

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 marca 2021 r.** przez wykonawcę **GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp. j., ul. Żmigród 5, 20-110 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Żnin, ul. 700-lecia 39, 88-400 Żnin**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K. BUDOWNICTWO sp. z o.o., ul. Dworcowa 12, 88-400 Żnin, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w konsekwencji nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego z 08.03.2021 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje odrzucenie oferty tego Wykonawcy, z uwagi na potwierdzenie zarzutu przywołanego w sentencji.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. kosztami postępowania obciąża: **Gminę Żnin, ul. 700-lecia 39, 88-400 Żnin w 1/6 części oraz GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp. j., ul. Żmigród 5, 20-110 Lublin w 5/6 części i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

3.2. zasądza od **Gminy Żnin, ul. 700-lecia 39, 88-400 Żnin** na rzecz **GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp. j., ul. Żmigród 5, 20-110 Lublin** kwotę **3 100 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sto złotych zero grosze).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Odtworzenie terenów zieleni na obszarze miasta i gminy Żnin zniszczonych wskutek nawałnic w sierpniu 2017 r. wraz z rewaloryzacją parku nad Jeziorem Żnińskim Małym*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.10.2020 r. pod nr 2020/S 195-472171 przez: Gminę Żnin, ul. 700-lecia 39, 88-400 Żnin zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 08.03.2021 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej: platformazakupowa.pl) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla obu zadań – K. BUDOWNICTWO sp. z o.o., ul. Dworcowa 12, 88-400 Żnin zwany dalej: „K. BUDOWNICTWO sp. z o.o.” albo „K. Budownictwo”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp. j., ul. Żmigród 5, 20-110 Lublin zwanej dalej: „GARDEN DESIGNERS D i Wspólnicy sp. j.” albo „Odwołującym”.

W dniu 18.03.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp. j. wniosła odwołanie na czynności z 08.03.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Stwierdził, że wniosk o odwołanie na”

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy K. Budownictwo sp. z o.o. z uwagi na zaistnienie wobec tego podmiotu przesłanek wykluczenia z postępowania,
- 2) zaniechanie wezwania K. Budownictwo sp. z o.o. do przedłożenia wyjaśnień i dowodów, że podjęte przez tego wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wadliwej oceny oferty złożonej przez wykonawcę K. Budownictwo, w związku z zaniechaniem zbadania jej cen składowych, pomimo że w ofercie istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych oferty K. Budownictwo, które są rażąco niskie w związku z zaofiarowaniem przez tego wykonawcę cen jednostkowych rażąco niskich i nierealnych,
- 5) wadliwej oceny oferty K. Budownictwo, poprzez błędne uznanie, że oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu,
- 6) wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy K. Budownictwo, która podlegała odrzuceniu
- 7) zaniechanie dokonania wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. Budownictwo z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażąco niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na wskazaniu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. Budownictwo, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu;

3) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśniania istotnych części składowych ww. ofert, które są rażąco niskie w związku z zaferowaniem przez wykonawcę K. Budownictwo rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych oraz uznanie, że ww. ceny nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo, mimo że oferta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie, że ceny i istotne części składowe oferty wykonawcy nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie;

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia ww. oferty złożonej jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji:

7) art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego. Wnosił o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

2) Rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy K. Budownictwo,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenie wykonawcy K. Budownictwo względnie odrzucenie oferty tego wykonawcy, a także z ostrożności procesowej - wezwanie wykonawcy K. Budownictwo do wyjaśniania

istotnych części składowych ww. ofert, które są rażąco niskie w związku z zaofiarowaniem przez wykonawcę K. Budownictwo rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych,

- uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

3) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Okoliczności stanowiące podstawę wykluczenie K. Budownictwo.

Zgodnie z punktem III. 1.3) ogłoszenia o zamówieniu po zmianach, warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. wykazanie: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej jedną usługę zagospodarowania terenów zielonych obejmującą nasadzenie minimum 100 drzew (o następujących minimalnych parametrach: formy pienne, obwód pnia na wys. 100 cm - min. 24 cm, wysokość min. 300 cm), z podaniem daty i miejsca wykonania usług, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane prawidłowo (wzór wykazu stanowi załącznik nr 7a do SIWZ). Wykonawca K. Budownictwo w celu wykazania spełnienia powyższego warunku, przedstawił referencje wystawione przez Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROG-BET Ł. K., datowane na lipiec 2018 r. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Ł. K. w okresie od 25 czerwca 2014 r. do 28.01.2021 r. r. był współnikiem spółki K. Budownictwo sp. z o.o., a do 19.03.2020 r. był jedynym współnikiem spółki K. Budownictwo. Co więcej zarówno działalność gospodarcza Ł. K. jak i siedziba spółki K. Budownictwo mieściła się pod tym samym adresem. Już te okoliczności powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do wiarygodności przedłożonych referencji, czego efektem powinno być wezwanie wykonawcy K. Budownictwo do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z przedłożonym załącznikiem 7a oraz 7b do SIWZ, K. Budownictwo wskazał nazwę zadania, którego realizacja rzekomo miałaby potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mianowicie: „Zagospodarowanie terenu przyległego do stawów w miejscowości Pniewy”. Z uwagi na brak jakiegokolwiek numeru postępowania czy też numeru ogłoszenia zamówienia publicznego, Odwołujący był zmuszony do wytypowania, gdzie wskazana realizacja została zrealizowana. Jak wynika z powszechnie dostępnych informacji, w Polsce są trzy miejscowości Pniewy, z czego dwie przy jeziorze (miasto Pniewy w woj. wielkopolskim oraz miejscowość Pniewy w gminie Gąsawa powiat żniński). Po przeanalizowaniu Biuletynów Informacji Publicznych w zakresie zrealizowanych zamówień publicznych Odwołujący stwierdza, że wskazani Zamawiający w latach od 2016 r. do 2018 r. nie realizowali wskazanej powyżej inwestycji. Co więcej po analizie zdjęć

satelitarnych obejmujących teren przy Jeziorach Pniewskich w Gminie Gąsawa jak i na terenie miasta Pniewy należy stwierdzić, brak deklarowanego zagospodarowania terenu. Wskazał, że sam podmiot udzielający referencji zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej: www.przetarai.eqospodarka.pl, w 2018 r. nie zrealizował jakiegokolwiek zamówienia. Co więcej z informacji zamieszczonych na powyższej stronie wynika, że jedyne zadania jakie realizował wskazany podmiot dot. prac związanych utrzymaniem, przebudową lub budową dróg, a nie usług związanych z nasadzeniem roślin. Zauważył, że warunkiem udziału w postępowaniu było nasadzenie 100 drzew o określonych parametrach (o następujących minimalnych parametrach: formy pienne, obwód pnia na wys. 100 cm - min. 24 cm, wysokość min. 300 cm), z treści przedstawionego poświadczenia nie wynika, że wykonawca K. Budownictwo zrealizował powyższe zadania, tym samym nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że w treści przedłożonych, inkryminowanych referencji wskazano, że objęte referencją zadanie wykonano zgodnie z wymogami zamawiającego oraz zgodnie ze sztuką budowlaną. Nie ma informacji, o jakiego zamawiającego chodzi oraz należy zadać pytanie, czy „sadzenie drzew” jest rzeczywiście sztuką budowlaną czy też ogrodnicza. Ponadto, co bardzo istotne i wymagające wyjaśnienia, czego zaniechał Zamawiający, jest weryfikacją kwoty, podanej w treści referencji. Mając na uwadze przedmiot referencji, gdzie oprócz nasadzeń podano także inne roboty, w tym budowlane. Uszło uwadze Zamawiającego przy analizie (o ile taka w ogóle została dokonana), że drzewa w obwodach powyżej 24 cm są bardzo drogim materiałem, co implikuje dodatkowe wątpliwości. czy rzeczywiście w podanej kwocie wykonano cały zakres zamówienia referencyjnego (drzewostan + inne roboty, w tym budowlane). W świetle powyżej przedstawionych okoliczności, przedstawionych referencji nie można określić mianem rzetelnych i wykazujących fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co więcej przedstawione dowody wskazują, że wykonawca K. Budownictwo celowo wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzez przedstawienie referencji, które nie odzwierciedlały rzeczywistego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej działanie takie należy ocenić jako sprzeczne z prawem jak i dobrymi obyczajami, które narusza istotne interesy Odwołującego. Jak wynika z orzecznictwa zarówno Izby, jak i sądów powszechnych obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Przywołał wyrok KIO z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 185/18. Wskazał na wyroku z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 782/17. Powołał

się również na wyrok SN w wyroku z dnia 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02. W konsekwencji stwierdził, że wykonawca K. Budownictwo nie wywiązał się z obowiązku działania z należytą starannością na etapie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W opinii Odwołującego, działania tego wykonawcy zdają się nosić znamiona nie tylko lekkomyślności czy niedbalstwa, ale i kwalifikowanych form wprowadzenia zamawiającego w błąd, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Trudno bowiem przypuszczać, że wykonawca nie miał wiedzy o charakterze i zakresie realizowanych inwestycji w przeszłości.

Niezgodność oferty z SIWZ oraz rażąco niska cena istotnych części składowych oferty.

Wskazał, że wykonawca K. Budownictwo w kalkulacji złożonej oferty wskazał w pozycji 84 dotyczącej pielęgnacji terenów nakłady w postaci jednej roboczogodzin i oraz jednej motogodziny pracy podnośnika koszonego, co stanowiło 161,00 zł kosztów bezpośrednich. Wskazana kalkulacja jest nierealna i nie odzwierciedla wymagań określonych w SIWZ. Zgodnie z modyfikacją SIWZ z 18.11.2020 r. pozycja „pielęgnacja terenów” obejmuje systematyczne koszenie trawników z usunięciem skoszonej trawy, wysianie nawozów mineralnych przed rozpoczęciem wegetacji, dosianie według potrzeby nasion traw z przykryciem nasion ziemią żyzną (w okresie kwiecień, wrzesień/październik), grabienie i sunięcie liści (listopad-grudzień i luty/marzec), wygrabianie obumarłych roślin oraz pielęgnację drzewostanu oraz krzewów posadzonych w ramach zadania przy jeziorze. Wobec powyższego wykonawca K. Budownictwo dopuścił się rażącego niedoszacowania koniecznych prac (kosztu) związanych z pielęgnacją trawników, drzew i krzewów posadzonych w ramach zadania. Dowodem na to jest porównanie wyceny dokonanej przez tego wykonawcę w 2 części zamówienia, gdzie zostało skalkulowanych znacznie więcej roboczogodzin niż w części 1. Podane kalkulacje w części 1 są zatem rażąco niedoszacowane biorąc pod uwagę ilości do posadzenia przy jeziorze, tj. 742 drzewa i 579 krzewów i 4,7 ha trawnika, które to ilości należy poddać pielęgnacji, a następnie skalkulować w pozycji 84 kosztorysu. Nie ma obiektywnej możliwości dokonania tak obszernego zakresu pielęgnacji przy 1 rh.

Wykonawca K. Budownictwo Ponadto w kosztorysie o nazwie „rewaloryzacja parku 8.pdf” dokonuje wyceny pielęgnacji posadzonej zieleni w pozycji od 37 do 43 tego kosztorysu. W tej części zadania wykonawca ten dokonał wyliczeń dotyczących pielęgnacji wykonanej zieleni, przy czym w pozycji 84 kosztorysu nazwanego „jezioro małe-etap I zieleń.pdf” takiego wyliczenia w konkretnej pozycji 84 nie dokonał. Potwierdza to jednoznacznie niestaranność tego wykonawcy skutkującą nierzetelną, nierealną wyceną.

Mając na względzie fakt, że w założeniach kalkulacji wykonawca przyjmuje wykonanie trawników na powierzchni 4.7 ha (pożycia 82 kosztorysu), to należy uznać, że wykonanie powyższych prac w tak krótkim czasie - w kontekście porównania tych pozycji do ilości roboczogodzin - jest całkowicie nierealne. Nie ulega wątpliwości, że ze względu na metodykę sporządzania kosztorysu szczegółowego, wartości poszczególnych nakładów rzeczowych oraz doliczenie narzutów pośrednich zysku powinna mieć miejsce w danej pozycji kosztorysowej, tym samym należy stwierdzić, że wykonawca K. Budownictwo nie sporządził kosztorysu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i nie odzwierciedlił realnych kosztów, które będzie należało ponieść w związku z wykonaniem inwestycji w zakresie pozycji 82 kosztorysu.

Co istotne takie same okoliczności były podstawą odrzucenia oferty wykonawcy BUILDPERM sp. z o.o., co do którego stwierdzono, że istotne części składowe jego oferty zawierają ceny rażąco niskie. Zamawiający wprost wskazał, „(...) *pozycje kosztorysowe wyraźnie odzwierciedlają ogromne dysproporcje w nakładach robocizny, co zważywszy na charakter, rozmiar i złożoność przedmiotu oraz uwarunkowania lokalizacyjne przyszłej umowy utwierdzają Zamawiającego w przekonaniu, że Wykonawca nie będzie mógł w pełni zrealizować wszystkich postawionych wymagań w zakresie pełnego przedmiotu zamówienia*”. Mając na względzie zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp w postaci równego traktowania wykonawców, Zamawiający powinien analogicznie postąpić z ofertą złożoną przez wykonawcę K. Budownictwo i dokonać jej odrzucenia.

Przywołał Zamawiającego w piśmie z 22.02.2021 r., będącego zawiadomieniem o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe FRAXINUS Sp z o.o.: „Wymagany kosztorys szczegółowy to wycena szczegółowa poszczególnych robót wymieniająca spis tych robót i koszty konieczne do ich wykonania w rozbiciu na koszty robocizny, materiałów i sprzętu. Brak uwzględnienia wszystkich pozycji przedmiaru w kosztorysie ofertowym, do czego zobligowani byli Wykonawcy zaprzecza w pełni powyższej zasadzie ustalonej i narzuconej przez Zamawiającego wraz z jej egzekwowaniem wobec każdego z Wykonawców”. Tym samym Zamawiający był zobligowany również do odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo, gdyż wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów poszczególnych robót w kosztorysie ofertowym. Sam Zamawiający wskazał: „(...) wyraźnie w specyfikacji nadał rangę, formę i cel, któremu ma służyć sporządzenie kosztorysu w metodzie szczegółowej niezależnie od tego, że przyjęto formę wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający, nie jak to jest powszechnie przyjęte przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdzie kosztorys ma charakter jedynie pomocniczy, lecz w sposób odmienny - precyzyjnie i dokładnie nakreślił wymóg jego przedłożenia jako dokumentu kluczowego i znaczeniowego”

Kosztorysu przedstawionego przez K. Budownictwo nie można w jakikolwiek sposób ocenić jako takiego, który służyłby udowodnieniu, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wynika to nie tylko z faktu, że kosztorys nie uwzględnia wszystkich kosztów, ale również dlatego, że wskazane ceny jednostkowe, nie funkcjonują na rynku i nie ma możliwości, żeby wykonać dane prace w cenie zaproponowanych przez K. Budownictwo. Jako przykład można wskazać chociażby pozycje dot. materiałów związanych z zasadzeniem drzew, wskazane w tabelach elementów scalonych dla obu zadań. Wykonawca wskazał łączną kwotę materiałów w wysokości 724 433,04 zł. Taka cena jest bezsprzecznie ceną rażąco niską, za którą nie ma możliwości realizacji wskazanych prac, chociażby z uwagi na koszt samych materiałów niezbędnych do realizacji tej pozycji, który to znacząco przewyższa wskazany koszt wykonania, chociażby ze względu na wymagania odnośnie pielęgnacji wykonanej zieleni. Drzewa, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, mają mieć obwód pnia w zakresie od 20-25 cm. co uniemożliwia ich nabycie w cenach wskazanych w kosztorysie, zarówno na rynku polskim jak i europejskim. Tym samym złożony kosztorys należy ocenić jako nierzetelny i nieprofesjonalny, który daje podstawy do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Wykonawca K. Budownictwo w zestawieniu materiałów wskazał koszt nabycia drzew, który nie odzwierciedla stawek rynkowych.

Nie powinno ulegać wątpliwości, że zaoferowanie przez wykonawcę K. Budownictwo ceny 161 zł za pozycję 84 kosztorysu (przy założeniu 1 roboczogodziny oraz jednej motogodziny pracy podnośnika koszarowego) oraz zawyżenie wyceny innych pozycji kosztorysu (celem pokrycia minimalnych kosztów realizacji usług za określone zaniżone usługi) stanowi manipulację stawkami kosztorysu, kwalifikowaną jako czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (tak wyrok KIO z 22 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2046/14).

Zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji ceny jednostkowe usług muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, a odstępstwo od prawidłowego skalkulowania cen usług - bez powiązania ich z realnymi kosztami stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca K. Budownictwo zastosował niedopuszczalne prawem praktyki manipulowania cenami jednostkowymi. Przywołał wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. sygn. akt KIO 817/16, jak i wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1457/15).

Zamawiający w dniu 19.03.2021 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej: platformazakupowa.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 22.04.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów odwołania w całości. Odnosnie zarzutu pierwszego oraz drugiego. Wykazywane w ramach warunku udziału w postępowaniu doświadczenie, może zostać przez wykonawcę nabyte zarówno w ramach kontraktu publicznego, jak i prywatnego. Dodatkowo, ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani też rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie stawia żadnych ograniczeń w zakresie powiązań kapitałowych czy osobowych pomiędzy podmiotem zlecającym wykonanie prac, a tym, który prace te wykonuje. Tym samym, brak jest przeszkód formalnych, aby dopuścić jako właściwe referencje wystawione przez podmiot powiązany osobowo z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Katalog dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych na podstawie art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp, znajduje się w § 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać m.in. wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonwane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez znaczenia pozostaje zatem to, w ramach jakiego (publicznego/prywatnego) kontraktu wykazywane usługi były wykonywane. Idąc dalej, nie ma również zakazu wykazywania się doświadczeniem nabytym w realizacji umów na rzecz spółek związanych kapitałowo lub osobowo z wykonawcą. Co więcej, brak jest obowiązku wyjaśniania tej kwestii w ramach procedury opisanej w art. 26 ust. 4 Pzp. Nie ma zatem podstaw prawnych do zakwestionowania nabytego doświadczenia. Sposób wykazania

doświadczenia przez Wykonawcę jest zgodny z stanem prawnym. Zamawiający nie jest upoważniony do dyskryminowania Wykonawcy z uwagi na sposób wykazania doświadczenia. To oznaczałoby przekroczenie przepisów prawa. Przywołał fragment wyroku KIO z dnia 15 października 2018 r., o sygn. KIO 1953/18, z treści którego wynika, że „(...) *W ocenie Izby fakt występowania powiązań kapitałowych i osobowych między Przystępującym i spółką wystawiającą referencje sam w sobie nie jest wystarczającą podstawą, aby zarzucić Zamawiającemu zaniechanie weryfikacji złożonych dokumentów. Nie jest bowiem niczym niezwykłym, że powiązane ze sobą spółki w praktyce rynkowej utrzymują między sobą relacje handlowe. Przyjmując stanowisko Odwołującego, należałoby dojść do wniosku, że generalną zasadą, niezależną od konkretnego stanu faktycznego, jest zakaz wykazywania się doświadczeniem nabytym w realizacji umów na rzecz spółek związanych kapitałowo z wykonawcą, lub spółek, w których organach działają te same osoby (lub co najmniej zakaz dowodzenia należytego wykonania umowy za pomocą referencji wystawionych przez taką spółkę). W ocenie Izby takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę.*” Reasumując, Wykonawca może nawet sam sobie wystawić referencje lub złożyć oświadczenie, zgodnie z orzecznictwem, np.:

1) KIO/UZP 1526/10: Ponadto § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług i w związku z tym podmiotem uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy - tak samo wyrok KIO z 26 marca 2009 r. (KIO/UZP 315/09), gdzie w uzasadnieniu czytamy: W przypadku, gdy odbiorcą jest nabywca prywatny, a taka sytuacja może mieć miejsce w Europie, a ze względu na wdrażanie systemu koncesji, a także partnerstwa publicznoprawnego również coraz częściej w Polsce i taka sytuacja wystąpiła w rozpoznawanym postępowaniu - odbiorca jest tym samym podmiotem co nabywca i wobec tego musi mieć prawo do wystawienia sam sobie referencji.

2) Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Warszawie z dnia 26 czerwca 2014 r. V SA/Wa 308/14. Podmiotem uprawnionym do ich wystawienia (referencji) jest ten, kto te zamówienia zlecił i odebrał. Tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy. W związku z tym istnieje możliwość, aby wykonawca sam sobie wystawił referencje, jeżeli jest jednocześnie zlecającym i wykonującym dane zamówienie. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 e zmian.) wraz z aktami wykonawczymi, w żaden sposób nie ograniczają Wykonawcom możliwości w zakresie sposobu wykazywania się doświadczeniem

nabytym. Nie ma więc podstaw do nadinterpretacji przepisów prawa w tym zakresie co stanowi rażące naruszenie prawa przez naruszenie konstytucyjnej zasady praworządności (art. 7 Konstytucji RP- Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa). Co więcej, dokumentem potwierdzającym omawiany warunek jest, zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126): *"wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty"*.

Jak wynika z powyższego, dokument potwierdzający warunek również nie zawiera zakazu, że nie może dotyczyć wykonawcy, wykonawca ma natomiast obowiązek wskazać w wykazie podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane. W przedmiotowej sytuacji będzie w tym miejscu wskazana nazwa wykonawcy, który jednocześnie składa ofertę. Zamawiający przytacza przykłady, w których Wykonawca może sam sobie wystawić referencje na potwierdzenie, że tym bardziej może wystawić je podmiot, z którym był powiązany w przeszłości z uwagi na uwarunkowania osobowe. Na poparcie tezy, że wykonawca może wykazać roboty, które realizował na własne potrzeby wskazał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10.01.2018 (sygn. akt KIO 2686/17). Przepisy prawa nie wymagają, żeby referencje pochodziły od podmiotu publicznego. Mogą pochodzić zarówno od podmiotu publicznego, jak i prywatnego. Wobec tego z treści załączonych do wykazu dokumentów nie musi wynikać potwierdzenie wszystkich warunków określonych przez zamawiającego. Wystawcą takiego dokumentu nie musi być ponadto podmiot stosujący Pzp, ale również podmiot prywatny. Referencje to dokumenty potwierdzające należyte wykonanie (czasami wykonywanie) dostawy, usługi czy roboty budowlanej. Ich treść powinna wskazywać, że konkretne prace zostały wykonane należycie. W zasadzie nie musi być w nich nic więcej. Oczywistym jest, że w interesie Zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe

w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ma więc zamawiający prawo do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Prawo to nie daje jednak zamawiającemu nieograniczonej swobody we wprowadzaniu tych warunków, gdyż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakazują przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ustawy) i zabraniają określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, czyli wprowadzać nieuzasadnione bariery ograniczające oferentom wzięcie udziału w przetargu. Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zobowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców. Istotą warunku jest zatem uprawdopodobnienie poprawnej realizacji danego zamówienia, czemu mają służyć wcześniejsze doświadczenia wykonawcy. Doświadczenia nie znaczą tylko doświadczenia nabyte w związku z realizacją zamówień publicznych, ale nabyte w ogóle. Zamawiający, w związku z realizacją licznych procedur udzielania zamówienia publicznego z udziałem Wykonawcy K. Budownictwo jako ubiegającego się o zamówienia był w posiadaniu informacji o historii wpisów w KRS spółki K. Budownictwo Sp. z o.o. już wcześniej. W związku z powyższym, kwestia referencji została przez Zamawiającego zweryfikowana i w jego ocenie brak jest przesłanek do stwierdzenia jakichkolwiek nieprawidłowości w tym zakresie oraz jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w tym zakresie.

Treść referencji: Dokument referencji (lub jakikolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usługi lub dostawy) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia wskazanego w treści wymaganego wykazu. Natomiast dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie Wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych, usług lub dostaw. W związku z powyższym Zamawiający w postępowaniu nie może zarzucić Wykonawcy, na podstawie załączonych przez niego referencji, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Przyjmuje się, iż oświadczenie składane przez Wykonawcę (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Jedynie w sytuacji, w której

zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy, a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, Zamawiający mógłby wtedy kwestionować referencje lub złożone oświadczenie. W tym przypadku nie zaistniała taka sytuacja.

Jak już powyżej przytoczono, w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca może się legitymować doświadczeniem zarówno w zakresie wykonanych zadań dla podmiotów publicznych, jak i prywatnych, zwłaszcza, że Zamawiający w SIWZ w treści dotyczącej określenia warunku udziału w postępowaniu nie zawęził w żaden sposób tego uprawnienia- co w ocenie Zamawiającego byłoby bezpodstawne i nieuzasadnione. Dziwi więc oczekiwanie Odwołującego w zakresie podania numeru postępowania czy numeru ogłoszenia - Zamawiający w podanym przez Wykonawcę zadaniu był podmiotem prywatnym. Stanowisko Odwołującego jest całkowicie chybione w tym zakresie, nie znajduje żadnego potwierdzenia w obowiązujących przepisach prawa jak i w treści SIWZ.

Stwierdził, że Odwołujący przytacza, iż przeanalizował Biuletyny Informacji Publicznych wskazanych podmiotów stwierdzając, że wskazani Zamawiający nie realizowali wskazanej inwestycji. Biorąc pod uwagę powyższe, jest to dla Zamawiającego o tyle niezasadne i wręcz dziwne, że jak wynika z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę, zlecającym to zadanie był podmiot prywatny- DROG BET Ł. K.. Nie ma on obowiązku prowadzenia strony Biuletynu Informacji Publicznej, nie ma on żadnego obowiązku zamieszczania gdziekolwiek informacji o tym co i komu zleca- nie jest podmiotem publicznym, którego obejmuje system finansów publicznych i obowiązki z tego wynikające. Stanowisko Odwołującego jest całkowicie chybione w tym zakresie, nie znajduje żadnego potwierdzenia w obowiązujących przepisach prawa jak i w treści SIWZ. Abstrahując ponadto, przytoczona analiza zdjęć satelitarnych niczego nie dowodzi- zdjęcia te nie stanowią wiarygodnego dokumentu, mogą być nieaktualne (co jest rzeczą naturalną w kontekście zdjęć satelitarnych zamieszczanych w Internecie)- nie są one aktualizowane na bieżąco, lecz co jakiś czas, nawet co kilka lat. Nie mamy więc wiedzy, kiedy zostały zrobione, zwłaszcza, że jako źródło wskazano stronę www.wikipedia.pl W ocenie Zamawiającego wykaz przedłożony przez Wykonawcę wraz z referencjami nie budził żadnych wątpliwości i Zamawiający nie widział konieczności jakiegokolwiek negocjowania zwartych w tych dokumentach informacji, zgodnie z powyższą argumentacją.

Strona internetowa www.przetargi.egospodarka.pl zawiera informacje o procedurach udzielania zamówień publicznych przez Zamawiających publicznych- dotyczy zamówień publicznych publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Nie dziwi więc, że brak tam informacji o zamówieniu, którego inwestorem jest podmiot prywatny, a nie zamawiający publiczny. Taka argumentacja nie potwierdza w żaden sposób zarzutów Odwołującego. Wyraźnie jest napisane w treści tej strony internetowej: liczba przetargów, w których

najprawdopodobniej firma DROG BET Ł. K. wygrała- i odnosi się to do 2016r. Wiecej tym bardziej nie jest zrozumiałe wskazywanie tej strony. Ponadto nadmieniam, że na wydruku tej strony internetowej widnieje informacja o zamówieniach publicznych udzielonych firmie DROG BET Ł. K., a w przeciwieństwie w procedurze stanowiącej przedmiot odwołania firma DROG BET Ł. K. występowała jako Zamawiający, a nie jako Wykonawca czyli udzielała referencji firmie K. Budownictwo Sp. z o.o. , która na rzecz firmy DROG BET wykonała przedmiotowe zadanie.

Kwestie dotyczące treści referencji zostały wyjaśnione w pkt. 2 niniejszego pisma. Na podstawie treści poświadczenia można w sposób bezsporny stwierdzić, że zadanie, o którym w ich treści mowa zostało wykonane prawidłowo. Czyli funkcja, jaką mają spełniać referencje czy poświadczenie została spełniona i przez Wykonawcę potwierdzona. Ponadto jest wskazany podmiot wystawiający. Jako właściciel formy DROG-BET. Nawet jeśli by nie było określenia podmiotu, to przecież osoba prywatna też może referencje wystawić. Nie musi to być podmiot gospodarczy. Nie zrozumiały jest więc zarzut Odwołującego o braku podania o jakiego zamawiającego chodzi. Jak już powyżej podkreślono, w treść referencji ma dowodzić należytego wykonania zadania i tego dowodzi. Błędne stanowisko prezentuje tutaj Odwołujący, jakoby Zamawiający miał uprawnienia do negocjowania cen materiałów we wskazanym w treści referencji zadaniu. Nie taki jest cel żądania przez Zamawiającego i przedłożenia przez Wykonawcę referencji.

Zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji kwoty, o której mowa w poświadczeniu, zwłaszcza, że w treści warunku udziału nie określił minimalnego poziomu wartości zrealizowanego zadania, jakim Wykonawca ma się okazać. W treści wykazu Wykonawca potwierdził wykonanie zadania z wyszczególnieniem sztuk drzew i obwodów. Treść referencji potwierdza natomiast, że przedmiot zamówienia został wykonany w sposób prawidłowy, i nie ma tutaj znaczenia nazewnictwo- robota czy usługa. Takie rozgraniczenie musi być znane Zamawiającemu w celu przeprowadzania procedury udzielania zamówienia, lecz nie musi być znane Wykonawcy, tym bardziej wystawcy referencji, gdzie niejednokrotnie może to być podmiot nie mający wiedzy na temat kategorii danego zadania wynikającej z Pzp. Nie stanowi to więc podstawy do kwestionowania treści referencji, stanowiłoby to nadmierne, nie uzasadnione formalizm ze strony Zamawiającego. Zamawiający ponadto nie ma również obowiązku ani uprawnienia do badania, jakie były ceny materiału nasadzeniowego w lipcu 2018r. (data wystawienia poświadczenia) - poddawanie w wątpliwość czy w kwocie określonej w poświadczeniu wykonano całe zadanie jest nieuzasadnione. Nie taka jest rola poświadczenia. Określona w odrębnych przepisach cywilna swoboda zawierania umów pomiędzy podmiotami określa, że te kwestie ustalają dwie strony umowy. Nie jesteśmy jako Zamawiający uprawnieni do negocjowania wartości tych zadań, lecz tylko ich zakresu, zgodnie z przedłożonym wykazem. W związku z powyższym,

poświadczenie potwierdza należyte wykonania zadania, a twierdzenia Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w obowiązujących przepisach prawa i stanie faktycznym.

Biorąc pod uwagę wyżej opisaną argumentację, błędne jest stanowisko Odwołującego jakoby Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego twierdzenie Odwołującego, że Wykonawca przedłożył informacje nierzetelne, nieprawdziwe jest błędne. Nie ma podstaw do stawiania takich zarzutów, co Zamawiający powyżej argumentuje. Brak jest jakichkolwiek przesłanek do stwierdzenia, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, i nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający ponadto wypełnił wszystkie obowiązki w zakresie procedury udzielania zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie nie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz konieczności wykluczenia go z postępowania, w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne opisane w tym zakresie w odwołaniu (art. 534 ust. 1 Pzp).

W świetle powyższych okoliczności uznał, że czynność wyboru wykonawcy K. Budownictwo sp. z o.o. została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i Zamawiający nie był, w świetle obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany ani uprawniony do podjęcia czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Oдноśnie zarzutu od trzeciego do piątego. Zgodnie z procedurą odwróconą zastosowaną w niniejszym postępowaniu, wszystkie oferty złożone zostały zbadane przez Zamawiającego pod kątem wystąpienia przesłanek w zakresie odrzucenia oferty.

Zamawiający, po wnikliwej analizie wszystkich ofert- w tym kosztorysów ofertowych Wykonawców, powziął wątpliwości dotyczące m.in. oferty Wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. między innymi w zakresie przedmiotowej pozycji nr 82 (w kosztorysie Wykonawcy 84). Co bardzo istotne, wątpliwości te nie zrodziły się w przypadku tej oferty w związku z podejrzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie. Nie wystąpiła bowiem żadna z przesłanek obligatoryjnie zobowiązujących Zamawiającego do wdrożenia procedury rażąco niskiej ceny w odniesieniu do tej oferty. Jednocześnie podkreślam, że w ramach pozycji 82 Pielęgnacja terenu w przedmiarze Zamawiający jako podstawę wyceny wskazał wycenę indywidualną. Nie zostały tu podane konkretne podstawy określone w katalogach nakładów rzeczowych. Wykonawca miał więc pewną swobodę w określaniu nakładów w ramach tej pozycji. Cena oferty Wykonawcy nie budziła wątpliwości Zamawiającego oдноśnie wystąpienia przesłanek rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze

specyfikę zamówienia, w związku z powyższym, Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmian.) zwrócił się z wnioskiem do Wykonawcy o udzielenie pisemnych wyjaśnień treści oferty (pismo z 08.02.2021 r.). W treści przedłożonych wyjaśnień z 10.02.2021 r. Wykonawca oświadczył m.in. że w odniesieniu do poz. 84 - Pielęgnacja terenów wartość robót związanych z pielęgnacją terenów została wliczona w pozostałych cenach jednostkowych kosztorysu Wykonawcy. Zamawiający dokonał weryfikacji złożonych wyjaśnień, zwłaszcza w zakresie orzecznictwa oraz doktryny, analizując m.in.:

W zaistniałym przypadku - w odniesieniu do poz. Nr 84 Wykonawca odpowiedział, że wartość robót związanych z pielęgnacją terenów wliczona została w pozostałych cenach jednostkowych kosztorysu Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego takie postępowanie Wykonawcy jest dozwolone, czego nie zabrania żaden z przepisów ustawy Pzp. Można przyjąć bowiem, że nawet wycena pozycji kosztorysowej na 0,00 zł może być potraktowana analogicznie jak w przypadku, który wystąpił w niniejszej ofercie. Jak wynika z orzecznictwa i doktryny, wpisanie w danej pozycji kwoty „0 zł” jest jej wyceną (np. w wyroku KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 496/10). „0” jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi „0” przypisana jest więc konkretna wartość liczbową. Wskazanie kwoty „0 zł” stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę „0 zł” wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia. Liczba „0” przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje (zob. także wyrok KIO z dnia 9 lipca 2014 r., KIO 1302/14).

Ponadto uznaje się, że cena za przedmiot zamówienia to cena całościowa, która zawiera w sobie m.in. ceny poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Przepisy ustawy PZP nie zabraniają, aby składowe elementy ceny całkowitej zostały wycenione na zero złotych. W sytuacji, gdy zamawiający nie określi takiego zakazu wprost w treści SIWZ, wykonawcy są uprawnieni do takiego działania. Przyjmuje się bowiem w takiej sytuacji, że zaoferowanie wykonania jakiegoś elementu zamówienia za wartość zero złotych nie przesądza o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej części zamówienia, ale że albo nie przewiduje w tym przypadku powstania kosztów, albo skalkulował koszt danej pozycji w innej pozycji. Przywołał - wyrok KIO z 19 kwietnia 2011 r., (KIO 739/11), - wyrok KIO z 1 grudnia 2011 r., (KIO 2492/11), - wyrok KIO z 21 sierpnia 2013 r., (KIO 1902/13). Wskazał także na wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r. (KIO 1515/14), jak i wyrok KIO z dnia 25 lutego 2019 r. (KIO 259/19), czy też m.in. na wyrok z dnia 7 sierpnia 2014 r., KIO 1515/14. Następnie stwierdził, że Zamawiający przytoczył ww. argumentację w celu udowodnienia, że nawet wycena na 0,00 zł danej pozycji w kosztorysie

ofertowym jest dozwolona, dozwolona jest tym samym wycena pozycji na niskim poziomie cenowym, co uczynił Wykonawca K. Budownictwo Sp. z o.o. W związku z powyższym, nie można uznać za właściwe i zgodne z prawem oraz stanem faktycznym twierdzenia Odwołującego. Wykonawca wskazał w sposób wyraźny, że wyceny przedmiotowej pozycji dokonał. Nieustannie podkreśla się, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych dąży się stale - poprzez kolejne nowelizacje - do zmniejszenia obowiązków formalnych. Jeśli tylko zatem cel danego przepisu jest spełniony, należy zrezygnować z rygoryzmu. W niniejszym przypadku Wykonawca potwierdził, że wycenił przedmiotową pozycję w ramach innych, dlatego też potwierdził wykonanie całości zadania, zgodnie SIWZ.

Powyżej wskazano argumentację również odnoszącą się do zarzutu Odwołującego dot. pozycji 82 w kosztorysie ofertowym (pozycja 80 w przedmiarze). Pozycja 82 kosztorysu (pozycja 80 przedmiaru) nie budziła wątpliwości Zamawiającego w zakresie nakładów. W tej pozycji Wykonawca w ocenie Zamawiającego w sposób prawidłowy dokonał wyceny robót, zgodnie z zapisami SIWZ w tym zakresie.

Błędnie Odwołujący wskazuje, że okoliczności analogiczne były przyczyną odrzucenia oferty Wykonawcy BUILDPREM Sp. z o.o. W przypadku tego Wykonawcy różnica nakładów roboczegodzin w ramach realizacji zadania „*Odtworzenie terenów zieleni na obszarze miasta i gminy Znin zniszczonych wskutek nawałnic w sierpniu 2017 r.*”, pomiędzy kosztorysem inwestorskim, a przedłożonym kosztorysem ofertowym wynosi 11.232,27. Wykonawca określił nakład robocizny na poziomie 5615,44 roboczegodzin, podczas, gdy w KI przewidziane zostało 16847,71 roboczegodzin. Podstawę wezwania skierowanego do Wykonawcy- BUILDPREM stanowił art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmian.), nie zaś art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie ze stanem faktycznym Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na uwiarygodnienie w jakikolwiek sposób zastosowania tak znaczącej manipulacji-obniżenia poziomu nakładów robocizny. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający zweryfikował negatywnie wykazanie przez Wykonawcę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, dlatego nie jest to sytuacja analogiczna do występującej w ofercie Wykonawcy K. Budownictwo Sp. o.o. Porównywanie tych dwóch sytuacji nie ma uzasadnienia. Są to dwa odrębne stany faktyczne i prawne.

Podstawę odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FRAXINUS Sp. z o.o., ul. Trzemeszeńska 17a , 62-200 Gniezno stanowił art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, tj. treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ Wykonawca w treści przedłożonego kosztorysu ofertowego nie uwzględnił pozycji przedmiarowej dot. Pielęgnacji terenów (pozycja 82). Podkreślił, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Interpretacja powyższego przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez Wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (wyrok KIO sygn. akt KIO 3508/20 z dnia 28 stycznia 2020r.). Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Powyższa niezgodność oferty dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, ponieważ polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Brak uwzględnienia jednej z pozycji przedmiaru w kosztorysie jest równoznaczne z brakiem wyceny całości przedmiotu zamówienia, czego Zamawiający wymagał. Bezwzględnie nie należy sprowadzać do analogii dwóch diametralnie różnych stanów prawnych i faktycznych- wycena przez K. Budownictwo Sp. z o.o. na określonym poziomie pozycji w przedmiarze określonej nr 82 Pielęgnacja terenów nie jest tożsame z brakiem zamieszczenia w ogóle w treści kosztorysu ofertowego przez Fraxiunus tej pozycji. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty firmy Fraxiunus szeroko uzasadniono tą decyzję. Podkreślił, że np. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1224/19 konsekwencją niezłożenia przez Wykonawcę kosztorysu w pełnym zakresie wraz z ofertą jest zaniechanie wycenienia przez wykonawcę całości przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SIWZ. W rezultacie oferta powinna zostać uznana za niezgodną z SIWZ i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co Zamawiający uczynił. Wobec powyższego, całkowicie błędnie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę K. Budownictwo Sp. z o.o. z uwagi na wystąpienie okoliczności analogicznych do tych, które wystąpiły w ofercie złożonej przez Fraxiunus.

Z treści tego punktu wynika, że Odwołujący oczekuje od Wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Takiego obowiązku ten Wykonawca nie miał, ponieważ jak wcześniej wskazano nie został do tego wezwany z uwagi na brak wystąpienia przesłanek w tym zakresie. Jest to decyzja Zamawiającego jako prowadzącego postępowanie, podyktowana obiektywnymi uwarunkowaniami i obowiązującymi przepisami oraz orzecznictwem. Nadmieniał, że Zamawiający dokonał szczegółowej analizy wszystkich ofert w zakresie również kosztorysów ofertowych. Te czynności zostały wykonane na etapie badania ofert. Z treści tych dokumentów wynika jednoznacznie m.in. jak bardzo zostały zmodyfikowane zaniżone nakłady przez Wykonawcę

BUILDPREM. W ocenie Zamawiającego zastosowane ceny (co zostało zbadane) nie stanowią przesłanek do wszczęcia procedury rażąco niskiej ceny. Ocena Odwołującego przedłożonego kosztorysu jako nierzetelnego i nieprofesjonalnego jest chybiona i nie poparta żadnymi dowodami, lecz tylko ogólnymi stwierdzeniami. Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne opisane w tym zakresie w odwołaniu (art. 534 ust. 1 Pzp).

Oдноśnie zarzutu szóstego i ostatniego.

Zamawiający powyżej wskazał warunkowania dotyczące wyceny pozycji kosztorysowych. Zarzucana Wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. manipulacja stawkami kosztorysu mieści się w ocenie Zamawiającego w określeniu indywidualnego sposobu wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, co zawsze należy do Wykonawcy. Zamawiający w tym przypadku nie znajduje żadnych przesłanek do uznania oferty za podlegającą odrzuceniu przecież nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty jakakolwiek sytuacja budząca wątpliwości konkurentów w przetargu. To Zamawiający musi zważyć wagę danej sytuacji i zweryfikować to pod względem ewentualnych konsekwencji wobec Wykonawcy. To też Zamawiający uczynił i potwierdził tym samym, że Wykonawca w sposób prawidłowy dokonał wyceny przedmiotu zamówienia - tj. zgodnie z SIWZ. Wskazana w art. 7 ust. 1 Pzp zasada, wspólnie z zasadą uczciwej konkurencji zobowiązuje Zamawiającego do jednakowego traktowania wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie jest dopuszczalne traktowanie jednego Wykonawcy w sposób preferencyjny w stosunku do innych, ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. Generowałyby to złamanie zasady równości. Zamawiający ma obowiązek zagwarantować wszystkim Wykonawcom równe szanse otrzymania zamówienia publicznego. Zamawiający zobligowani do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Tym samym zamawiający nie może m.in. dopuścić do wyboru oferty chociażby dla niego najkorzystniejszej jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Takie właśnie przesłanki stanowiły między innymi podstawę do odrzucenia oferty firmy BUILDPREM Przepisy prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji, niemniej jednak treść art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020r. Poz. 1913), jako czyn nieuczciwej konkurencji określa sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia - co istotne - w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Zamawiającego postępowanie

Wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. nie wyczerpuje przesłanek w powyższym zakresie. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na twierdzenie, jakoby oferta K. Budownictwo wyczerpywała te przesłanki. Mamy do czynienia jedynie z twierdzeniami, co do których przywołane okoliczności nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, jak np. w zakresie poszukiwania dowodów wykonania zadania stanowiącego przedmiot referencji na portalach dotyczących zamawiających publicznych czy rzekome niedozwolone manipulowanie stawkami kosztorysu. Takie postępowanie Odwołującego nie potwierdza w żadnym zakresie jego tezy, a tym samym zarzutów wobec Zamawiającego, jakoby naruszył on zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie Wykonawców oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający przygotowując i prowadząc to postępowanie przestrzega zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszystkie czynności w postępowaniu zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący wskazując na okoliczności stanowiące podstawę odwołania nie potwierdził swojej tezy, że Zamawiający złamał zasady wynikające z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Wykonawca został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, ponieważ jego oferta nie podlega odrzuceniu, a on sam spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z niego. Podkreślam ponadto, że oferta Odwołującego została zweryfikowana w sposób rzetelny, tak samo jak oferty pozostałych Wykonawców w tym postępowaniu. Dowodzą tego sporządzone zestawienia dot. nakładów, kosztów i zaistniałych różnic w kosztorysach ofertowych. Miedzy innymi Odwołujący Garden Designers został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty. Jest to przecież efektem procesu badania tejże oferty. Zaznaczam, że w niniejszym postępowaniu stosowano tzw. procedurę odwróconą, czyli badano oferty wszystkich wykonawców pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia oferty, natomiast dokumenty podmiotowe był zobligowany złożyć na wezwanie Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Taką ofertę stanowi oferta złożona przez K. Budownictwo Sp. z o.o., która jest drugą w kolejności po odrzuconej ofercie firmy BIULDPREM. Wobec zarzut jakoby Zamawiający nie przeprowadził starannego badania oferty Odwołującego jest sprzeczny ze stanem faktycznym i nie ma potwierdzenia w czynnościach, które Zamawiający podjął wobec oferty Odwołującego. Nadmienię ponadto, że żądanie Odwołującego uznania jego oferty za najkorzystniejszą wyartykułowane na str. 4 odwołania jest nieuzasadnione, ponieważ wykonawca ten nie został zbadany przez Zamawiającego pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający, zgodnie z procedurą odwróconą bada podmiotowo tylko Wykonawcę, którego oferta jest aktualnie najwyżej oceniona. Nie ma żadnej gwarancji, że weryfikacja taka przebiegła by pozytywnie

w odniesieniu do odwołującego. Dopiero faktyczne przeprowadzenie tej czynności może to potwierdzić. Wobec Wykonawcy takiego żądania stawiać nie może.

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

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 11.05.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Sprostowanie Ogłoszenia nr 2020/S 195-472171 z 18.11.2020 r.;
- 2) Wydruk ze strony internetowej: https://pl.wikipedia.org/wiki/Pniewy_%28ujednoznacznienie%29 (dostęp: 18.03.2021 r.);

- 3) Wydruk ze strony internetowej: <https://qasawa.bip.net.pl/?c=181#> (dostęp: 18.03.2021 r.);
- 4) Wydruk ze strony internetowej: <http://bip.pnieww.wlkp.pl/list.php?sid=adebbc2cd373a9c50839b707c8483bf3> (dostęp: 18.03.2021 r.);
- 5) wydruki zdjęć satelitarnych;
- 6) Wydruk ze strony internetowej: <https://www.przetargi.egospodarka.pl/kto-wygral/16221165,drog-bet-lukasz-k..html> (dostęp: 17.03:2021 r.);
- 7) Poświadczenie z lipca 2018 r. oraz pełny odpis KRS spółki K. Budownictwo sp. z o.o., wydruk z CEiDG dot. Ł. K.;
- 8) Pismo Zamawiającego z dnia 22.02.2021 r. (IGPI.271.12.27.2020).

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołania na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

- 1) Kopia poświadczenia przedłożonego przez Wykonawcę K. Budownictwo Sp. z o.o. z lipca 2018 r. wraz z wykazem usług (wypełniony Zał. nr 7A);
- 2) kopia wezwania z 08.02.2021 r. Wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz wyjaśnienia z 10.02.2021 r. Wykonawcy w tym zakresie;
- 3) kopie wezwań do złożenia wyjaśnień z 22.01.2021 r. i 28.01.2021 r. w trybie art. 90 ust.1 Pzp skierowane do Wykonawcy BUILDPREM Sp. z o.o., odpowiedzi Wykonawcy na wezwanie z 26.01.2021 r. i 03.02.2021 r., zawiadomienie z 22.02.2021 r. o odrzuceniu oferty;
- 4) kopia zawiadomienia z 22.02.2021 r. o odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę FRAXINUS.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie w zakresie zarzutu czwartego.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. Budownictwo z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na wskazaniu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. Budownictwo, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
- 3) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśniania istotnych części składowych ww. ofert, które są rażąco niskie w związku z zaofiarowaniem przez wykonawcę K. Budownictwo rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych oraz uznanie, że ww. ceny nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. Budownictwo, mimo że oferta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie, że ceny i istotne części składowe oferty wykonawcy nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia ww. oferty złożonej jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji:
- 7) art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że zarzut siódmy uznała jako konsekwencje zarzutów wcześniejszych i nie wliczyła go do wyliczeń związanych z kosztami, które zostały przedstawione w końcowej części uzasadnienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, w tym także wezwania z 08.02.2021 r. skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy K. Budownictwo Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz wyjaśnienia z 10.02.2021 r. tego Wykonawcy w tym zakresie, zwłaszcza w zakresie poz. 84 kosztorysu dla zadania 1 (kosztorysie jezioro małe – etap I zieleń). Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego

stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba wskazuje, że literalnie Wykonawca spełnia sformułowany przez Zamawiającego wymóg. Wątpliwości Odwołującego wyrażone w odwołaniu oraz na rozprawie mogłyby stanowić asumpt do ewentualnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jednakże w odwołaniu nie było takiego zarzutu. Tego rodzaju zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, tudzież art. 87 ust.1 Pzp został sformułowany dopiero na rozprawie, co jest działaniem spóźnionym. Zgodnie bowiem z art. 555 NPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednocześnie wobec uwzględnienia zarzutu dalej idącego nr 4 wezwanie do wyjaśnień stało się bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. W tym zakresie brak jest jednoznacznych podstaw do uznania zaistnienia sytuacji w ramach, której można byłoby uznać, że Wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, czyli nieprawdziwe. Podobnie, jak w poprzednim zarzucie, wątpliwości i dowody mogłyby jedynie stanowić podstawę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Jednakże tego rodzaju zarzut pojawił się dopiero na rozprawie. W zależności od ewentualnego rezultatu tych wyjaśnień możnaby ustalić, czy są jakiegokolwiek podstawy do uznania naruszenia drugiego zarzutu i rozważyć ewentualne wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czy też uznać, że złożona informacja jest nieprawdziwa i wykluczyć Wykonawcę. Z uwag na brak zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień, jak i uwzględnienie zarzutu dalej idącego nr 4 wezwanie stało się bezprzedmiotowe. Tak bowiem w tym wypadku, jak i wcześniejszym, kwestie te nie mają wpływu na wynik, z uwagi na nakazane odrzucenie oferty z racji potwierdzenia się zarzutu czwartego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu piątego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Zarzut ten jest bowiem przedwczesny, gdyż Zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Stwierdzenie zaś zaistnienia ceny

rażąco niskiej nie może mieć charakteru automatycznego i musi być każdorazowo poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Niniejszy zarzut łączy się z zarzutem poprzednim. Należy wyjaśnić, że odwołanie skupia się de facto na poz. 84 dotyczącej pielęgnacji terenów w kosztorysie jezioro małe – etap I zieleń, inne wymienione w odwołaniu pozycje, tj. poz. 82 tego samego kosztorysu oraz poz. od 37 do 32 kosztorysu rewaloryzacji park. 8 służą jedynie celom porównawczym na potrzeby przedstawienia argumentacji względem poz. 84 wskazanej wyżej. Problemem są również argumenty przedstawione na rozprawie, które przynajmniej częściowo nie mają pokrycia w odwołaniu. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący w sposób niedostateczny wykazał istotność ceny jednostkowej z poz. 84 pielęgnacji terenów względem całości przedmiotu zamówienia. Wycenienia przedstawione w tym zakresie do protokołu podczas rozprawy, Izba uznała częściowo za spóźnione, nadto można je rozpatrywać bardziej w kontekście zarzutu uwzględnionego i sposobu budowania wyceny danej pozycji względem pozostałych w kontekście znaczenia nadanego kosztorysowi ofertowemu przez Zamawiającego w SIWZ (Rozdz. V – rygor odrzucenia). Izba wskazuje także, że na rozprawie ostatecznie Odwołujący przyznał prawidłowy charakter wycenionej ceny jednostkowej w poz. 82. W konsekwencji odwołanie sprowadza się do zakwestionowania jedynie poz. 84, w zakresie której Izba przedstawiła argumentację powyżej. Odnosnie tabeli elementów scalonych dla oby zadań Odwołujący na rozprawie dokonał zupełnej zmiany zarzutu na tabele dotyczące zestawienia materiałów w kosztorysie rewaloryzacji park 8 oraz jezioro małe – etap I zieleń. W ocenie Izby, taka zmiana, to de facto budowanie nowego zarzutu na rozprawie. Nadto, same stwierdzenie odnośnie tego, że koszt materiałów przewyższa koszt wykonania miało charakter gołosłowny i nie zostało poparte żadnym dowodem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu szóstego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, zarzut manipulowania stawkami kosztorysowymi nie został w sposób wymierny wykazany. Izba rozumie argumenty Odwołującego, przy czym wydaje się, że można co najwyżej uznać potwierdzenie się w sposób jednoznaczny zarzutu nr 4. Należy bowiem stwierdzić, że gdyby nie wyraźne zastrzeżenie Zamawiającego w SIWZ (Rozdz. V - cz. II Opis przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny oferty) działanie Wykonawcy można uznać za standardowe budowanie ceny, zwłaszcza w kontekście kalkulacji indywidualnej w poz. 84 oraz wynagrodzenia ryczałtowego. Przy czym, podnoszone manipulowanie winno być w sposób jednoznaczny wykazane. Odwołujący bowiem udzielił na

rozprawie określonych wyjaśnień, jednakże nadal skupiał się na poz. 84, nie przedstawił w jakich pozycjach (l. mn.) miało miejsce zawyżenie cen jednostkowych kosztem poz. 84. Wskazywał jedynie poz. 82, którą ostatecznie uznała za poprawną. Swoista niejednoznaczność odwołania i zmiany w zakresie zarzutu podczas rozprawy także nie pozostały bez wpływu na oddalenie zarzutu nr 6, czyniąc go nazbyt ogólnym, podlegającym ciągłym zamianom i nie wykazany ostatecznie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu. W jej ocenie bowiem Zamawiający mimo wynagrodzenia ryczałtowego określił w Rozdz. V SIWZ (cz. II Opis przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny oferty) szczególny statut kosztorysu ofertowego w pkt 10 Uwaga. Przy czym, nie chodzi tylko o to, że określił konieczność jego złożenia uznając go za podstawę do wszelkich rozliczeń finansowych pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcom przy robotach zamiennych, dodatkowych oraz odstąpieniu, czy też weryfikacji ceny pod kątem ceny rażąco niskiej. Zamawiający stwierdził bowiem wyraźnie rygor odrzucenia przy stwierdzeniu niezgodności kosztorysu z przedmiarem. („ 10.Uwaga: Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą szczegółową i musi on bezwzględnie zawierać wszystkie pozycje ujęte w przedmiarze (dokładny opis i ilość robót). Pomimo, że wartość kosztorysowa przeniesiona do formularza ofertowego (po uwzględnieniu ewentualnego rabatu, jeżeli taki będzie traktowana jako ryczałt, to w przypadku stwierdzenia niezgodności kosztorysu z przedmiarem oferta podlegać będzie odrzuceniu (przy uwzględnieniu zastosowania instytucji poprawienia omyłek art. 87 ustawy PZP). Wszystkie wartości w kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena powinny być wyliczone z dokładnością dwóch miejsc po przecinku.

Kosztorys ofertowy wykonany w sposób szczegółowy ma na celu spełnienie m.in. następujących funkcji:

- będzie stanowił dokument kluczowy we wszelkich rozliczeniach finansowych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót zamiennych oraz dodatkowych oraz odstąpienia od umowy przez Wykonawcę bądź Zamawiającego,*
- służy Zamawiającemu do weryfikacji ceny podanej w formularzu ofertowym przez Wykonawcę, która będzie poddana weryfikacji przez Zamawiającego pod kątem dokonania ustaleń czy oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 90 Prawo zamówień publicznych) w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
- Stanowi element pomocniczy we wszelkich rozliczeniach pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą i podwykonawcami (w przypadku wystąpienia podwykonawców lub /i dalszych podwykonawców w postępowaniu).”).*

Jednocześnie określił w pkt 3 że - poniesione narzuty z racji ustanowienia robót, zysku i wynagrodzeń za wszystkie zobowiązania są rozdzielone równomiernie na wszystkie stawki jednostkowe. Nadto, że - stawki i ceny muszą być przypisane dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego i w rozumieniu zamawiającego pokrywają również wszystkie inne zobowiązania finansowe, które nie zostały wyszczególnione w przedmiarze.

W ramach przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego – Wykonawca względem poz. 84 stwierdził, że – wartość robót związanych z pielęgnacją trawników wliczona została w pozostałych cenach jednostkowych kosztorysu Wykonawcy. Abstrahując, że takie wyjaśnienia są niejednoznaczne, gdyż nie mówią o jakie inne pozycje chodzi, a nawet jaki kosztorys, wskazać trzeba na następujące okoliczności.

Po pierwsze, niewątpliwie nie ma tutaj równomiernego rozdzielenia na wszystkie stawki jednostkowe poniesionych narzutów z racji ustanowienia robót, zysku i wynagrodzeń za wszystkie zobowiązania.

Po drugie, stawki i ceny muszą być przypisane dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego.

W ocenie Izby, niniejsze obostrzenia zawarte w SIWZ są de facto zakazem przerzucenia kosztów – zwłaszcza dokonanych w sposób enigmatycznych, niejasny i dwuznaczny. W tym zakresie, w kontekście przedstawionych postanowień SIWZ, Izba uznaje, że Odwołujący poprzez argumenty i zestawienie poz. 84 względem poz. 82 wykazał niedopuszczalność działania Wykonawcy (tym bardziej wobec udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień co do tej pozycji - że wartość robót związanych z pielęgnacją trawników wliczona została w pozostałych cenach jednostkowych kosztorysu Wykonawcy), tzn. wykonanie pielęgnacji terenów w okresie 1 rg i 1 mh, przy jednoczesnym wykonaniu trawników w poz. 82 na obszarze prawie 5 h (w przeciągu 460 rh).

Izba podkreśla, odnośnie argumentacji Zamawiającego, że zgodnie z orzecznictwem, nawet wycena za 0 PLN jest dopuszczalna, a w poz. 84 była kalkulacja indywidualna, iż argumenty te są bezprzedmiotowe wobec jednoznacznych postanowień SIWZ w Rozdz. V SIWZ (cz. II Opis przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny oferty), tj. Opisie sposobu obliczania ceny.

Nadto, Izba zwraca uwagę, że w pkt 3 Rozdz. V SIWZ (cz. II Opis przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny oferty) Zamawiający oczekiwał aby - doliczyć do powstałej kwoty inne składniki wpływające na ostateczną cenę ryczałtową brutto uwzględniającą wszystkie prace i nałożone obowiązki w specyfikacji technicznej – czyli także określone modyfikacją SIWZ z 18.11.2020 r. odnośnie pozycji pielęgnacja terenów (obejmuje systematyczne koszenie trawników z usunięciem skoszonej trawy, wysianie nawozów mineralnych przed rozpoczęciem wegetacji, dosianie według potrzeby nasion traw z przykryciem nasion ziemią żyzną (w okresie kwiecień, wrzesień/październik), grabienie

i sunięcie liści (listopad-grudzień i luty/marzec), wygrabianie obumarłych roślin oraz pielęgnację drzewostanu oraz krzewów posadzonych w ramach zadania przy jeziorze). Powyższe obowiązki winny być uwzględnione w poz. 84, zaś poniesione narzuty miały być równomiernie rozdzielone na wszystkie stawki jednostkowe, z kolei stawki i ceny musiały być przypisane dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego, w tym także w poz. 84. Działanie Wykonawcy było sprzeczne z Rozdz. V SIWZ (cz. II Opis przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny oferty) pkt 3 zdanie czwarte i piąte i nie uwzględniało modyfikacji SIWZ z 18.11.2020 r. (Rozdz. V SIWZ - cz. II Opis przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny oferty - pkt 3 zdanie pierwsze).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 Pzp Izba uznała, że jest on niejako konsekwencją zarzutu 4 i staje się jego częścią.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się jeden zarzut z sześciu (zarzut siódmy Izba uznała jako konsekwencje pozostałych i nie wliczała odrębnie), zaś za chybione należało uznać pięć zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/6 i chybione w stosunku 5/6. Kosztami postępowania w części 5/6 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/6 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (3.600 zł), co daje łącznie kwotę 18.600,00 zł.

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 0 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 3.100,00 zł. ($18.600,00 \text{ zł} \div 6 = 3.100,00$).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł ($15.000,00 \text{ zł}$ tytułem wpisu oraz $3.600,00 \text{ zł}$ tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 15.500,00 zł ($18.600,00 \text{ zł} \div 6 = 3.100,00 \times 5 = 15.500,00$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.100,00 zł ($18.600,00 - 15.500,00$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 3.100,00 zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający ($0 + 3.100,00 = 3.100,00$).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp. a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w związku z ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Jednocześnie zgodnie z art. 574 Pzp do kosztów postępowania odwoławczego wlicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....