

WYROK
z dnia 07.01.2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07.01.2019 r w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24.12.2018 r. przez wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych K. Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska**,

przy udziale wykonawców **I. i A. N. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N., ul. Wyzwolenia 111, 41-707 Ruda Śląska**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Zakład Usług Komunalnych L. K. Sp. z o.o. Sp. komandytowa, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący

akt KIO 2640/18

UZASADNIENIE

Miasto Ruda Śląska Plac Jana Pawła II nr 6 41-709 Ruda Śląska, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przycinka drzew na terenie Miasta Ruda Śląska - przycinka drzew w dzielnicach: Bykowina, Wirek, Nowy Bytom i Chebzie” nr ref. AP.271.114.2018

Zamawiający w dniu 20.12.2018 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez P.P. U. Hebex S. C. I. i A. N. ul. Wyzwolenia 111, 41-707 Ruda Śląska, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Zakład Usług Komunalnych K. Sp. z o.o. Sp. komandytowa (dawnej: Zakład Usług Komunalnych L. K. Sp. z o.o, Sp. komandytowa) 42 - 500 Będzin, ul. Wolności 28 a (dalej „Odwołujący”), złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez zaniechanie następujących czynności w postępowaniu:

1,Zaniechania czynności zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1;

2.Art. 90 ust, 1, ust. 3, ust. 4.

Podnosząc powyższe wskazał na naruszenie przez Zamawiającego:

1.Art. 90.1 ust. 1a;

2.Art. 90.1 ust. 1, ust. 3, ust. 4.

oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego oferenta P.P.U. Hebex S.C. I. i A. N. jako zawierającej składniki jednostkowe z rażąco niską ceną i dokonania powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu powyższego podał, że w dniu 03.12.2018 r. na otwarciu ofert Zamawiający odczytał kwotę, którą przeznaczył na w/w zadanie (245.637,10 zł brutto) i otworzył złożone do postępowania oferty. Złożono trzy oferty z cenami ofertowymi brutto:

- Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o. o. Sp. k. - cena ofertowa: 1.774.000,00 zł

- P.P. U. Hebex S. C. I. i A. N. - cena ofertowa: 241.950,00 zł

- Zakład Usług Komunalnych L. K. Sp. z o. o. Sp. k. - cena ofertowa: 242.700,00 zł.

W dniu 10.12.2018 r. pismem nr L.dz. 2/12/2018 Odwołujący zapytał Zamawiającego, czy ten zwrócił się do oferentów z wnioskiem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, ponieważ oferta P.P.U. Hebex S.C. I. i A. N. jest niższa o 67,86% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający podał, że w niniejszym postępowaniu „Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawców (składających oferty 2 i 3) od wezwania o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny” argumentując to tym, że „cena Wykonawcy ELITELAS Sp. z o.o. Sp. k. z miejscowości Durdy (składającego ofertę nr 1) ewidentnie odbiega od cen pozostałych Wykonawców i tym samym sztucznie zawyża średnią arytmetyczną cen pozostałych ofert”. Zamawiający w podsumowaniu treści przesłanej odpowiedzi podał, że „Żadna z zaoferowanych przez Wykonawców cen w niniejszym postępowaniu nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego”.

Powyższe Odwołujący skwitował, cyt. że „Skoro Zamawiający nie badając ofert doszedł do takiego wniosku to musi być skorumpowany”. Nadto podał, że jego zdaniem oferta P.P.U. Hebex S.C. I. i A. N. jest ofertą z rażąco niską ceną uniemożliwiającą wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Przedstawiając argumentację mającą uzasadnić prezentowane stanowisko, podał, że zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ „opis przedmiotu zamówienia” strona 27 przy kalkulacji cen należy uwzględnić:

- Przycinkę koron drzew przy użyciu sprzętu specjalistycznego;

- Transport oraz utylizację odpadów stałych powstałych podczas wykonywania prac zgodnie z obowiązującym stanem prawnym:

- Uporządkowanie przejętego terenu z grubizny i gałęzi i naprawienie ewentualnych szkód powstałych podczas realizacji zadania. Przywrócenie terenu do stanu poprzedniego w terminie 3 dni, licząc od dnia, w którym rozpoczęto prace;

- Zabezpieczenie przejezdności wraz z regulacją ruchu (Wykonawca opracuje na własny koszt tymczasową organizację ruchu drogowego na czas trwania robót, uzgodni ją i zatwierdzi z właściwymi organami);

- Ewentualne wyłączenie, zabezpieczenie przed uszkodzeniami linii napowietrznych (w tym stosowne uzgodnienia).

Wskazał, że tak postawione wiele wymagań generuje koszty. Ponadto odnosząc się do kosztów wykonania zamówienia wskazał na koszt wykonania cięć technicznych jednego drzewa w zależności od średnicy (pozycja 1 „fi 41 -60 cm” w

kosztorysie ofertowym). Przedmiotowe wyliczenia zostały wykonane na podstawie Katalogu Nakładów Rzeczowych (skrót KNR 2-21) pod nazwą „Tereny zieleni”:

Katalog KNR 2-21 - tab. 0104 poz. 06 drzewa o średnicy powyżej 41 cm:

-stawka r-g od 01.01.2019 - 14,70 zł

-norma czasowa - ogrodnicy grupa I i III Pilarze; $1,1661 \times 14,70 = 17,15$ zł Kierujący ruchem: $1,1661 \times 14,70 = 17,15$ zł

Praca sprzętu: zapis w poz. 1 „przycinka koron drzew przy użyciu sprzętu specjalistycznego” (ponieważ na rynku istnieją rozbieżności w cenie 1 mtg pracy sprzętu zadzwoniliśmy do F.H.U. Media-Pamer T. P. i otrzymaliśmy odpowiedź, że przy wynajmie długoterminowym stosują stawkę 65 zł netto za 1 mtg.

Ze względu na fakt, iż praca podnośnika będzie trwała tyle samo czasu co pilarzy przyjęto normę KNRu: $1,1661 \times (65+23\% \text{ VAT}) = 93,23$ zł W podpunkcie 2 w „opisie przedmiotu zamówienia” (załącznikiem nr 4 do SIWZ) jest mowa o tym, że przy kalkulacji cen należy uwzględnić „transport oraz utylizację odpadów stałych powstałych podczas wykonywania prac zgodnie z obowiązującym stanem prawnym”. Transport wg KNR 2-21 tab. 0102 poz. 04 wyliczony za pomocą tablicy opracowanej przez Ministerstwo Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z roku 1972 nazwanej „Wskaźnikiem Kosztów Inwestycyjnych - Elementy Terenów Zieleni” i tak tablica (kserokopia w załączeniu) w pozycji średnica do 45 cm (czyli powyżej 41 cm) w rubryce 4 - „gałęzie” widnieje zapis 1,06 m , a ze względu na to, że Ustawa o Ochronie Przyrody umożliwia jednorazowo tylko wykonanie cięć w ilości 30% korony to ilość odpadów jaka powstanie wynosi:

- $1,06 \text{ m}^3 \times 30\% = 0,32 \text{ m}^3$ odpadów

- transport - załadunek:

- załadunek: $1,2702 \times 0,32 \text{ m}^3 \times 14,70 = 5,98$ zł

- samochód ciężarowy (przyjęto 10 km): $(0,294 + (0,017 \times 18)) \times 32$

$\times (65+23\% \text{ VAT}) = 15,35$ zł

- utylizacja: $0,32 \text{ m}^3 \times 130 \text{ zł/m}^3 = 41,60$ zł

Razem koszt, tylko i wyłącznie koszt, wykonania pielęgnacji 1 szt. drzewa wynosi 190,46 zł. Porównując to z ceną zaoferowaną przez P.P.U. Hebex S.C. (89,00 zł) w przedziale średnic fi 41-60 cm różnica pomiędzy ceną ofertową a ceną wykonania liczona po cenach umiarkowanych na rynku wynosi: 101,46 zł, co przy ilości 500 sztuk drzew jakie Zamawiający zamierza zrealizować wynosi 50.730,00 zł.

Odnosząc się do pozycji kosztorysu ofertowego wybranego wykonawcy stwierdził, że wskazana cena nie pokryje kosztów wykonania danych prac.

Ponadto w uzasadnieniu zarzutu rażąco niskiej ceny – gdyż tylko taki zarzut został podniesiony, wskazał na okoliczność nieprawidłowości zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wybranemu wykonawcy. Podał, że we wszystkich pozycjach zobowiązania jest wymieniony podmiot F.H.U. Media-Pamer T. P., ul. Pawła 1, 41-709 Ruda Śląska, z którego wynika, iż w/w firma użycza podnośnika montażowego T-205 H25 m nr rej. SL 88964. Podał, że na stronie internetowej wynajmującego / udostępniającego zwyżki, czyli F.H.U. Media- Pamer T. P. jest zapis o wynajmie zwyżek bez operatora a dokument „Zobowiązanie innego podmiotu” z dnia 03.12.2018 r. nie zawiera żadnego zapisu na ten temat.

Wskazał, że „Zobowiązanie innego podmiotu” w pozycji nazwa sprzętu (narzędzi/urządzenia) parametry - opis - widnieje następujący zapis: „Podnośnik montażowy T-205 H25 m nr rej. SL 88964”. Na stronie 5 w SIWZ w pozycji 3.13 podpunkt 3 Zamawiający określił parametry podnośnika koszonego jako „minimum 24 metry”. Natomiast na stronie internetowej udostępniającego zasób są dwa zdjęcia podnośnika o numerze rejestracyjnym SL 88964, czyli tego, który zostanie udostępniony / wynajęty oferentowi P.P.U. Hebex S.C. I. i A. N. w przedmiotowym postępowaniu.

Na zdjęciu na ramieniu podnoszącym widnieje wyraźnie „22 m”. Na tej podstawie można jednoznacznie stwierdzić, że P.P.U. Hebex S.C. przedstawiła fałszywy dokument w celu osiągnięcia korzyści, co jest niewątpliwie karalne a zakres sprawdzenia i badania dokumentów złożonych do postępowania przetargowego ciąży na Zamawiającym. Dzięki przedmiotowemu przetargowi podnośnik nagle urosł o 3 metry.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku braku stwierdzenia przestanków do jego odrzucenia, o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Wskazał, że zdaniem Zamawiającego odwołanie podlega odrzuceniu, ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, ewentualnie należy uznać, a także dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

W tym zakresie podał, że w przypadku postępowań o wartości zamówienia poniżej tzw. kwoty unijnej, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie.

Wskazał, iż w dniu 10.12.2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie informacji – wyjaśnienia dotyczącej rażąco niskiej ceny - złożonej przez Wykonawcę Hebex s.c. I. i A. N. - wskazując jako podstawę prawną przepis art. 90 ust. 1a ustawy oraz wskazując, iż cena ofertowa firmy Hebex s.c. I. i A. N. jest niższa o 67,86% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający w odpowiedzi przekazał Odwołującemu w dniu 11.12.2018 r. za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej informację, iż na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy odstąpił od wezwania o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny argumentując swoją decyzję, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający poinformował wówczas Odwołującego, iż żadna z zaoferowanych cen nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający podnosił, iż informację o czynności (zaniechaniu dokonania czynności) stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący otrzymał już w dniu 11.12.2018 r., a zatem odwołanie w tym zakresie należało wnieść najpóźniej w dniu 17.12.2018 r. (5 dzień upływa w dniu ustawowo uznanym za dzień wolny od pracy). Tymczasem Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 21.12.201 br., a zatem po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania.

Podkreślił jednak, że odwołanie zostało wniesione przed upływem 5 dni od dnia przekazania przez Zamawiającego zawiadomienia o wyniku postępowania (wyborze najkorzystniejszej oferty), jednak zdaniem Zamawiającego kwestionowana jest czynność (zaniechanie), o której Odwołujący wiedział wcześniej i mimo tej wiedzy nie skorzystał ze środków ochrony prawnej.

Wskazał także na występującą drugą podstawę prawną do odrzucenia odwołania podając, że kolejną podstawą do odrzucenia odwołania, która znajduje zastosowanie w tym postępowaniu jest art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy - gdyż w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej tzw. kwoty unijnej, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art.

180 ust. 2 Pzp.

Odwołujący według Zamawiającego utrzymuje, iż cena oferty złożonej przez Wykonawcę P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N. jest ceną rażąco niską i zarzucił Zamawiającemu zaniechanie zbadania tej ceny, wskazując naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 90 ust. 1, ust. 3 i ust. 4 ustawy. Wprawdzie jeden z przepisów, które rzekomo miałyby naruszyć Zamawiający odnosi się do odrzucenia oferty, to jednak zdaniem Zamawiającego istotą podnoszonych zarzutów i całego odwołania, jest zaniechanie wezwania Wykonawcy PPU Hebex s.c. do wyjaśnienia ceny, w oparciu o art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Tym samym zwrócił uwagę na fakt, iż czynności te nie zostały objęte przedmiotem odwołania w postępowaniach o wartości poniżej tzw. kwoty unijnej co sprawia, iż wniesione odwołanie podlega odrzuceniu.

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania wniósł o jego oddalenie wskazując, że oferta złożona przez Wykonawcę P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N. nie posiada w ogóle znamion ceny rażąco niskiej.

Wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy o znamionach wystąpienia ceny rażąco niskiej można mówić wyłącznie wówczas, gdy zaofferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającego z odrębnych przepisów. Należy podkreślić, iż przepis ten nie uzależnia pojęcia ceny rażąco niskiej od różnicy procentowej ceny w stosunku do określonych wartości. Jedynymi zatem przesłankami warunkującymi zwrócenie się o wyjaśnienia zaofferowanej ceny, jest przekonanie co do tego, że cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego.

Od początku w niniejszej sprawie zaofferowana przez Wykonawcę P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N. cena ofertowa i jej istotne części składowe nie wydają się Zamawiającemu rażąco niskie i nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami oraz wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów. Opierając się na opinii prawnej UZP podał, iż regulacja zawarta w przepisie art. 90 ust.1 Pzp stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawie wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten - w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) - nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy.

Wspomniane powyżej okoliczności sprawy wydają się szczególnie istotne w niniejszym sporze. Otóż przedmiotowe postępowanie jest powtórzeniem uprzednio unieważnionej części postępowania o identycznym przedmiocie zamówienia. Zamawiający wszczął w dniu 09.10.2018r. postępowanie pn. „Przycinka drzew na terenie Miasta Ruda Śląska” - nr ogłoszenia: 633085-N-2018 z dnia 09.10.2018r. oznaczenie postępowania: AP.271.102.2018. Wskazane postępowanie zostało podzielone na 3 części, z czego Zamawiający udzielił zamówienia na dwie z nich - a jedną część unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 - złożono wówczas jedną ofertę (ofertę złożył Odwołujący). Na sfinansowanie każdej z części zamówienia Zamawiający zamierzał wówczas przeznaczyć kwotę 202 841,33 zł. Wartość ofert z najniższymi cenami w poszczególnych częściach zamówienia kształtowała się następująco:

- część 1: 245 594,20 zł część 2: 291 200,00 zł część 3: 245 680,00 zł

Zamawiający zwrócił się wówczas do wszystkich trzech wykonawców (w tym do Odwołującego) oferujących te ceny, o wyjaśnienie zaofferowanej ceny. Wezwanie to poprzez analogię do badania ceny rażąco niskiej można nazwać mianem „wezwania o wyjaśnienia ceny rażąco wysokiej”. Złożone wyjaśnienia miały pomóc Zamawiającemu w podjęciu decyzji czy podjąć próbę zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia, czy też unieważnić postępowanie w poszczególnych częściach.

W odpowiedzi wszyscy wykonawcy przedstawili stosowne wyjaśnienia. Odwołujący przedstawił wówczas kalkulację, z której wynikało iż łączna kwota tylko wynagrodzenia pracowników oddelegowanych do realizacji zadania wyniesie w ciągu dwóch lat 268 500 zł. Kwota ta, obejmująca tylko koszty utrzymania pracowników - jest znacznie wyższa od ceny ofertowej Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu na identyczny zakres zamówienia. W odpowiedzi na wyjaśnienia Wykonawcy Zamawiający unieważnił przedmiotową część postępowania i jednocześnie dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert w pozostałych częściach uznając, że zaofferowane ceny mimo, że -przekraczają kwoty, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to jednak są cenami adekwatnymi do sytuacji rynkowej i nie są zawyżone.

Podał, że po unieważnieniu jednej z części zamówienia w poprzednim ww. postępowaniu Zamawiający niezwłocznie przystąpił do ogłoszenia kolejnego postępowania w tym zakresie. Postępowanie to stanowi przedmiot obecnego odwołania. Mając na uwadze bieżącą sytuację gospodarczą i aktualne ceny rynkowe usług stanowiących przedmiot zamówienia, Zamawiający zaktualizował wartość zamówienia i zwiększył kwotę na realizację powtórzonego (czyli bieżącego) zamówienia do wartości 245 637,10 zł. (kwota ta jest także wartością szacunkową niniejszego zamówienia powiększoną o wartość brutto).

Wskazał, że w postępowaniu złożono trzy oferty przy czym cena trzeciej była rażąco wysoka i tym samym nie mogła wpływać na średnia cen pozostałych ofert. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosi 752 883,33 zł.

Od samego początku, czyli od otwarcia ofert, dwie najniższe ceny zaofferowane przez dwóch różnych wykonawców nie wydawały się Zamawiającemu rażąco niskie i nie budziły jego wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami oraz z wymaganiami wynikającymi z określonych przepisów.

Nie ulega wątpliwości wg. Zamawiającego, iż ceny ofertowe ofert nr 2 i nr 3 są zbliżone do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość należnego podatku od towarów i usług. Nie ulega wątpliwości także, iż ceny ofertowe ofert nr 2 i nr 3 znacznie odbiegają od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Wreszcie nie ulega wątpliwości fakt, iż cena ofertowa oferty nr 1 znacznie odbiega od wszystkich wymienionych tutaj kwot, w tym wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Już na pierwszy rzut oka (bez konieczności dokonywania dodatkowych analiz) da się zauważyć, iż kwota ta jest mocno zawyżona. Stanowi to przesłankę do uznania, iż rozbieżność zaofferowanych cen wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Także we wcześniej organizowanym postępowaniu (AP.271.102.2018 - wspomnianym wyżej) - zakres zamówienia rozstrzygniętych części 1 i 3 był tożsamy z zakresem unieważnionej części 2 a zaproponowane ceny ofertowe przez Wykonawców za wyjątkiem jednej oferty opiewały na kwoty mniejsze niż 300 000 zł (średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert na wszystkie części/zadania to 285 518,55 zł).

Odnosząc się do wyliczeń wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu Zamawiający wskazuje, iż nie są one w żaden

sposób miarodajny i nie mogą stanowić dowodu na to, iż zaoferowana przez Wykonawcę P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N. cena jest ceną rażąco niską. Wynika to z tego, że żaden z przepisów prawa nie nakłada obowiązku stosowania Katalogów Nakładów Rzeczowych. Również Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dla przedmiotowego zamówienia nie wymagał, aby Wykonawcy dokonali kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o wspomniane Katalogi. W związku z tym każdy Wykonawca zobowiązany był do ustalenia ceny ofertowej na podstawie własnych kalkulacji.

Zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 90 ust. 3 jest błędny, ponieważ przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku wcześniejszego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca. Zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 90 ust. 4 - także nie jest właściwy, ponieważ przepis ten odnosi się do postępowań o wartości zamówienia o wartości równej lub wyższej od kwoty określonej w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - tymczasem wartość zamówienia przedmiotowego postępowania jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Wskazany przepis nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie zauważył, że pomimo niepodniesienia innego zarzutu poza brakiem wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny ofertowej podał, że część uzasadnienia wniesionego odwołania odnosi się do wykazanego przez Wykonawcę P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N. potencjału technicznego. Zamawiający oświadczył, że mając na uwadze należyta staranność oraz podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, dokona unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzy czynność badania oferty Przystępującego Wykonawcy pod kątem wykazania spełniania postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

Na etapie rozprawy oświadczył, że takiej czynności Zamawiający już dokonał.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca I. i A. N. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N., ul. Wyzwolenia 111, 41-707 Ruda Śląska. Jednakże wykonawca ten nie ustosunkował się na piśmie do zarzutów odwołania, jak również jego pełnomocnik nie stawiał się na posiedzeniu w KIO.

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

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie ocenie Izby podlegały wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Izba oddaliła oba wnioski uznając je za niezasadne.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania z powodu niezachowania terminu na jego wniesienie Izba stwierdza, że odwołanie wnosi się od dokonania czynności lub zaniechania jej dokonania przez Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie sam fakt poinformowania wykonawcy o braku wystąpienia z wezwaniem do wykonawcy – Przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny nie tworzy jednoznacznie sytuacji, iż Zamawiający w toku dalszych czynności badania i oceny ofert nie mógł takiej czynności podjąć. Niewątpliwym jest, że to dopiero wybór najkorzystniejszej oferty jednoznacznie wskazuje uczestnikom postępowania, że Zamawiający zakończył czynności badania i oceny ofert i tym samym data wyboru najkorzystniejszej oferty jednoznacznie wskazuje jakie czynności Zamawiający podjął, a jakich zaniechał. Biorąc pod uwagę, okoliczności i powody- w tym postępowaniu, zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty, czy nie jest ceną rażąco niską Izba uznała, że termin na podnoszenie zarzutu w tym zakresie należy liczyć od poinformowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przy drugiej wskazywanej przez zamawiającego podstawie prawnej mającej stanowić podstawę odrzucenia odwołania stwierdzić należy, że Zamawiający wniesione odwołanie ocenia w sposób zawężający, mając na względzie tylko kwestie braku wystąpienia do Przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Zdaniem Izby podniesiony zarzut w odwołaniu należy jednak oceniać przez pryzmat kwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty Przystępującego. Niewątpliwym jest, że w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego to oferta Odwołującego byłaby oferta najkorzystniejszą w postępowaniu. Izba za Uchwałą Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17 wskazuje, że zakwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty może nastąpić zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie podlegała ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 Pzp, jak i ze względu na to, że wybrana oferta została nieprawidłowo oceniona w świetle przesłanek określonych w art. 91 Pzp w zw. z przepisem art. 90 ust.1 Pzp.

Przed merytorycznym odniesieniem się do zarzutu(ów) odwołania wskazać należy, że sposób sformułowania zarówno zarzutów odwołania, jak i całego odwołania może budzić – zarówno zdaniem Izby jak również Zamawiającego, uzasadnione wątpliwości.

W szczególności występuje rozbieżność w samym formułowaniu zarzutów, ich wskazywaniu, a także w prezentowanym uzasadnieniu, gdzie występuje trudność w przypisaniu do jakiego zarzutu podana argumentacja znajduje odniesienie. Zdaniem Izby uszło uwadze piszącemu przedmiotowe odwołanie, iż jest ono pismem inicjującym postępowanie odwoławcze i jako takie winno spełniać wymagania ustawowe wskazane w art. 180 ust.3 Pzp.

W szczególności w tym zakresie wskazać należy, że wskazane zarzuty składają się wyłącznie z podania podstawy prawnej, przy czym część z wskazanych przepisów nie ma związku z przedmiotowym postępowaniem (jak chociażby przepis art. 90 ust.3 i 4 Pzp).

Wskazać należy za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 416/11 z 15 lipca 2011 roku, iż granice rozpoznania sprawy przez KIO są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do konkretnej czynności Zamawiającego opartej na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Zważyć należy, że samo powołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć zamawiający nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Podkreślenia przy tym

wymaga, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez przyzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Wskazać należy, że Izba nie może wywodzić z treści odwołania jakie zarzuty postawił odwołujący, zarzut powinien być sformułowany w sposób jednoznaczny tak, aby Izba i inni uczestnicy postępowania mogli w sposób jednoznaczny stwierdzić co jest przedmiotem zaskarżenia odwołującego. Podkreślić należy, że o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy to o tyle okoliczności z których chce wywodzić skutki prawne muszą być zawarte w odwołaniu pod rygorem ich nieuwzględnienia z uwagi na brzmienie przepisu art. 192 ust.2 Pzp

Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów w nim podniesionych (art. 192 ust. 7 Pzp). Za wyrokiem KIO sygn. KIO 1102/17 z dnia 12 czerwca 2017 r. stwierdzić należy, że braki w uzasadnieniu faktycznym są nienaprawialne – uzasadnienie faktyczne określa granice rozpoznania zarzutów odwołania.

Wskazać należy, że oceniając wskazane w odwołaniu naruszenia niewątpliwie możliwe jest wywiedzenie, iż Odwołujący kwestionuje wskazaną w ofercie Przystępującego cenę za wykonanie zamówienia wskazując, że jest ona rażąco niska. Natomiast w zakresie wzmiankowanej tylko i wyłącznie w uzasadnieniu odwołania kwestii dotyczącej udostępnionych zasobów brak jest możliwości ustalenia jaką czynność Zamawiającego Odwołujący kwestionuje i jaki ewentualnie zarzut w tym zakresie zamierzał postawić. Wskazać należy, że Odwołujący konkludując argumentację w tej kwestii podał, że " *P.P.U. Hebex S.C. przedstawiła fałszywy dokument w celu osiągnięcia korzyści, co jest niewątpliwie karalne a zakres sprawdzenia i badania dokumentów złożonych do postępowania przetargowego ciąży na Zamawiającym*". Z powyższego zdaniem Izby możliwe jest wywiedzenie zarzutu niespełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp), składania nieprawdziwych informacji (art. 24 ust.1 pkt 16 lub 17 Pzp), czy też niezgodności treści oferty z SIWZ (art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp).

Powyższe wątpliwości są tym bardziej uzasadnione, że pełnomocnik Odwołującego na rozprawie z opisu udostępnienia podnośnika podanego w uzasadnieniu wywodził, że Przystępujący korzystając w tym zakresie z zasobu podmiotu trzeciego (w odróżnieniu od Odwołującego który ma własne podnośniki) ponosi dodatkowe koszty wykonywania zamówienia, a tym samym oferta Przystępującego winna być z wyższą ceną niż oferta Odwołującego.

Jednakże biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego, iż w zakresie spełniania wymagań SIWZ przez wskazany podnośnik, będzie ponownie badał tą kwestię i w związku z tym unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, Izba uznała, że na tym etapie postępowania odwoławczego brak jest substratu zaskarżenia w postaci czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym ocena zasadności tej kwestii (brak postawionego zarzutu) nie może mieć wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust.2 Pzp).

Odnosząc się do zarzutów wynikających ze wskazanego art. 90 ust. 1-4 Pzp zdaniem Izby wywieść należy, że Odwołujący pomimo wskazania ww. podstaw kwestionuje tylko dwie czynności Zamawiającego, tj czynność zaniechania wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień, a nadto uznania, że cena oferty wybranej była rażąco niska i tym samym oferta ta winna polegać odrzuceniu.

Odnosząc się do braku wezwania wykonawcy – Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wskazać należy, że niewątpliwym jest, że cena dwóch ofert – Przystępującego i Odwołującego jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Niewątpliwym jest, zdaniem Izby, że wpływ na takie ustalenie miała oferta złożona przez Wykonawcę Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. Sp. k, która wynosiła 1 774 000 zł, a więc była ponad siedmiokrotnie wyższa od ceny ofert Przystępującego i Odwołującego. W tej sytuacji Zamawiający dysponując wiedzą, co do cen ofert zaoferowanych na inne praktycznie tego samego rodzaju usługi (zamówienie było podzielone na trzy części i miało za przedmiot bardzo podobny zakres i rodzaj usługi) miał podstawy do przyjęcia, iż ceny oferty nr 2 i 3 nie zawierają rażąco niskiej ceny. Nadto zaoferowane ceny były zbieżne kwotą oszacowania wartości zamówienia. Dlatego też Izba uznała, że Zamawiający miał pełną podstawę do przyjęcia, że różnica w wartości szacunkowej oferty Przystępującego do średniej arytmetycznej cen ofert wynikała z wygórowanej ceny oferty wykonawcy Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. Sp. k. Na marginesie powyższej kwestii zauważyć należy, że Odwołujący nie zauważał że w przedmiotowym stanie faktycznym także cena jego oferty winna podlegać wyjaśnieniu i brak wezwania do wyjaśnień w tym zakresie Odwołującego jednoznacznie wskazywał na brak takiej czynności Zamawiającego wobec oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego Izba uznaje powyższy zarzut za niezasadny, a ustalenia Zamawiającego w tym zakresie za prawidłowe, które Izba przyjmuje w znacznym zakresie jako własne.

Podnieść należy co w sposób niesporny ustalono w trakcie rozprawy, że cena za wykonanie przedmiotowego zamówienia została ustalona w sposób ryczałtowy, mimo tego, że wykonawcy wskazywali ceny jednostkowe za wykonanie określonych w formularzu prac przy drzewach i krzewostanie.

Podkreślić należy, że wynagrodzenie ryczałtowe jest określane z góry i nie ulega zmianie. Sąd Najwyższy wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślał, że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego (por. wyrok SN z 1998-11-20, sygn. I CKN 913/97 LEX nr 138655) Ponadto za wyrokiem SA w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r., I ACa 1147/00, wskazać należy, że „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”. Tym samym wskazywanie przez Odwołującego na niewłaściwe – jego zdaniem skalkulowanie kosztów wykonania niektórych robót nie ma znaczenia, dla uznania ceny ofertowej Przystępującego za rażąco niską. Odwołujący w odwołaniu nie wskazał (nie podniósł zarzutu), iż cena oferty Przystępującego jako całość jest rażąco niska, ale wskazał na wycenę niektórych składników jednostkowych podając iż zawierają niską cenę. Tym samym przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust.3 Pzp.

Stwierdzić należy, że Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby rażąco niską cenę oferty Przystępującego i obalał stanowisko Zamawiającego w tym zakresie. Na pewno powoływanie się na rzekoma rozmowę z podmiotem wynajmującym podnośniki nie może uzasadniać twierdzenia ceny rażąco niskiej oferty Przystępującego. Odwołujący w tym zakresie podał, że – „*ponieważ na rynku istnieją rozbieżności w cenie 1 mtg pracy sprzętu zadzwoniłszy do F.H.U. Media-Pamer T. P. i otrzymaliśmy odpowiedź, że przy wynajmie długoterminowym stosują stawkę 65 zł netto za 1 mtg*”. O tak ustalona stawkę Odwołujący między innymi dokonywał kwestionowania ceny oferty

Przystępującego. Takie ustalenia telefoniczne nie mogą stanowić dowodu w sprawie na podstawie których Izba mogłaby oprzeć swoje orzeczenie. Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne - wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17.

O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

W przedmiotowej sytuacji Izba za prawidłowe uznała poczynione przez Zamawiającego ustalenia, który wskazał, że zaoferowana przez Wykonawcę P.P.U. Hebex s.c. I. i A. N. cena ofertowa jest ceną realną, rynkową i nie jest to cena o znamionach ceny rażąco niskiej. Świadczyć o tym miało także to, iż Wykonawca ten od wielu lat wykonuje u Zamawiającego dokładnie takie same usługi. Ceny uprzednio wykonywanych usług były na zbliżonym poziomie, jak te zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu i nie było żadnych problemów z realizacją tego rodzaju zamówień. Także obecnie Wykonawca ten zawarł umowę i jest w trakcie realizacji bliźniaczego zamówienia, a cena za te usługi wynosi 245 680 zł (umowa z dnia 22.11.2018 r. zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania wspomnianego wyżej na Przycinkę drzew na terenie miasta Ruda Śląska, zadanie/część nr 3, o numerze sprawy AP,271.102.2018). Powyższe stanowi dodatkowy argument na to, iż zaoferowana cena nie wydaje się rażąco niska i nie budzi żadnych wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami oraz z wymaganiami wynikającymi z określonych przepisów.

Podał, że Odwołujący w treści odwołania kwestionuje cenę swojego konkurenta (Przystępującego), a ta jest niższa zaledwie o 750 zł od ceny ofertowej Odwołującego (różnica ta stanowi ok. 0,3% ceny ofertowej Odwołującego). Odwołujący także w treści odwołania przyjął - w oparciu o Katalog Nakładów Rzeczowych - iż koszt wykonania pielęgnacji 1 szt. drzewa wynosi 190,46 zł, wskazując jednocześnie, iż w przypadku Wybranej do realizacji oferty (firmy Hebex s.c.) kwota ta wyniesie 89,00 zł. Tymczasem pomimo oszacowania tej usługi na 190,46 zł - Odwołujący także zaproponował znacznie niższą cenę jednostkową: 135 zł - pozostając tym samym w sprzeczności do własnych wyliczeń. Odnosząc się do kwestii zbyt niskiej wyceny kosztów utylizacji uzyskanych w wyniku prac elementów drzewostanu wskazać należy, że wyliczenia Odwołującego w tym zakresie są nieprawidłowe, gdyż nie obejmują obowiązków wykonawcy wynikających z § 5 ust.3.2i 3.4 wzoru umowy, które nakładają na wykonawców dostarczanie pozyskanego drewna o grubości pnia min 10 cm do rodzin wskazanych przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, a nie przekazanie ich w całości do utylizacji. Zamawiający na rozprawie podał, że przekazywana wielkość ww. drewna przy wykonywaniu tego rodzaju usług przekracza zwykle 50% całości pozyskanego drewna.

Powyższe zdaniem Izby jednoznacznie wskazują na niezasadność podniesionego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego i tym samym wniesione odwołanie podlegało oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co - ze wskazanymi wyżej względów nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: