym uzasadniać rzetelność zaoferowanej przez niego ceny w ofercie było wskazanie, że baza tego Wykonawcy jest dogodnie położona i w bardzo bliskiej odległości od obydwu rejonów. Ponadto, Wykonawca wskazał, że „Rejon Wschód jest w bezpośrednim sąsiedztwie od naszej bazy, podczas gdy Park Dzikowski położony jest zaledwie 2 km dalej. Dzięki tak

dogodnemu położeniu bazy jesteśmy w stanie znacząco ograniczyć koszty transportu.” Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 czerwca 2015 roku (o sygn. akt KIO 1058/15) wskazała jednak, iż .Wykonawca, który realizuje zamówienie w bliskiej odległości od swojej siedziby\* nie pozbywa się dzięki temu wszystkich kosztów Związanych z zapleczem budowy, czyli organizowaniem sprzętu, kosztów przejazdu, kosztów dostawy materiałów budowlanych. To, że odległość siedziby wykonawcy od miejsca realizacji zamówienia jest bliska nie oznacza, że kosztów związanych z dowozem pracowników, maszyn, materiałów budowlanych, tzw. organizacja zaplecza budowy wykonawca nie będzie ponosić w ogóle”. Pomimo faktu, iż powyższe orzeczenie dotyczy zaplecza budowy i robót budowlanych, które nie mają zastosowania do przedmiotowego postępowania, to niezależnie od tego faktu wskazać należy na fakt, że Wykonawca Zielone Miasto s.c. i tak będzie ponosił koszty dojazdu, dowozu narzędzi, transportu ziemi, nawozów, itp. Zatem wskazanie przez Wykonawcę Zielone Miasto s.c., że znacząco ograniczy on koszty transportu, powinno zostać w odpowiedni sposób udowodnione, jak również wykazane jakie kwoty wykonawca jest w stanie zaoszczędzić.

W końcowej części swoich wyjaśnień Wykonawca Zielone Miasto s.c. wskazał przede wszystkim, że posiada nowoczesny i dobrze wyposażony park maszynowy, że wykonuje samodzielnie prace konserwatorskie, jak również samodzielnie wykonuje większość prac biurowych. Jednak również i w tym przypadku Wykonawca Zielone Miasto s.c. nie wykazał jak powyższe elementy wpływają na obniżenie ceny. Przede wszystkim zaś w żaden sposób nie udowodnił, iż przy dwuosobowej spółce jest w stanie samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia, konserwację oraz obsługę biura nie tracąc przy tym na rzetelności wykonywanych usług i dotrzymując terminów wskazanych przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyżej wskazane wyjaśnienia Wykonawcy nie można uznać, iż udowodnił on w sposób niebudzący wątpliwości, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do niniejszego przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO z dnia 29 maja 2008 roku „rażąco niska cena jest wtedy, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku” (sygn. akt KIO/UZP 466/08). Przyjmuje się więc, że ofertę z rażąco niską ceną stanowi oferta z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych (konkurencyjnych) podobnych zamówień, wskazującą na realizację

zamówienia poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (por. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009 roku, sygn. akt KIO 867/09, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 601 /12).

Wykonawca Zielone Miasto s.c. w żaden sposób nie wykazał, iż osiągnie jakiegokolwiek zysk przy realizacji przedmiotowego zamówienia. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż podstawą oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Natomiast ocena Zamawiającego powinna być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki (vide wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 2813/11). Rolą Zamawiającego było więc w tym przypadku ustalenie, czy w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Mając zaś na uwadze wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 roku (sygn. akt KIO 1479/15) wskazać należy, iż „W sytuacji, gdy wykonawca nie wykazuje jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarcza wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby *uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu*, uzasadniona jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu wykonawcy z postępowania.

Należy zatem uznać, że w świetle powyżej przytoczonych argumentów oraz orzecznictwa, iż Wykonawca nie wykazał, a przede wszystkim w żaden sposób nie udowodnił, że zaproponowana przez niego cena nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do niniejszego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego Gminę Tarnobrzeg

Kalkulacja ceny oferty podanej przez Wykonawcę Zielone Miasto s.c. dla Zakresu III i Zakresu IV w odniesieniu do wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „Samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika (tak: wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 roku o sygn. akt KIO 1538/15; KIO 1548/15; KIO 1549/15). W związku z faktem, że Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do kosztów pracowniczych, które będzie ponosił dla Zakresu III oraz Zakresu IV, poniżej przedstawia zbliżona kalkulacje kosztów pracowniczych, ponoszonych przez pracodawcę, w oparciu o minimalne wynagrodzenie w roku 2016 (czyli przez okres trwania usługi)

Zakres	Wymagania wskazane w SIWZ w zakresie potencjału kadrowego	Kalkulacja na podstawie wykazu osób wskazanego przez Wykonawcę w Ofercie
III	<p>Minimum jedna osoba do kierowania robotami z wyższym wykształceniem ogrodniczym, leśnym bądź w zakresie architektury krajobrazu, z co najmniej 2-letnią praktyką zawodową przy realizacji prac pielęgnacyjnych na terenach zieleni;</p> <p>Osoba na stanowisku robotniczym, która posiada ukończony kurs, szkolenie z wynikiem pozytywnym w zakresie pilarza drzew;</p> <p>Nie mniej niż dwóch pracowników na stanowiskach robotniczych z minimum 2-letnią praktyką zawodową przy realizacji prac pielęgnacyjnych na terenach zieleni</p> <p>W przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden zakres/jedną część, ilość osób przewidziana do realizacji przedmiotowego zamówienia, o wymaganym wykształceniu i praktyce powinna być proporcjonalnie większa i stanowić wielokrotność ilości wymienionej powyżej, wymaganej dla jednego zakresu. Wymóg ten nie dotyczy ilości osób przewidzianych do kierowania robotami</p>	<p>Wykonawca w złożonej ofercie wykazał się dysponowaniem niniejszymi osobami:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. M.J. — kierownik robót;</li> <li>2. J.P. - stanowisko robotnicze;</li> <li>3. B.K., E.P. — stanowiska robotnicze</li> </ol> <p>Mając na uwadze fakt, że minimalne wynagrodzenie w roku 2016 wyniesie 1850 zł brutto, będziemy przyjmujemy koszty pracodawcy wynikające właśnie z takiej stawki wynagrodzenia. Co prawda, Wykonawca w Zakresie III wskazał, że zatrudnia te osoby na umowę zlecenie, to jednak z wyjaśnień Wykonawcy nie wynika, iż ponosi z tego tytułu niższe koszty. Ponadto, zdaniem Odwołującego kwota 1850 zł brutto jest i tak kwotą zaniżoną, bowiem z doświadczenia Odwołującego nie wydaje się, żeby Kierownik robót pracował za stawkę minimalną.</p> <p>Przyjmując jednak, że pracownicy wskazani przez Wykonawcę (jak również sam wspólnik) otrzymają kwotę brutto 1850 zł, to koszt zatrudnienia jednego pracownika wyniesie dla pracodawcy miesięcznie kwotę w granicach 2.200 zł.</p> <p>A zatem łączny, minimalny, roczny koszt zatrudnienia 4 pracowników wyniesie - 105.600,00 zł brutto (2.200,00 zł x 4 x 12).</p> <p>Mając zatem na uwadze fakt, że Wykonawca zaoferował kwotę wykonania Zakresu III w wysokości 354.969,99 zł brutto, to koszt zatrudnienia samych pracowników (którymi zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca rzekomo się nie posługuje) to prawie 30% kosztów realizacji całego Zakresu III.</p>

<p>1. Minimum jedna osoba do kierowania robotami z wyższym wykształceniem ogrodniczym, leśnym bądź w zakresie architektury krajobrazu, z co najmniej 2-letnią praktyką zawodową przy realizacji prac pielęgnacyjnych na terenach zieleni;</p> <p>2. Osoba na stanowisku robotniczym, która posiada ukończony kurs, szkolenie z wynikiem pozytywnym w zakresie piliarza drzew;</p> <p>1. Nie mniej niż dwóch pracowników na stanowiskach robotniczych z minimum 2-letnią praktyką zawodową przy realizacji prac pielęgnacyjnych na terenach zieleni;</p> <p>2. jedną osobę do kierowania pracami, wykonywanymi w parkach wpisanych do rejestru zabytków, która posiada tytuł zawodowy magistra po ukończeniu studiów wyższych obejmujących wiadomości w zakresie zabezpieczania, uzupełniania, rekonstrukcji lub konserwacji parków zabytkowych z co najmniej 12- miesięczną praktyką zawodową przy konserwacji i pielęgnacji tego rodzaju zabytków;</p> <p>5.1 osobę do przeprowadzenia prac związanych ze stosowaniem środków ochrony roślin, która ukończyła szkolenie w zakresie stosowania środków ochrony roślin w Rzeczypospolitej Polskiej potwierdzone zaświadczeniem o ukończeniu tego szkolenia.</p> <p>W przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden zakres/jedną część, ilość osób przewidziana do realizacji przedmiotowego zamówienia, o wymaganym wykształceniu i praktyce powinna być proporcjonalnie większa i stanowić wielokrotność ilości wymienionej powyżej, wymaganej dla jednego zakresu. Wymóg ten nie dotyczy ilości osób przewidzianych do kierowania robotami</p>	<p>Wykonawca w złożonej ofercie wykazał się dysponowaniem niniejszymi osobami:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. M.J. — Kierownik robót;</li> <li>2. Mariusz Madej, K.T. — stanowiska robotnicze;</li> <li>3. P.M. — stanowisko robotnicze;</li> <li>4. M.J. — kierownik prac dot. zabytków;</li> <li>5. D.W. — prace związane ze środkami ochrony roślin.</li> </ol> <p>Zatem, jak wynika z powyższego, dla Zakresu IV dwukrotnie została wskazana Pani M.J., która jeszcze dodatkowo pełni funkcję kierownika robót dla Zakresu III, Odwołujący przyjmuje zatem, że wynagrodzenie Pani M.J. dla Zakresu IV wynosi co najmniej 1,5 minimalnego wynagrodzenia brutto, tj. kwotę 2.775,00 zł brutto.</p> <p>W swoich obliczeniach Odwołujący będzie przyjmował, że reszta zatrudnionych przez Wykonawcę pracowników zarabia kwotę minimalnego wynagrodzenia brutto, a zatem 1850 zł.</p> <p>Miesięczny koszt pracodawcy (a więc Wykonawcy) zatrudnienia Pani M. kierowania robotami K.J. wyniesie więc dla Zakresu IV kwotę ok. 3.350,00 zł.</p> <p>Natomiast miesięczny koszt każdego pozostałego pracownika to kwota ok. 2.200,00 zł.</p> <p>A zatem łączny, minimalny, roczny koszt zatrudnienia 5 pracowników wyniesie Wykonawcę ok. 145.800,00 zł brutto <math>((3.350,00 \times 12) + (4 \times 2.200,00 \times 12))</math>.</p> <p>Mając zatem na uwadze fakt, że Wykonawca zaoferował kwotę wykonania Zakresu IV w wysokości 219.898,36 zł brutto, to koszt zatrudnienia samych pracowników (którymi zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca rzekomo się nie posługuje) to aż 66% <u>kosztów realizacji całego Zakresu IV.</u></p>
---	---

Mając na uwadze fakt, iż Wykonawca Zielone Miasto s.c. nie przedłożył żadnej kalkulacji cenowej, poniżej w formie tabeli wskazano wybrane wymagania Zamawiającego, określone w SIWZ — Warunkach wykonywania robót utrzymaniowych (załącznik nr 4) oraz kalkulacja ceny Wykonawcy Zielone Miasto s.c. wskazana w ofercie, z której wynika, iż Wykonawca znacząco zaniżył koszty wykonania niektórych usług.

L.p.	Wymagania opisane w SIWZ - Warunki wykonywania robót utrzymaniowych - załącznik nr 4 do SIWZ	Kalkulacja ceny - Przedmiar Robót - Formularz cenowy
1.	<p>Dla Zakresu III Pkt II.O.lc Warunków wykonywania robót utrzymaniowych: Koszenie trawników parkowych z grabieniem i wywozem masy ogrodniczej. III kategoria utrzymania.</p> <p>Zamawiający przewiduje następującą częstotliwość koszenia:</p> <p>- tereny III kategorii utrzymania - trzy razy w sezonie wegetacyjnym, w terminach zaakceptowanych przez inspektora Zamawiającego.</p>	<p>Dla Zakresu III: Dla poz. II.O.lc dla Zakresu III Wykonawca wskazał cenę jednostkową netto 250 zł.</p> <p>Zasadne jest przy tym wskazanie, że tę kategorię kosi się tylko trzy razy w sezonie, więc ilość zielonej masy do wykoszenia, a co ważniejsze do zgrabienia i wywiezienia jest w trakcie jednego takiego koszenia dużo większa niż w kategorii I lub II, więc Wykonawca powinien tutaj zaoferować cenę wyższą od tej wskazanej dla wyższych kategorii I i II (700 zł netto) albo co najmniej równą tej cenie. Natomiast cena jednostkowa dla kategorii III jest niższa o 450 zł netto, od tych zaoferowanych w kategoriach I oraz II.</p> <p>Wykonawca powinien więc w tej pozycji w Przedmiarze Robót wskazać kwotę co najmniej: 5.236,00 zł netto, zamiast wskazanej kwoty 1870,00 zł netto. Zaniżył więc swoją ofertę co najmniej o 3.366 zł nett</p>

<p>Dla Zakresu III:  Pkt II.0.6 Warunków wykonywania robót utrzymaniowych:  Renowacji a istniejących trawników siewem z dodatkiem podłoża ziemi żyznej.  Czynność obejmuje:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-przekopanie starego trawnika,</li> <li>-wybranie resztek darni,</li> <li>-wyrównanie powierzchni,</li> <li>-rozścielenie 2-5 cm warstwy humusu,</li> <li>-zagrabienie,</li> <li>- wysianie mieszanki nasion traw dostosowanej do warunków terenowych i rodzaju trawnika,</li> <li>-przykrycie nasion i wałowanie.</li> </ul> <p>Uwaga: W przypadku niezyskania pożądaných efektów renowacji trawników wg oceny ich stanu przez inspektora Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie dokonać poprawek na własny koszt.</p>	<p>Dla Zakresu III:  Dla poz. II, O 6 Wykonawca określił cenę jednostkową netto w wysokości 4 zł/m<sup>2</sup>. Wskazać jednak należy, iż istniejące trawniki są miejscami zdeptanymi, więc kopanie w takich miejscach, polega raczej na kuciu podłoża. Przewidziane jest również dodanie humusu od 2 do 5 cm, więc średnio przyjmijmy, że wykonawca będzie dawał warstwę humusu w wysokości 3,5 cm. Koszt zakupu ceny humusowej to ok. 50 zł/m<sup>3</sup>, a zatem na jeden m<sup>2</sup> cena samej warstwy humusowej wyniesie 1,75 zł (50,00 zł x 0,035 = 1,75 zł). Mając natomiast na uwadze koszt nasion trawy (norma 20 gram/m<sup>2</sup>), to przy cenie zakupu trawy 15 zł/kg daje 0,30 zł/m<sup>2</sup> (15,00zł x 0,020 = 0,30 zł/m<sup>2</sup>). Do tej ceny należy jeszcze doliczyć koszty transportu, robocizny itp. Zatem z ww. wyliczeń wynika, iż zaoficerowana przez Wykonawcę cena jednostkowa jest znacznie zaniżona i na pewno nie spowoduje osiągnięcia przez tego Wykonawcę zysku.</p>
---	--



<p>Dla Zakresu III oraz Zakresu IV:  Pkt II.0.7a Warunków wykonywania robót utrzymaniowych  Nawożenie mineralne trawników (I+II kategoria)  Jednostka miary: 1ha powierzchni nawożonej.  Cena jednostkowa: za nawożenie trawników na powierzchni 1 ha (liczonej po terenie) w dawce podzielonej na dwie części.  Czynność obejmuje: zakup i wykonanie nawożenia trawników w dwóch dawkach na wiosnę (pierwszy raz do połowy maja, drugi raz do końca czerwca) każdorazowo 5 dkg/m<sup>2</sup> wieloskładnikowym nawozem ogrodniczym otrawników, jak np. Ogród Trawnik zawartości makroelementów: N: 13,6%, P: 2%, K 16%. Wykonawca ma obowiązek powiadomić Zamawiającego o wykonywanym nawożeniu w dniu wykonywania pracy.  Rozliczenie zadania nastąpi po wykonaniu drugiej dawki nawożenia.</p>	<p>Wykonawca wskazał dla Zakresu III cenę jednostkową netto w wysokości 500 zł/ha, natomiast dla Zakresu IV cenę jednostkową netto w wysokości 400 zł. Wskazać należy, że na 1 ha nawożonej powierzchni należy średnio zastosować ilość 500kg nawozu o podanych przez Zamawiającego parametrach. Nawozy dedykowane do otrawników, jak np. Ogród Trawnik producenta Siarkopol kosztuje średnio 1250 zł/T, natomiast najlepszej jakości azofoska kosztuje w granicach 1850 zł/T. Zatem przy podanych powyżej cenach za sam nawóz dla Zakresu III Wykonawca zapłaci minimalnie kwotę 7.437,50 zł netto za sam nawóz, a więc o 1.487,50 zł netto więcej, niż cena wskazana przez Wykonawcę. Dodatkowo należałoby jeszcze doliczyć koszty robocizny, itp. Zatem nie ma możliwości by Wykonawca wykonał przedmiotowy zakres prac za cenę podaną w Formularzu ofertowym, tym bardziej nie można więc mówić o osiągnięciu przez tego Wykonawcę zysku.</p>
---	---

<p>Dla Zakresu III:  Pkt II. 0.18 — Sadzenie drzew i krzewów - z uzupełnieniem dołków ziemią żyzną (bez kosztu roślin)</p> <p>a — drzew i krzewów liściastych form naturalnych  b — drzew i krzewów liściastych form piennych  c — drzew i krzewów iglastych</p> <p>Jednostka miary: 1 szt. krzewu lub drzewa.  Cena jednostkowa: za posadzenie 1 szt. krzewu lub drzewa.  Czynność obejmuje:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- wyznaczenie miejsc sadzenia,</li> <li>- zakup i dowóz ziemi urodzajnej do zaprawiania dołów,</li> <li>wykopanie dołów wraz z zaprawieniem do połowy głębokości przygotowywania miejsca sadzenia należy uwzględnić umieszczenie w dole palików (palikowanie drzew rozliczane będzie jako odrębna czynność),</li> <li>a) posadzenie drzew lub krzewów wraz z przycięciem koron i korzeni (w miarę potrzeb),</li> <li>b) uformowanie misy wokół pnia drzewa lub krzewu,</li> <li>c) jednokrotne podlanie rośliny,</li> <li>d) rozplantowanie nadmiaru ziemi, uprzątnięcie terenu oraz wywiezienie zanieczyszczeń.</li> </ul> <p>Pkt ILO.19 — Przesadzanie krzewów oraz młodych drzew.</p> <p>Jednostka miary: 1 szt. krzewu lub drzewa.  Cena jednostkowa: za przesadzenie 1 szt. krzewu lub drzewa.  Czynność obejmuje:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>e) wykopanie krzewu lub drzewa wraz z bryłą korzeniową,</li> <li>f) zabezpieczenie bryły na czas transportu, przemieszczenie w miejsce docelowe,</li> <li>g) wykopanie dołu o wielkości 20% większej niż objętość bryły korzeniowej z zaprawą dołu ziemią żyzną,</li> <li>h) posadzenie krzewu lub drzewa wraz z przycięciem korony i korzeni w miarę potrzeb,</li> <li>i) jednokrotne podlanie rośliny,</li> <li>j) zasypanie dołów po wykopanych krzewach lub drzewach ziemią pochodzącą z miejsca ich sadzenia.</li> </ul> <p>Zakłada się, że przesadzenie następować będzie w obrębie tego samego terenu zieleni na odległości 100 m. W kalkulacji należy uwzględnić koszty ziemi żyznej do zaprawy dołów</p>	<p>Wykonawca dla Zakresu III wskazał cenę jednostkową netto w poz. 11.0.18:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) 8,00 zł netto;</li> <li>b) 10 zł netto;</li> <li>c) 8 zł netto.</li> </ul> <p>Natomiast w poz. II. 0.19 cenę jednostkową netto 10 zł.  Natomiast dla Zakresu IV wszystkie ww. pozycje wycenił na cenę jednostkową netto 8,00 zł.  Zauważyć należy, że pozycje dot sadzenia są zaniżone, Zamawiający wymaga bowiem dużych sadzonek, kopania dużych dołów oraz zaprawy dołów żyzną glebą. Wszystkie te czynniki powodują zwiększenie ceny jednostkowej netto za jedno nasadzenie.</p>
---	---

Mając na uwadze powyżej przedstawione argumenty, stwierdzić należy, iż całkowita cena przedstawiona przez Wykonawcę Zielone Miasto s.c. jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca w żaden sposób nie udowodnił w swoich wyjaśnieniach, że zaoferowana przez niego cena została skalkulowana w sposób rzetelny. Jak wyżej zostało wskazane, konieczne było przedstawienie Zamawiającemu stosownej kalkulacji, wraz z przedłożeniem odpowiednich dowodów. Mając na uwadze wyrok KIO z dnia 16 lipca 2015 roku (o sygn. akt KIO 1375/15; KIO 1391/15) wskazać należy, iż „Wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodność”. W stanie faktycznym tej sprawy nie sposób uznać, że wyjaśnienia Wykonawcy Zielone Miasto s.c. są konkretne i spójne, przede wszystkim zaś nie jest możliwa ocena wiarygodności wskazanej w ofercie tego Wykonawcy ceny za wykonanie zamówienia dla Zakresu III oraz Zakresu IV. Mając na uwadze art. 90 ust. 3 ustawy należy wskazać, że zamawiający odrzuca ofertę, wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy Zielone Miasto s.c. dla Zakresu III oraz Zakresu IV, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem Wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, że wskazana przez niego w Ofercie cena jest ceną rzeczywistą i rzetelnie skalkulowaną.

## II.

Pismem z dnia 8 grudnia 2015 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę Zielone Miasto s.c. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny dla Zakresu III oraz Zakresu IV.

*Zamawiający wskazał w ww. piśmie, że „(...) W celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia prosimy o przedłożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy?”*

Zamawiający wskazał więc ogólnie na konieczność dokonania przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny dla Zakresu III i Zakresu IV.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił w żaden sposób, iż wskazana przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem z daleko posuniętej ostrożności należy wskazać, że Zamawiający miał możliwość

ponownego wezwania Wykonawcy do złożenia bardziej precyzyjnych wyjaśnień, czego jednak nie uczynił. Nie odrzucił również oferty Wykonawcy, pomimo iż ten nie udowodnił, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

*Za wyrokiem KIO z dnia 17 lipca 2015 r. o sygn. akt 1410/15, w którym Izba stwierdziła, że „Żądanie ponownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. jest możliwe o tyle, o ile nie prowadzi do naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Żądanie ponownych wyjaśnień jest zatem dopuszczalne, o ile wcześniej, na pierwsze żądanie zamawiającego złożone przez wykonawcę wyjaśnienia budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania”.*

Wyjaśnienia Wykonawcy budziły poważne wątpliwości i zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy Zielone Miasto s.c. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jednakże jeżeli tego nie uczynił, to powinien chociaż, z daleko posuniętej ostrożności, wezwać tego Wykonawcę o doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, czego również Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił.

### III.

*Zgodnie z art. 91 ust 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy Zielone Miasto s.c. w sytuacji, gdy ta oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 PZP. Jak wskazano powyżej, oferta Wykonawcy Zielone Miasto s.c. dla Zakresu III i Zakresu IV zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie udowodnił, że przedłożona przez niego oferta została skalkulowana rzetelnie, a cena jest ceną rzeczywistą i adekwatną do przedmiotowego postępowania. Za wyrokiem KIO z dnia 19 czerwca 2015 roku o sygn. akt KIO 1195/15 wskazać należy, że „Zamawiający nie może dopuścić oferty podlegającej odrzuceniu (lub oferty, którą należy uznać za odrzuconą) do etapu oceny ofert i dokonania wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej, gdyż stanowiłoby to naruszenie art. 91 ust. 1 p.z.p..

### IV.

*Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania Wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek równego traktowania Wykonawców. Ponadto, Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty jako najkorzystniejszej, jeżeli ta oferta podlega odrzuceniu na podstawie regulacji zawartych w art. 89 PZP. Tym samym nie można udzielić zamówienia publicznego Wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 3 i 4 PZP).

Z przedstawionego stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie traktował równo wykonawców, którzy zgłosili oferty w postępowaniu. Przede wszystkim Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Zielone Miasto s.c., która to oferta powinna zostać odrzucona. Powyższe zostało już jednak powyżej podniesione przez Odwołującego.

*Za wyrokiem KIO z dnia 8 maja 2015 roku (sygn. akt KIO 873/15), w którym Izba wprost stwierdziła, iż „Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższ determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 p.z.p. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy (...) Zamawiający powinien, jeśli dostrzeże - choćby po dokonanych i zakomunikowanych uczestnikom postępowania wyborze najkorzystniejszej oferty - że nie ustrzegł się istotnych nieprawidłowości w tym postępowaniu, Podjąć działania w celu wyeliminowania nieprawidłowości w postępowaniu. Mieści się w tym również dopuszczalność unieważnienia dokonanego wyboru, ponowienia określonych czynności, przeprowadzenia ich na nowo, w sposób prawidłowy, a w konsekwencji - dokonanie nowej, już poprawnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.*

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika 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 (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 grudnia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *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.

Izba nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego zawartego w piśmie – Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie a wskazującego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i którą podał przed otwarciem ofert. Izba wskazuje, że interes we wniesieniu odwołania materializuje się na moment jego wniesienia i w ocenie Izby na moment wniesienia odwołania Odwołujący takowy interes posiadał, bowiem jego oferta nie została z postępowania odrzucona a jednocześnie w postępowaniu została wybrana inna oferta, której wybór Odwołujący kwestionuje. Argumentacja Zamawiającego na ten moment jest przedwczesna z uwagi na to, że takiej czynności Zamawiający jeszcze nie dokonała, tzn. nie dokonał wyboru oferty z uwagi na brak środków jakimi dysponuje. Zaznaczyć należy, że przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy nie aktualizują się w zależności od zasadności podnoszonych zarzutów w odwołaniu. Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed w szczególności nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo uzyskaniu takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu oraz przedstawione w złożonych pismach.

Zamawiający przesłał 7 stycznia 2016 roku pismo z 7 stycznia 2016 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* wnoszą o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uczestnik postępowania odwoławczego złożył na posiedzeniu pismo z 7 stycznia 2016 roku – *Pismo przystępującego ustosunkowujące się do odwołania wraz z wnioskami dowodowymi*. Do pisma zostały załączone wnioskowane dowody (załączniki od 1 do 17 oraz płyta CD). Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego i załączone do pisma z 7 stycznia 2016 roku.

Izba dopuściła dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze: dowód nr 1 – oferta handlowa z 2 listopada 2015 roku firmy PHU Agro Sp. z o.o. oraz oferta handlowa z 30 października 2015 roku firmy Bazi (3 karty).

Izba dopuściła dowód złożony na rozprawie przez Zamawiającego: dowód nr 2 – (1 karta) pismo Odwołującego z 4 stycznia 2016 roku, które wpłynęło do zamawiającego 7 stycznia 2016 roku

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie P.M. prowadzącego działalność gospodarczą oraz J.P. prowadzącego działalność gospodarczą, występujących jako Zielone Miasto spółka cywilna. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* – przekazał informację o wpłynięciu odwołania 29 grudnia 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 30 grudnia 2015 roku (poniedziałek), zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty odwołania dotyczące zakresu IV Rejon 4: Park Dzikowski. .

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ust. 1 ustawy czytamy:

*1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

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

Zgodne z art. 90 ust. 1 ustawy:

*3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*



Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania*.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, pismem z dnia 8 grudnia 2015 roku, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy zwrócił się do uczestnika postępowania odwoławczego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowane ceny w zadaniu 3 i zadaniu 4.

Zamawiający wskazał, że średnia arytmetyczna cen w zakresie zadania 3 – Rejon: Wschód wynosi: 533 333,53 zł brutto, cena oferty uczestnika postępowania odwoławczego – 354 969,99 zł brutto (328 055,08 zł netto).

Zamawiający wskazał, że w związku z tym, że cena oferty jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień, Zamawiający wskazał również że wykonawca powinien wykazać,

że jego oferta jest realna, wiarygodna i adekwatna do realiów rynkowych odnoszących się do podobnych zamówień, a realizacja zamówienia nie będzie się odbywać poniżej kosztów wytworzenia. Zamawiający podniósł również, że wykonawca powinien wskazać, co również spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki czynnikom tym cena została obniżona.

Odwołujący pismem z 12 grudnia 2015 roku złożył pismo zawierające wyjaśnienia dotyczące zadania 3 i zadania 4 wraz z załączonym dowodem umową o usługi utrzymania terenów zielonych.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia dla zadania 3 – Rejon: Wschód, zgodnie z protokołem ZP wynosi 414 922,05 zł netto, natomiast Zamawiający podał, że na realizację zamówienia może przeznaczyć kwotę 448 848,22 zł (w tym 2,5 % zamówienia uzupełniające).

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.. Wykonawca winien podać Zamawiającemu informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie

wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Zadaniem Izby jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to w zasadzie ustawodawca nałożył na nią ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dowodzenie tego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny może, tak jak w rozpoznawanej sprawie odbyć się przez złożenie szeregu dowodów załączonych do pisma procesowego. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień uznał je za wystarczające i potwierdzające, że oferta uczestnika nie zawiera rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach wykonawca odwoływał się do posiadanego wieloletniego doświadczenia (od roku 1994) jak również do tego, że świadczył na rzecz Zamawiającego usługi tego typu – świadczył usługę w Rejonie Park Dzikowski, co pozwala na ocenę pracy tego wykonawcy i nie pozostaje poza świadomością Zamawiającego, na co wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Z pisma tego wynika jednoznacznie, że świadczone usługi przez uczestnika postępowania odwoławczego były na najwyższym poziomie a organizacja pracy wykonawcy, oceniona została przez Zamawiającego bardzo dobrze co przekładało się na szybkość i wysoką jakość świadczonych usług wykonywanych rzetelnie i terminowo. W złożonych wyjaśnieniach - zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w którym Zamawiający podniósł, że wykonawca powinien wykazać, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i adekwatna do realiów rynkowych odnoszących się do podobnych zamówień – uczestnik postępowania odwoławczego wskazał na realizację usługi dla Tarnobrzесьkiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Tarnobrzegu oraz załączył umowę jednocześnie wyjaśniając, że świadczone usługi są w cenach zbliżonych do cen zaoferowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że wykonawca składając wyjaśnienia jak również załączając do nich ww. umowę wypełnił wskazanie Zamawiającego z wezwania oraz wskazał, że realizuje usługi na rynku na podobnym poziomie cenowy..

Wykonawca odniósł się również w swoich wyjaśnieniach do oferowanej w poprzednim przetargu kwoty za realizację zamówienia przez jednego z „konsorcjantów” Odwołującego, zaznaczając, że kwota realizacji dla rejonu Wschód, za rok realizacji usługi wynosiła 341 534,58 zł brutto, natomiast obecnie jest ponad 50% wyższa (530 893,04 zł brutto), na co wskazywał w piśmie procesowym, do którego załączone zostały również przedmiary robót – formularz cenowy, który wskazywał na porównywalność zakresu przedmiotowego.

Należy w tym miejscu wskazać, że Odwołujący nie kwestionował zakresu przedmiotowego, jaki wskazywał uczestnik postępowania. Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że odnoszenie się do innych postępowań jest niezasadne, bowiem taką tezę można stracić się bronić w sytuacji, gdy stanowi to jedyny element wyjaśnień, natomiast w rozpoznawanej sprawie podnoszona argumentacja stanowi niewątpliwe zobrazowanie danego stanu rzeczy w obrębie postępowania. W złożonym piśmie procesowym na rozprawie, dowodzą, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wskazał uczestnik postępowania na niektóre pozycje jednostkowe w ofertach jednego z „konsorcjantów” Odwołującego i ofercie Odwołującego, między innymi wskazując, że np.: renowacja istniejących trawników siewem z dodatkiem do podłoża ziemi żyznej wzrosła przy jednostce miary z 4,5 zł na 17 zł czyli wzrost o +277,77%,; koszenie trawników parkowych z grabieniem i wywozem masy organicznej: a) I kategoria utrzymania 700 zł na 980 zł wzrost o +40%, b) II kategoria utrzymania 720z ł na 1200 zł wzrost o +66,6%, III kategoria utrzymania 265 zł na 1500 zł wzrost o +466%. W wielu innych pozycjach wykazywał również w piśmie procesowym wielokrotny wzrost cen. Dodatkowo w argumentacji doniósł się również uczestnik postępowania odwoławczego do innej złożonej oferty wykonawcy EKOTON, która została wprawdzie odrzucona z postępowania, jednakże wskazał na wzrost oferowanej ceny dla Rejonu Wschód między obecnie prowadzonym postępowaniem – 640 060,57 zł brutto a ceną zaoferowaną w poprzednim przetargu - 356 517,52 zł brutto, co wynika z pisma i załączonych do niego przedmiarów robót – formularzy cenowych, a w efekcie wskazuje na wzrost ceny oferty o ponad 75%. W piśmie procesowym uczestnik postępowania odwoławczego wskazał też wzrost poszczególnych jednostkowych cen ofert, np.: renowacja istniejących trawników siewem z dodatkiem do podłoża ziemi żyznej wzrosła przy jednostce miary z 9 zł na 17 zł czyli wzrost o +88,8 %,; koszenie trawników parkowych z grabieniem i wywozem masy organicznej: a) I kategoria utrzymania 900 zł na 1200 zł wzrost o +33,3%, b) II kategoria utrzymania 900z ł na 1800 zł wzrost o + 100%, III kategoria utrzymania 900 zł na 1800 zł wzrost o + 100%. Uczestnik postępowania odwoławczego argumentował, że działanie powyższych podmiotów gospodarczych było uzgodnione i na celu miało wyeliminowanie uczestnika z postępowania o udzielnie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w piśmie procesowym wskazał, że cena oferty uczestnika postępowania odwoławczego nie była niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia lecz była niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, również uczestnika postępowaniu podnosił tą kwestię argumentując przeszacowanie cen w ofertach konkurencyjnych. Na okoliczność wykazania zawyżenia ceny oferty Odwołującego uczestnik postępowania odwoławczego załączył do pisma procesowego stenogram rozmowy z dnia 7 stycznia 2016 roku, z której wynikało, że osoba rozmawiająca z Panem P.M. (wspólnikiem Zielone Miasto s.c.), wskazała między innymi, że zaoferowana została dużo wyższa cena co

pozwole w przypadku podpisania umowy na zlecenie podwykonawstwa uczestnikowi postępowania odwoławczego za cenę jaką zaoferował oraz dodatkowo 10 procent a wykonawcy pozostanie „góreczka”. Na rozprawie Pan P.M. oświadczył, że rozmowa ta miała miejsce. Odwołujący wskazywał, że osoba ta nie jest już pracownikiem Odwołującego, jednocześnie Zamawiający przedstawił (dowód nr 2) pismo z dnia 4 stycznia 2016 roku, na podstawie którego Pan K.C., upoważniony tą osobę do odbioru kopii dokumentacji od Zamawiającego. Przedstawiony stenogram rozmowy w zestawieniu z ustaleniami dokonanymi przez uczestnika postępowania odwoławczego w zakresie wyceny ofert przez Odwołującego jak również jednego z jego „konsorcjantów” w poprzednim postępowaniu, a także przy uwzględnieniu szacunkowej wartości zamówienia obliczonej przez Zamawiającego stanowią spójne informacje, które nie wykluczają się wzajemnie.

W złożonych wyjaśnieniach powołał się uczestnik postępowania odwoławczego również na to, że nie musi zatrudniać dodatkowych pracowników, bowiem wykonuje określone prace we własnym zakresie, co powoduje obniżenie kosztów realizacji usługi. W piśmie procesowym wskazał wykonawca w sposób szczegółowy na koszty pracy jakie będzie ponosić w zakresie realizacji zamówienia, które oscylują w kwocie 48 600 zł brutto. Uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśniał również, że nie wynikał z SIWZ obowiązek zatrudnienia pracowników przez cały okres trwania umowy, a z uwagi na to, że pewne prace wykonywane są w określonym czasie od marca do końca listopada to w pozostałym okresie nie będzie zatrudniał dodatkowych osób. Jednocześnie Odwołujący nie kwestionował faktu, że nie ma konieczności zatrudniania osób przez cały okres realizacji zamówienia. Jednocześnie Odwołujący przyjął do swoich kalkulacji, że osoby będą zatrudniane na cały etat, co również w obliczu różnych zakresów wykonywanych prac, obowiązków stanowi jedynie założenie samego Odwołującego, bowiem osoby reagujące prac wykonują również zadania przy innych umowach i koszt ich zatrudnienia w ten sposób rozkłada się. Wykonawca uwzględnił również koszty obsługi profesjonalnego biura księgowego.

Odnosząc się do kalkulacji kosztów przedstawionej w odwołaniu wskazać należy, że jest to kalkulacją jaką stworzył Odwołujący i wskazuje na poszczególne koszty jakie w jego ocenie powinny odpowiadać poszczególnym pozycją. Odwołujący wskazywał, że ceny poszczególnych pozycji powinny być inne niż te podane przez wykonawcę. Złożony przez Odwołującego dokument (dowód nr 1) potwierdza, wysokość zaoferowanych cen dla danych produktów, jednakże w obliczu samego oświadczenia Odwołującego na rozprawie, że nie wie jaką mieszankę będzie stosował wykonawca, złożony dowód nie jest w żaden sposób przydatny. Uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym piśmie odniósł się do naliczania wynagrodzenia i kosztów materiałów, czym dowodził zasadności swych twierdzeń, co wykazał również za pomocą załączonych do pisma dowodów. Uczestnik postępowania

odwoławczego powoływał się w złożonych wyjaśnieniach również na korzystne rabaty oraz atrakcyjne ceny zakupu ziemi, kwiatów jak również innych artykułów niezbędnych do realizacji zamówienia, a oferowane ceny pozwalają wykonawcy skalkulować cenę oferty na tym poziomie, co potwierdzają załączone do pisma procesowego oferty na zakup ziemi oraz nasion. Odnośnie kosztów transportu, które w wyjaśnieniach były wskazane jako czynnik mający wpływ na oszacowanie ceny oferty, wykonawca wskazywał, że Rejon: Wschód jest usytuowany w sąsiedztwie bazy wykonawcy, co znacząco obniża koszty. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach również odniósł się do posiadanego sprzętu oraz wyjaśnił, że posiada samo zbierające kosiarki.

Wyjaśnienia złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego w rozpoznawanej sprawie są zrozumiałe, spójne i logiczne, zawierają enumeratywnie wskazanie jakie elementy miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez ceny oferty. Jednocześnie na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującym przepisem (*ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego*) wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny odnosząc się do wskazanych elementów oferty. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień, tym samym nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy.

W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Odwołujący zarzucając Zamawiającemu ogólnikowość wezwania do złożenia wyjaśnień jakie skierował do uczestnika postępowania odwoławczego w żaden sposób nie wykazał zaistnienia tego zarzutu. Odwołujący nie wskazał na jakiej podstawie i w oparciu o jakie przepisy wnioskuje, że wezwanie było ogólnikowe, nieprecyzyjne. Jednocześnie Odwołujący nie odniósł się w uzasadnieniu swoich twierdzeń do tego jakie informacje powinny zostać zawarte w takim wezwaniu, jak to wezwanie powinno być sformułowane w jego ocenie. Należy mieć na uwadze, że Zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień może odnieść się do informacji wskazanych w art. 90 ust. 1 ustawy – tak też uczynił – jak również może określić inne element ceny oferty, których wyjaśnienia oczekuje, co też w tych wyjaśnieniach wskazywał odnosząc się do innych zamówień. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wezwanie było nieprecyzyjne, Zamawiający nie naruszył przepisu art. 90 ust. 1 ustawy w zakresie treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła 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. Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*, jakie to naruszenie wskazywał Odwołujący w odwołaniu, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było niezgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zamawiający dokonał rzetelnej oceny złożonych ofert, zgodnie z postanowieniami ustawy wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny jakie miały wpływ na jej wysokość a następnie dokonał oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień. Uczestnik postępowania odwoławczego dowiódł w trakcie rozprawy, że jego oferta nie jest rażąco niska.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami). Izba wskazuje, że nie zostały zasądzone Zamawiającemu koszty zastępstwa, bowiem zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) ww. rozporządzenia, uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zasądza się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zamawiający wnosząc o zasądzenie kosztów zastępstwa nie złożył żądanych rachunków.

Przewodniczący: .....