

WYROK

z dnia 18 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Renata Tubisz

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 lutego 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2019r. **przez odwołującego:** Garden Designers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa ul. Grenadierów 13/1; 20-331 Lublin w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym **przez zamawiającego:** Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Za torem 22; 30-542 Kraków

przy udziale przystępującego: Park-M Poland Sp. z o.o.; ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego Park-M Poland sp. z o.o. z s. Stary Sącz
2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Za torem 22; 30-542 Kraków i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Garden Designers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa ul. Grenadierów 13/1; 20-331 Lublin tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Za torem 22; 30-542 Kraków kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Garden Designers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa ul. Grenadierów 13/1; 20-331 Lublin, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izba ustaliła

Odwołanie złożył Garden Designers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa ul. Grenadierów 13/1, 20-331 Lublin zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Za Torem 22, 30-542 Kraków w imieniu którego postępowanie prowadzi Zespół ds. Zamówień Publicznych Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków zwany dalej „zamawiającym”.

Odwołujący na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwana dalej „Pzp”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegającej na:

1. nieuprawnionym wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez PARK M Poland sp. z o.o. (PARK M), która winna być odrzucona ze względu na niespełnienie wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PARK M mimo, że nie wykazał on, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,
3. zaniechanie wykluczenia PARK M z postępowania, mimo że wykonawca ten nie spełnił warunków określonych w SIWZ,
4. zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego mimo, że oferta ta jako jedyna spełnia wszystkie wymagania SIWZ i wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia wszystkie warunki

określone w SIWZ.

Przedmiotowej czynności odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1.naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości,
- 2.naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp poprzez niedokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, w związku z poniższymi naruszeniami:
- 3.naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty rzekomo najkorzystniejszej, mimo że treść oferty złożonej przez PARK M nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz 90 ust. 3 Pzp zaniechanie odrzucenia oferty PARK M, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt oraz poprzez przyjęcie odpowiedzi PARK M za wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że złożonych przez PARK M dokumentów w istocie nie można uznać za wyjaśnienia z dołączonymi dowodami,
- 5.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez przyjęcie, że dokumenty załączone przez firmę PARK M wykazują spełnienie warunku dotyczącego potencjału kadrowego, mimo że w istocie dokumenty te nie potwierdzają spełnienia tego warunku,
- 6.naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która winna być uznana za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2.nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy PARK M z postępowania,
- 3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez PARK M,
- 4.nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i wyboru oferty Odwołującego z pominięciem oferty złożonej przez PARK M,
- 5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed KIO, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która spełnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka winna być uznana za najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami i zasadami oceny ofert określonymi w SIWZ. W następstwie prawidłowo dokonanych czynności oceny ofert Odwołującemu powinno być udzielone zamówienie.

Niezgodna z zasadami określonymi przez samego Zamawiającego w SIWZ czynność Zamawiającego, tj. wybór oferty podlegającej odrzuceniu, pozbawia Odwołującego możliwości przyznania mu zamówienia, mimo że jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe przekłada się na możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody wyrażającej się w utracie możliwości realizacji zamówienia objętego Postępowaniem.

Wymogi formalne:

Informacja o wyborze oferty została udostępniona wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 25.01.2019 r. (data pisma Zamawiającego). Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o wartości poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Koniec terminu na wniesienie odwołania, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wynoszący 5 dni, przypada w dniu 30.01.2019 r., stąd odwołanie jest wniesione w terminie.

Dowód uiszczenia wpisu od odwołania oraz dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu stanowią załączniki do niniejszego odwołania.

UZASADNIENIE

I. Istotne dla rozstrzygnięcia sprawy postanowienia SIWZ

1.Zamawiający wszczął postępowanie w sprawie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w zakresie przebudowy Parku im. Anny i Erazma Jerzmanowskich, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, (znak sprawy: 127/2018). Postępowanie zostało wszczęte w dniu 11.09.2018 r. poprzez publikację ogłoszenia o postępowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 615585-N-2018.

2. Zamawiający zadeklarował w pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), że zastosuje procedurę wskazaną w art. 24aa Pzp (procedura odwrócona).

3. Przedmiot zamówienia został określony w pkt 3 SIWZ jako zakres podstawowy oraz ewentualnie zakresy objęte prawem opcji. Zamawiający wyszczególnił w SIWZ zakresy objęte prawem opcji. Zamawiający wskazał w pkt 1.5, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa, STWiOR, instrukcja programu R3 Trees, wzory protokołów i oświadczeń, jak i przedmiar, stanowiące Załącznik B do SIWZ i będący jej integralną częścią (...). W skład dokumentacji projektowej wchodził projekt wykonawczy branża architektoniczna.

4. Zamawiający zaznaczył w pkt 5 projektu wykonawczego, że w zakresie prac rozbiórkowych i wyburzeniowych przewiduje się usunięcie wszystkich obecnych elementów małej architektury, rozebranie ogrodzenia za wyjątkiem zabytkowych fragmentów, demontaż istniejącego oświetlenia, demontaż istniejącego placu zabaw.

5. Zamawiający żądał dołączenia do ofert kosztorysu ofertowego wraz z podaniem czynników cenotwórczych. W tym zakresie Zamawiający w SIWZ napisał: „3. Wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny oferty dla całości zamówienia wyliczonej w oparciu o własną kalkulację, a przedstawić w formie kosztorysów uproszczonych. Cena musi uwzględniać wymagania i zapisy niniejszej SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej”.

6. W pkt 3 SIWZ Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym:

6.1.ppkt 1.2.1.11: „Wykonawca zobowiązany jest również do demontażu oraz wykonania renowacji (naprawa ubytków, malowanie itp.), a następnie do ponownego montażu zainstalowanych obecnie w Parku 47 szt. ławek i 49 szt. koszy. Ponadto Zamawiający informuje, iż przekaze Wykonawcy na teren Parku 39 szt. ławek do montażu w na jego terenie z zachowaniem warunków gwarancji dla wymienionych elementów zgodnie z przekazanymi kartami gwarancyjnymi oraz zapisami niniejszej SIWZ dotyczących gwarancji, przy czym od dnia przekazania do czasu ostatecznego odbioru przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami wzoru umowy Wykonawca odpowiedzialny jest za ich zabezpieczenie. Zamawiający informuje dodatkowo iż Wykonawca powinien udzielić gwarancji zarówno nowe elementy jak i przekazane przez Zamawiającego”,

6.2.ppkt 8. „ Wykonawca musi dołączyć do oferty wszystkie dokumenty i oświadczenia przedstawione w SIWZ”.

7. W pkt 10 SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert

7.1.ppkt 9: „Oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami powinna być sporządzona przez Wykonawcę według treści postanowień niniejszej SIWZ”.

12. ppkt 10; „Oferta musi być sporządzoną według treści formularza oferty i jego załączników zamieszczonych w niniejszej SIWZ

7.3.ppkt 11: „Do oferty Wykonawca musi dołączyć komplet dokumentów i oświadczeń oraz wszelkich informacji wymaganych postanowieniami niniejszej SIWZ”.

Dowód:

-Specyfikacja istotnych warunków zamówienia

-Projekt wykonawczy architektura

II. Istotne dla rozstrzygnięcia sprawy żądania Zamawiającego zawarte w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zawarte w SIWZ.

1. Zamawiający żądał w SIWZ dołączenia do ofert kosztorysu ofertowego wraz z podaniem czynników cenotwórczych. W tym zakresie Zamawiający w SIWZ napisał: „3. Wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny oferty dla całości zamówienia wyliczonej w oparciu o własną kalkulację, a przedstawić w formie kosztorysów uproszczonych. Cena musi uwzględniać wymagania i zapisy niniejszej SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej”.

2. W pkt 4 SIWZ znajduje się następujące stwierdzenie: „4. Wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ i jej załącznikach, przy czym zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorysy uproszczone plus 5 zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów. Ewentualne braki w wycenach pozycji robót oraz materiałów i sprzętu w kosztorysie uproszczonym nie stanowią podstawy do żądania dodatkowego wynagrodzenia i przyjmuje się, że Wykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie roboty wynikające z SIWZ i jej załączników w cenie oferty. Kosztorysy uproszczone i zestawienia materiałów wraz z opisem oferowanych elementów oraz urządzeń i z dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań SIWZ, stanowią jedynie podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu

zamówienia z wymaganiami SIWZ oraz do rozliczenia ewentualnych robót zamiennych lub zaniechanych

3. Zamawiający, dokonując oceny ofert powziął wątpliwości, co do zgodności treści oferty z SIWZ oraz zaoferowanych rażąco niskich cen poszczególnych pozycji ofertowych i pismem z 11.10.2018 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą, w tym m.in. do przedstawienia:

3.1. stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na kalkulację i cenę elementów oferty, lub szczegółowych wyliczeń z podaniem kosztów pracy, tj. zatrudnienia personelu, jego liczby przewidzianej do realizacji zamówienia, jak i jego wynagrodzeń, dla wszystkich osób jakie Wykonawca oddeleguje dla realizacji przedmiotowego zakresu zamówienia,

3.2. ewentualnie dokumentów lub oświadczeń, umów z podwykonawcami czy współpracownikami itp., które miały wpływ na kalkulację ceny oferty w poszczególnych zakresach i elementach zamówienia,

3.3. wskazanie zysku, jaki zakłada osiągnąć Wykonawca w wyniku realizacji niniejszego zamówienia,

3.4. opisów materiałów lub urządzeń bądź roślin dla oferowanego zakresu przedmiotowego zamówienia dotyczącego zaoferowanych a wyżej opisanych istotnych części składowych oferty z podaniem w szczególności ich producentów, typów lub modeli lub symboli katalogowych pozwalających na ich identyfikację i ocenę zgodności w stosunku do wymagań opisanych w SIWZ i jej załącznikach,

3.5. wyliczenie i udokumentowanie odpowiednimi oświadczeniami lub dokumentami gwarancyjnymi, ofertami producentów lub dostawców o zapewnieniu Zamawiającemu wraz z udzieloną gwarancją, wydłużoną zgodnie z ofertą do 72 miesięcy przeglądów okresowych i obsługi serwisowej elementów lub urządzeń, zgodnie z wymogami użytkowymi dla danego elementu lub urządzenia, w tym konserwacji w okresie gwarancyjnym zgodnie z zaleceniami i wymaganiami producentów.

4. Zamawiający podkreślił, iż złożone wyjaśnienia mają uwzględniać w szczególności oprócz dowodów na możliwość ich zakupu, dostawy i montażu bądź wykonania za zaoferowane ceny, także opisy materiałów lub urządzeń dla oferowanego zakresu przedmiotowego zamówienia dotyczącego zaoferowanych a opisanych wyżej istotnych części składowych oferty z podaniem w szczególności na przykład producentów, typów lub modeli lub symboli katalogowych pozwalających na ich identyfikację i ocenę zgodności w stosunku do wymagań opisanych w SIWZ i jej załącznikach. Zamawiający zauważył, że cena oferty, a głównie wskazane w przedmiotowym wezwaniu jej pozycje będące istotnymi częściami składowymi, które w większości są rażąco zaniżone w stosunku do średniej ceny złożonych ofert lub do wartości szacunkowej dokonanej przez Zamawiającego dla tych pozycji, według przeprowadzonej analizy kalkulacji cen, budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, zarówno dotyczącymi technologii i jakości robót budowlanych, jak i parametrów technologicznych oraz wymagań technicznych i funkcjonalnych materiałów, w tym również roślin i innych dostaw niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

5. Ocena przekazanych w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wyjaśnień, w tym odpowiednich szczegółowych wyliczeń, kalkulacji lub kosztorysów, oświadczeń i opisów oferowanych materiałów i urządzeń oraz roślin, ewentualnie dowodów zakupów lub faktur proforma, czy umów lub ofert w zakresie dostaw, itp., miała pozwolić na ustalenie czy oferta lub wykazane powyżej jej istotne części składowe nie zawierają rażąco niskiej ceny. W konsekwencji pozwolić miała na realną ocenę, czy jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, przy uwzględnieniu obecnych realiów rynkowych, czyli znaczącego wzrostu kosztów robocizny i materiałów na rynku budowlanym.

III. Istotne dla rozstrzygnięcia sprawy postanowienia SIWZ dotyczące postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu

1. W pkt 5 SIWZ Zamawiający zawarł opis warunków udziału w postępowaniu, W ppkt 1.3 Zamawiający napisał: „Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną lub zawodową pozwalającą na realizację zamówienia dlatego też musi wykazać, że: tym m.in. w zakresie potencjału kadrowego wykonawca musiał dysponować osobami:

1.1. ppkt 1.3.1.1. „osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą uprawnienia budowlane w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia oraz odbyłą co najmniej 18-miesięczną praktykę na obiektach lub obszarach wpisanych do rejestru zabytków, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (art. 37c), oraz posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia uzyskania uprawnień oraz doświadczenie w kierowaniu dwoma robotami budowlanymi w zakresie budowy/przebudowy/rozbudowy/remontu obiektów budowlanych wraz z zagospodarowaniem terenu i obiektami małej architektury o powierzchni łącznej

prac objętych wykazanymi dwoma robotami nie mniejszej niż 3 hektary, w tym co najmniej jedna z wykazanych robót musiała być zrealizowana na terenie objętym wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów art. 7 ustawy z dn. 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tekst jedn.: Dziennik Ustaw z 2017r. poz. 2187 z późn. zm.).

- 1.2.pkt 1.3.1.2. „osobą przeznaczoną na funkcję kierownika robót drogowych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, a także posiadającą co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia uzyskania uprawnień oraz doświadczenie w kierowaniu co najmniej dwoma robotami budowlanymi w zakresie budowy przebudowy /rozbudowy/ remontu nawierzchni w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom.”

IV.Złożona przez PARK M oferta, wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny i wyjaśnienia dotyczące kandydata na stanowisko kierownika budowy oraz kierownika robót drogowych Zamawiający dokonał wyboru ofert wskazując w dniu 25.01.2019 r., że najkorzystniejszą ofertę złożył PARK M.

1. Odwołujący kwestionuje poprawność dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej gdyż oferta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ i zawiera rażąco niską cenę:

1.1. Złożony wraz z ofertą kosztorys nie uwzględniał wszystkich wymagań Zamawiającego odnośnie zawartości pozycji kosztorysowych oraz zawierał rażąco niskie ceny w wielu pozycjach kosztorysowych.

1.2.W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej rażąco niskiej ceny poszczególnych, wskazanych przez Zamawiającego, pozycji kosztorysowych PARK M nie przedstawił wymaganych w wezwaniu informacji i dowodów. Załączył do wyjaśnień kilka załączników, które również nie stanowią dowodu zaoferowania cen niebędących rażąco niskimi, którego złożenia wymagał Zamawiający w wezwaniu.

W szczególności odwołujący wskazuje, że informacje podane w załączniku nr 1 dla poniższych pozycji są niewiarygodne i jako takie nie mogą stanowić potwierdzenia niezaoferowania rażąco niskiej ceny. Co więcej Wykonawca ustosunkował się wyłącznie do wybranych (nie wszystkich) pozycji, do wezwania których wezwał go Zamawiający, w pozostałym zakresie odwołując się do złożonego kosztorysu wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej. W tym zakresie uznać należy, że Wykonawcy już na etapie składania ofert dołączali kosztorys wykonany metodą kalkulacji uproszczonej, wobec tego złożenie kosztorysu szczegółowego jest co najwyżej prezentacją poszczególnych składników ceny, nie zaś sposobem na wyjaśnienie prawidłowej jej wysokości. Zamawiający wprost wymagał przedstawienia dowodów potwierdzających że przyjęta cena wraz ze wszystkimi jej składnikami jest realna i zapewniająca zysk -w tym zakresie sam kosztorys nie może być dowodem na okoliczność prawidłowości jego sporządzenia pod względem przyjętych stawek.

1.3.1. Pozycja kosztorysowa 25 - „Rozbiórka ławek do ponownego montażu z wywozem” - Park M wskazał w tej pozycji jedynie koszt Robocizny. Nie policzył natomiast kosztu wywozu, gdyż nie wskazał w kalkulacji szczegółowej środka transportowego. Dla porównania w pozycji 26, która jest analogiczną pozycją dla pozycji 25, a dotyczy „Rozbiórka koszy na śmieci do ponownego montażu z wywozem” - Park M policzył w analogicznej pozycji nr 26 wywóz wskazując na środek transportowy i wyszczególniając ilość motogodzin.

1.3.2.Pozycja kosztorysowa 27 - PARK M wyjaśnia w treści pisma, że „zgodnie z kosztorysem szczegółowym (zał. nr 1) załączonym do wyjaśnień. Pozycje nr 25, 26 i 27 traktujemy jako jeden zakres (demontaż ławek, koszy oraz pozostałych elementów małej architektury) i na całość przewidujemy ok. 586,50 roboczogodzin oraz ok. 1400 zł kosztów transportu we wskazane miejsce Odwołujący stwierdza, że nie można traktować tych pozycji łącznie bowiem w grę wchodzi w umowie ewentualne roboty zamienne, roboty zaniechane, dodatkowe itp., zatem nie sposób jest połączyć wybranych dowolnie trzech pozycji z uwagi na fakt, że Zamawiający traktuje je jako trzy oddzielne pozycje. Takie łączenie kilku pozycji w jedną uniemożliwia porównanie tej oferty z innymi ofertami. Zamawiający celowo ustalił konkretne, odrębne pozycje kosztorysowe i nakazał dokonanie ich wyceny. Nieuprawnionym jest zatem twierdzenie o możliwości ich łączenia. Takie bowiem połączenie pozycji kosztorysowych doprowadzić może na etapie realizacji umowy do braku możliwości rozliczenia robót zaniechanych, dodatkowych czy zamiennych objętych przedmiotem zamówienia.

Ponadto brak jest odzwierciedlenia twierdzeń PARK M w tych 3 wskazanych przez wykonawcę pozycjach, bowiem wskazał on w piśmie przewodnim, że łącznie dla tych 3 pozycji przewiduje „ (...) ok. 1400 zł kosztów transportu...” W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny być dokładne i precyzyjne, nie zaś wskazywać ceny „w przybliżeniu Z kalkulacji wprost wynikać ma ile wykonawca wyliczył roboczogodzin dla każdej z tych trzech pozycji odrębnie oraz ile wynosić będzie transport dla każdej z tych trzech pozycji. Podnieść ponadto należy, że wyliczenia te nie są spójne z wyliczeniami szczegółowymi zawartymi w załączonym do wyjaśnień kosztorysie

szczegółowym. O ile ilość roboczogodzin z załączonego kosztorysu wynosi 580,4444, o tyle cenę za transport w wysokości 784 zł ujęto tylko w pozycji nr 26. Nie koresponduje to z wyjaśnieniami, w których zawarto stwierdzenie, że przyjęto dla 3 pozycji na transport kwotę 1.400 zł. Nie może być wytłumaczeniem, że razem z narzutami na sprzęcie, którymi są koszty pośrednie liczone jako 65% od (R+S), wynoszą 1.487,64 zł, albowiem według sztuki kosztorysowania koszty pośrednie są liczone jako procent (tu 65%) od obu wskazanych wyżej czynników i składają się na nie koszty ogólne budowy i koszty zarządu. Składniki te nie są bezpośrednio kalkulowane w kosztorysie, lecz uwzględniane w wyliczeniu ceny kosztorysowanej, jako jeden z narzutów kosztorysu. Koszty pośrednie i inne narzuty kosztorysu, stanowią komplementarne dopełnienie dla kosztów bezpośrednich kalkulowanych bezpośrednio w kosztorysie na podstawie nakładów rzeczowych i cen jednostkowych. Jak wyżej zaznaczono, koszty pośrednie obejmują: koszty ogólne budowy i koszty zarządu. Koszty ogólne budowy, to koszty ponoszone w odniesieniu do danej, konkretnej budowy, a nie objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. Koszty te obejmują takie wydatki jak, np.: płace personelu stałego budowy, np. kierownika budowy, kierowników robót, majstrów itp., koszty zaplecza budowy, np. wynajmu lub amortyzacji baraków i innych elementów zaplecza budowy, wody, energii elektrycznej i innych mediów, itd., narzędzia, ewentualne koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych (np. diety), inne (np. ubezpieczenie, ochrona itd.). Koszty zarządu obejmują koszty utrzymania całego przedsiębiorstwa, jego kierownictwa, siedziby, koszty biurowe, itd. Koszty pośrednie Kp, które najogólniej można określić jako koszty ponoszone przez firmę budowlaną (które nie są zaliczane do kosztów bezpośrednich) są związane z działalnością produkcyjną firmy na placach budowy oraz zarządzania całym przedsiębiorstwem. Wysokość kosztów pośrednich nie wiąże się w sposób bezpośredni z rodzajem i ilością konkretnej roboty budowlanej, wobec czego nie można dla nich określić jednostkowych norm nakładów rzeczowych. Właśnie dlatego te koszty określa się jako pośrednie, ponieważ nie można ich powiązać w sposób bezpośredni z poszczególnymi rodzajami, a zwłaszcza przedmiarami/obmiarami robót budowlanych wykonywanych na poszczególnych placach budów firmy. Koszty pośrednie, jako kalkulacyjne kategorie kosztów robót budowlanych, obejmują dwie podstawowe grupy kosztów firmy budowlanej, a mianowicie: koszty zarządu firmy, zajmujące w całości wskaźnika Kp ok. 40% oraz koszty ogólne budowy, zajmujące w całości wskaźnika Kp ok. 60%. Koszty zarządu firmy obejmują wszystkie koszty ponoszone przez szeroko rozumiane kierownictwo firmy, a więc nie tylko dyrekcję, ale również komórki obsługujące całe przedsiębiorstwo (jak centralny magazyn, laboratoria, produkcję pomocniczą, transport itp.).

Na strukturę kosztów zarządu firmy składają się (przykładowo): płace i narzuty na płace personelu zarządu, koszty marketingu i reklamy, koszty delegacji i przejazdów, koszty eksploatacji samochodów służbowych, koszty biurowe i utrzymanie obiektów ogólnego przeznaczenia, ubezpieczenia. Koszty finansowe, koszty racjonalizacji i wynalazczości, inne koszty. Z powyższego jednoznacznie wynika, że transport nie może być traktowany jako element kosztów pośrednich, bowiem jest kosztem bezpośrednim wpisanym w pozycji szczegółowej kosztorysu nr 26 i w ofercie PARK M wynosi 784 zł, co wynika z pomnożenia ilości godzin pracy sprzętu wynoszącej 9,8 m-g przez wskazaną przez wykonawcę wartość ceny jednostkowej dla 1 m-g wynoszącą 80 zł. Tym bardziej niewiarygodna jest deklaracja PARK M, według której wykonawca ten przewiduje w ramach zaledwie 9,8 motogodzin przewieźć wszystkie materiały z rozbiórki we wskazane miejsce.

1.3.3. Pozycja kosztorysowa 27 jest ewidentnie rażąco niska, albowiem jest o 26,5 razy niższa od drugiej w kolejności najniższej ceny tej pozycji spośród 4 złożonych ofert. Cena Park M wynosi 204,93 zł/lcpl, ceny pozostałych ofert to kolejno 5.433,12 zł i 6.000 zł i 9.375 zł. Wskazać również należy, że pozycja ta ma obejmować 1 komplet, a nie 1 sztukę, jak w przypadku koszy na śmieci i ławek.

W 1 komplecie do demontażu Zamawiający wskazał „Rozbiórka pozostałych elementów małej architektury”, Zamawiający w opisie do projektu parku w pkt 5. opis prac rozbiórkowych i wyburzeniowych na str. 3 wskazał: „ W projekcie przewiduje się usunięcie: a) wszystkich obecnych elementów małej architektury, b) rozebranie ogrodzenia, za wyjątkiem zabytkowych fragmentów c) demontaż istniejącego oświetlenia, d) demontaż istniejącego placu zabaw”. Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że po przeprowadzeniu szczegółowej analizy kosztorysu ofertowego złożonego przez PARK M należy uznać, że wykonawca ten nie dokonał wyceny demontażu istniejącego placu zabaw, który to odnosi się do pozycji 27, jako rozbiórka pozostałych elementów, gdyż Zamawiający dla wszystkich innych wymienionych przez siebie w projekcie rozbiórek wskazał odpowiednie pozycje kosztorysowe, a jedynie rozbiórkę placu zabaw ujął jako pozostałe elementy w formie kompletu. Ponadto zauważyć należy, że PARK M w pozycji 27 kosztorysu, którą złożył do wyjaśnień jako pozycję szczegółową, wskazał, że w ramach tej pozycji przewidział jedynie 6 roboczogodzin na demontaż placu zabaw, czyli wszystkich urządzeń zabawowych obejmujących: 3 bujaki obetonowane w gruncie, 2 huśtawki dwuosobowe obetonowane w gruncie, 2 huśtawki wahadłowe obetonowane w gruncie, zestaw zabawowy oraz piaskownicę, w związku z czym brak jest jakiegokolwiek możliwości dokonania tej rozbiórki w ramach 6 godzin pracy jednej osoby, czy nawet 3 godzin pracy dwóch osób.

1.3.4. Pozycje kosztorysowe 25, 26 i 27, według wyjaśnień złożonych przez PARK M zostały potraktowane „jako jeden zakres (demontaż ławek, koszy oraz pozostałych elementów małej architektury) i na całość przewidujemy ok. 586,50 roboczogodzin oraz ok 1400 zł kosztów transportu we wskazane miejsce”. Wnioskować należy, że PARK M przewidział jedynie demontaż elementów, podczas gdy pozycje kosztorysowe dotyczą rozbiórki koszy i ławek w sposób umożliwiający ich użycie do ponownego montażu a nie tylko ich demontaż. Zamawiający w treści SIWZ w pkt 1.2.1.11 na stronie 2 napisał: Zamawiający zaznacza, że Wykonawca zobowiązany jest również do demontażu oraz wykonania renowacji (naprawa ubytków, malowanie itp.), a następnie do ponownego montażu zainstalowanych obecnie w parku 47 szt. ławek i 49 koszy”. Należy zaznaczyć, że ani w pozycji 25 ani 26 PARK M nie przewidział żadnych kosztów materiałów pomocniczych, tym samym nie przewidując renowacji ławek i koszy, ich odmalowania itp., a są to koszty stricte bezpośrednie.

1.3.5. Pozycja kosztorysowa 58 - W treści wyjaśnień PARK M napisał: pozycję tę wycenialiśmy łącznie z pozycjami 51 - 57. Ich suma to 147,25 zł. Kosztorys szczegółowy z tymi pozycjami zostaje załączony do wyjaśnień (zał. nr 1). ..” Odwołujący wskazuje, że Zamawiający rozpisuje poszczególne pozycje w tym celu, że chce znać cenę za każdą pozycję, by móc dokonywać m.in. robót zamiennych itp. o czym wprost pisze w SIWZ. Z tego powodu nie jest możliwe ich dowolne łączenie.

1.3.6. Pozycja kosztorysowa 160 - „ Wykonanie wierceń o średnicy 25 cm i głębokości 2 m i 3 m” jest to kosztowa pozycja, której wartość została wyliczona na kwotę 26.880 zł netto, podczas gdy policzone są w tej cenie jedynie koszty materiału bez robocizny, co jest nieprawidłowe. Nie da się wykonać wierceń nie uwzględniając również robocizny, a w przypadku zmechanizowanego ich wykonywania przynajmniej pracy sprzętu. W tej pozycji policzony jest tylko materiał.

1.4. W Załączniku nr 10 - do wyjaśnień pozycji kosztorysowej 1 - „Wykonanie wierceń o średnicy 25 cm i głębokości 1 m” jest zawarta kosztowa pozycja, której wartość została wyliczona przez PARK M na kwotę 12.922 zł netto, podczas gdy policzone są w tej cenie jedynie koszty materiału bez robocizny, co jest irracjonalne. Nie da się wykonać wierceń nie uwzględniając również robocizny, a w przypadku zmechanizowanego ich wykonywania przynajmniej pracy sprzętu. W tej pozycji policzony jest tylko materiał.

1.5. W załączniku nr 8 - do wyjaśnień pozycji kosztorysowych 2 i 10 - dotyczących dostawy i montażu urządzeń siłowni zewnętrznej nie można odnieść się do poprawności wyjaśnień i załączonych szczegółowych kosztorysów w odniesieniu do dla tych dwóch pozycji, gdyż Park M dołączył ofertę Producenta ukrywając jednocześnie koszt transportu i koszt robocizny, który widnieje w ofercie Producenta. Ponadto w tych dwóch pozycjach skalkulowanych przez Park M brak kosztów transportu i nie sposób ocenić zgodności wysokości kosztów montażu, co jest o tyle ważne, że Producent wskazuje pisemnie, że w przypadku złożenia u niego zamówienia bez opcji montażu producenta uwzględnić należy koszt fundamentu z betonu, którego to kosztu brak jest we wskazanych dwóch pozycjach kosztorysu Park M.

1.6. W Załączniku nr 11 - do wyjaśnień pozycji kosztorysowych 43, 71, 87, 91 - wyjaśnienie PARK M jest następujące: „Pozycja ta została wyceniona łącznie z pozycją 42 . Ich suma to 200,50 zł. Kosztorys szczegółowy z tymi pozycjami zostaje załączony do wyjaśnień (zał. nr 11).** „Poz. 185 - Założono sposób pielęgnacji zgodnie z dokumentacją. Z naszego doświadczenia wynika, że w przypadku tej ilości drzew założony koszt pielęgnacji są odpowiedni. Dodatkowo chcielibyśmy poinformować, że nasza cena jednostkowa w tej pozycji biorąc pod uwagę oferty konkurencyjne jest ceną porównywalną (nie najniższą). ** Poz. 87 - pozycja ta została wyceniona łącznie z pozycją 85 i 86. Ich suma to 203,83 zł. Kosztorys szczegółowy z tymi pozycjami zostaje załączony do wyjaśnień (zał. nr 11). Poz. 91 — pozycja ta została wyceniona łącznie z pozycją 89 i 90. Ich suma 34,41 zł. Kosztorys szczegółowy z tymi pozycjami zostaje załączony do wyjaśnień (zał. nr 11). Dodatkowo chcielibyśmy poinformować, że nasza cena jednostkowa w tej pozycji biorąc pod uwagę oferty konkurencyjne jest ceną porównywalną (nie najniższą). Podobnie, jak już wcześniej wykazano, nie można traktować dwóch pozycji jako całość. Każda pozycja winna stanowić wycenę odrębnego zakresu prac.

1.7. W wyjaśnieniach PARK M odnośnie pozycji kosztorysowych nr 184 i 185 napisano, że „Poz. 184 — Założono sposób pielęgnacji zgodnie z dokumentacją. Z naszego doświadczenia wynika, że w przypadku tej wielkości terenu z tym rodzajem roślinności środki na pielęgnację są odpowiednie. Założono sposób pielęgnacji zgodnie z dokumentacją. ** „Poz. 185 - Założono sposób pielęgnacji zgodnie z dokumentacją. Z naszego doświadczenia wynika, że w przypadku tej ilości drzew założony koszt pielęgnacji są odpowiednie. Dodatkowo chcielibyśmy poinformować, że nasza cena jednostkowa w tej pozycji biorąc pod uwagę oferty konkurencyjne jest ceną porównywalną (nie najniższą). Powyższe nie jest żadnym wyjaśnieniem. Brak jakichkolwiek dowodów odnoszących się do nakładów pracy, kosztów, ilości i rodzaju materiałów, czynności logistyki itp. przy tak ważnym aspekcie jak pielęgnacja nasadzeń w tak długim wymaganym przez Zamawiającego okresie. Nie można opierać się tylko na doświadczeniu w odniesieniu do istotnych cenotwórczo pozycji.

Pozycja 184 obejmuje prace, których wartość netto wynosi 181.021,50 zł, natomiast pozycja 185 obejmuje prace, których wartość netto wynosi 86.411,60 zł. Skoro w formularzu ofertowym PARK M nie wskazał, ani zakresu jaki zamierza powierzyć Podwykonawcom, ani nazw firm Podwykonawców, to przy przyjęciu, że Park M samodzielnie będzie realizować cały zakres prac należy wskazać, że nie zamieścił w wyjaśnieniach szczegółowej kalkulacji cen, czego wymagał i na co zwracał szczególną uwagę Zamawiający wzywając do złożenia „szczegółowego i jednoznacznego wyjaśnienia ceny oferty oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”, PARK M powinien był w zakresie tej pozycji złożyć dowody obejmujące zarówno ceny materiałów, jak i zestawienia robocizny oraz wszelkich kosztów ujmując w wyliczeniach wszystkie czynności wymagane przez Zamawiającego w ramach pielęgnacji nasadzeń. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1107/18 z dnia 19.06.2018 r. „Fakt, iż odwołujący posiada bogate doświadczenie na obszarze, gdzie posiada swoją siedzibę (PARK M jest firmą ze Starego Sącza), nie oznacza jednocześnie, że jest dostatecznie zorientowany w kosztach prowadzenia działalności i wykonywania usług na rynku, na którym zamierza świadczyć przedmiotowe zamówienie (...) Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza jak i Sądy Okręgowe, w swoich orzeczeniach jednomyślnie stwierdzają, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, w tym z powołaniem się na dowody, że cena oferty nie jest rażąco niska, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 131/18 Fakt wystosowania przez zamawiającego wezwania o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny rodzi po stronie wzywanego wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaofiarowania przez niego cena jest skalkulowana na rynkowym poziomie i nie ma cech ceny rażąco niskiej.” Również w wyroku dnia 25.04. 2016 r. KIO 482/16, KIO 484/16 Izba podzieliła to stanowisko,

1.8.W załączonych przez PARK M wyjaśnieniach zawarto spis cen materiałów bez jakichkolwiek dowodów, do złożenia których wzywał Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

Dowód:

Oferta PARKM,

Wyjaśnienia z dnia 19.10.2018 r.

	SPIS MATERIAŁÓW BEZ DOWODÓW	Jm	Łącznie w, pozycjach wskazanych przez Zamawiającego i do wyjaśnienia RNC
1	geowłóknina 4zł/ m2	m2	8 600,64
2	piasek 95zł/m3	m3	24 661,19
3	piasek 60zł/m3	m3	2 652,88
4	tluczeń kamienny niesortowany 70 zł/t	t	78 251,06
5	miał kamienny 80zł/t	t	2 411,55
6	warstwa ścieralna z mieszanki kamienno-żwirowej 22,5zł/m2	m2	52 173,00
7	cement portlandzki 35 zwykły bez dodatków 350zł/t	t	3 951,42
8	mieszanka betonowa 265zł/m3	m3	371,00
9	wykonanie wierceń o średnicy 25cm i głębokości 2m i 3m 1120zł/szt	szt	26 880,00
10	zawory wodne przelotowe proste o śr. nominalnej 50mm - izolator przepływu typ BA 294 DN50 240zł/szt	szt	240,00
11	rura PE RC 67zł/m	m	20 682,90
12	wentylator kanałowy o wydajności 70 m3/h _p fi 100 205,12zł/szt	szt	410,24
13	Latarnia parkowa - zgodna z dokumentacją 5200zł/kpl	Kpl	431 600,00
14	wykonanie wierceń o średnicy 25cm i głębokości 1m 36,4zł/szt	szt	12 922,00
15	Wykonanie posadzek, sufitów i ścian wewnętrznych komory technologicznej - materiał 23,45zł/m2	m2	1 532,46
16	beton C30/37 265zł/m3	m3	1 332,86
17	beton wodoszczelny 265zł/m3	m3	4 853,92

18	warstwa piasku ze żwirem, zagęszczenie ręczne, grubość warstwy po zagęszczeniu 10cm 18,50zł/m ²	m ²	462,50
	Łączna cena powyższych materiałów		673 989,62

1.4. Mimo, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień (...) podkreśla, iż złożone wyjaśnienia mają uwzględniać w szczególności oprócz dowodów na możliwość ich zakupu, dostawy i montażu bądź wykonania za zaoferowane ceny, także opisów materiałów lub urządzeń dla oferowanego zakresu przedmiotowego zamówienia dotyczącego zaoferowanych a opisanych wyżej istotnych części składowych oferty z podaniem w szczególności ich na przykład producentów, typów lub modeli lub symboli katalogowych pozwalających na ich identyfikację i ocenę zgodności w stosunku do wymagań opisanych w SIWZ i jej załącznikach”, PARK M nie wyjaśnił pochodzenia cen materiałów dla wszystkich pozycji, do wyjaśnienia których wezwał go Zamawiający. Wykonawcy zobligowani byli dołączyć do kosztorysów zestawienie materiałów. Zatem złożenie przez wykonawcę kosztorysu szczegółowego nie dowiodło Zamawiającemu realności przyjętych w kosztorysie cen materiałów. Dla materiałów, których łączna wartość wynosi 673.989,62 zł netto we wskazanych przez Zamawiającego pozycjach brak jest dowodów, faktur, ofert itp. wymaganych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwoławczego, złożone przez PARK M wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko nie odpowiadają w pełni zakresowi wezwania skierowanego przez Zamawiającego, są niepełne, ale też niespójne i niepoparte żadnymi dowodami, bądź też opisane selektywnie wraz ze wskazaniem ogólnikowego stwierdzenia, że w pozostałym zakresie cena została wyliczona prawidłowo. Ocena złożonych wyjaśnień nie pozostawia wątpliwości, że są one blankietowe, lakoniczne oraz wewnętrznie sprzeczne, co zostało wskazane powyżej. Ponadto w zakresie, w którym wykonawca podjął próbę wyjaśnienia - wyłącznie potwierdził, że skalkulowana przez niego cena jest rażąco niska. W wyroku KIO z dnia 19.06.2018 r. (KIO 1107/18) Izba wskazała, że: „Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza jak i Sądy Okręgowe, w swoich orzeczeniach jednomyślnie stwierdzają, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, w tym z powołaniem się na dowody, że cena oferty nie jest rażąco niska, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 131/18 (...) Fakt wystosowania przez zamawiającego wezwania o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny rodzi po stronie wzywanego wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaoferowania przez niego cena jest skalkulowana na rynkowym poziomie i nie ma cech ceny rażąco niskiej. Wynika to wprost z art 90 ust. 2 ustawy P.z.p. Ustęp 1 wskazanego artykułu określa, jakież to okoliczności mogą wpłynąć na obniżenie ceny oferty; przy czym wymieniony tam katalog nie ma charakteru zamkniętego. Wykonawca może i powinien powołać się na wszelkie czynniki pozwalające mu zaoferować cenę na niższym poziomie.”, czy też wyrok z 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 115/18 "Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1-2 ustawy Pzp wynika, iż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Ponadto, zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli stwierdzi że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ustawy Pzp mają na celu wykazanie, iż oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert lub szacowanych przez Zamawiającego kosztów, nadal jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem. W związku z tym zdawkowe, ogólne i uniwersalnej natury wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.”.

Jednocześnie w wyroku z dnia 2 lutego 2016 r. (KIO 66/16) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, jakie są wymagania odnośnie sposobu i treści składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz skutki uchybienia przez wezwanego wykonawcę temu obowiązkowi: „Ciężar wykazania zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wykazać, jakie

obiektywne czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Tym samym złożenie przez wykonawcę wyjaśnień ogólnikowych, niewiarygodnych, nierozpraszających wątpliwości zamawiającego jest równoznaczne w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. Nie chodzi, bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny.". Uzasadnienie niniejszego odwołania, wraz ze wskazaniem okoliczności relewantnych z punktu widzenia zastosowania przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, potwierdza, że wykonawca PARK M nie sprostął obowiązkowi udowodnienia, że jego cena nie jest ceną rażąco niską - tak poprzez brak wyjaśnień części pozycji kosztorysowych, do wyjaśnienia których wezwał Zamawiający, jak również poprzez lakoniczne, ogólnikowe i przede wszystkim nieoparte dowodami udzielenie wyjaśnień w wybranym przez PARK M zakresie. Złożone wyjaśnienia, o ile w ogóle można przypisać im taki walor, w zaprezentowanej części potwierdzają wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowania przez PARK M ceny rażąco niskiej.

1.11. Tym samym PARK M nie udowodnił, że nie zaoferował w ofercie cen rażąco niskich, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Dowód:

-Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 11.10.2018 r.

-Wyjaśnienia PARK M z 19.10.2018 r.

Odwolujący kwestionuje poprawność dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej również z uwagi na fakt, że PARK M nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do kandydata proponowanego na stanowisko kierownika budowy w branży konstrukcyjno- budowlanej i kierownika robót drogowych

2.1. Zamawiający w pkt 5 SIWZ ppkt 1.3 wymagał wskazania kandydatów na opisane przez

siebie stanowiska m. in. kierownika budowy i kierownika robót drogowych. W SIWZ Zamawiający posługuje się liczbą mnogą wymagając przedstawienia na opisane przez siebie stanowiska: "osób"

2.2. Żadne z postanowień SIWZ nie uprawniało wykonawców do wskazania tej samej osoby na różne stanowiska. Zatem Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie dopuścił w SIWZ łączenia stanowisk przez tą samą osobę. Gdyby dopuścić do rozumienia w ten sposób wymagania SIWZ, to jedna osoba mająca wszystkie wymagane SIWZ uprawnienia mogłaby spełnić warunek dotyczący całego potencjału kadrowego.

2.3. PARK M wskazał do pełnienia obu wskazanych wyżej stanowisk tego samego kandydata - pana S. .

2.4. Odwołujący wskazuje, że w pkt 1.3 SIWZ Zamawiający podkreślił, że: „Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną lub zawodową pozwalającą na realizację zamówienia” Należy zwrócić uwagę, że zamówienie objęte postępowaniem dotyczy wykonania przedmiotu zamówienia z prawem opcji. W pierwszej kolejności przedmiotem realizacji są roboty drogowe, zatem jest to branża wiodąca obejmująca połowę zakresu robót objętego przetargiem W branży drogowej zawarty jest szeroki zakres prac dotyczący remontu schodów kamiennych oraz z nawierzchnią mineralną, wykonania nawierzchni z betonu asfaltowego w ilości 2.240 m2, nawierzchni mineralnych w ilości 1.431 m2, nawierzchni kamienno-żwirowych w ilości 2.108 m2, które stanowią bardzo specjalistyczne nawierzchnie wymagające stricte wiedzy z branży drogowej. Z tego powodu wymóg Zamawiającego dotyczący odrębnej osoby przeznaczonej na stanowisko kierownika w specjalności drogowej.

2.5. Treść SIWZ nie wskazuje, aby Zamawiający dopuszczał do łączenia stanowisk przez jedną osobę, wobec czego nie można takiej możliwości domniemywać. Treść warunku wprost wskazuje, że Zamawiający oczekiwał wykazania dysponowaniem odrębnymi osobami do pełnienia funkcji kierownika w każdej ze wskazanych specjalności.

W odniesieniu do powyższego, w ocenie Odwołującego, zasadnym jest zacytowanie wyroku KIO z dnia 10.08.2017 r. (KI01595/17), w którym Izba wypowiedziała się w zakresie domniemywania możliwości łączenia funkcji poszczególnych wymaganych przez

Zamawiającego osób, w sytuacji, gdy treść SIWZ nie zawiera w tym zakresie wprost wyartykułowanego zakazu: „Przechodząc do analizy treści postanowień SIWZ w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu podkreślić należy, iż Zamawiający w zakresie potrzeby wykazania dysponowania określonymi osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe postawił w rozdziale 10 ust. 1 pkt 3b wymóg, aby wykonawca wykazał między innymi osoby na funkcję Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych oraz osobę na stanowisko Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. Dla obu z tych funkcji postawił osobne wymagania, które już w

oparciu o postawione wymagania wskazywały na to, że winny to być dwie różne osoby. Dodać należy także, iż Zamawiający opisując wymagania wobec osób dopuścił tylko łączenie funkcji Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych. Wobec powyższego, w dniu 19.07.2017 r. Odwołujący został wezwany zgodnie z art. 26 ust 3 do przedstawienia nowego wykazu osób potwierdzającego dysponowanie jedną osobą w funkcji Inspektora nadzoru robót drogowych oraz drugą osobą w funkcji Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. W dniu 20.07.2017 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo, w którym Odwołujący podał, że w SIWZ nie ma zapisu, który nie dopuszczał by łączenia ww. funkcji oraz nie ma zapisu, który dopuszczał tylko łączenie Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i Inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych. W zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania ww. osobami, Izba uznaje opisany przez Zamawiającego wymóg za tyle w jednoznaczny, iż nie powinien budzić wątpliwości profesjonalnego wykonawcy. Niewątpliwym jest, że brak jest w SIWZ wyraźnego zakazu łączenia, aby jedna i ta sama osoba pełniła funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych z funkcją Inspektora nadzoru na drogowych obiektach inżynierskich. Jednakże podkreślić należy, że SIWZ nie jest dokumentem mającym zawierającym nakazy czy zakazy Zamawiającego, ale jest dokumentem wskazującym oczekiwania zamawiającego w zakresie spełniania warunków podmiotowych i przedmiotowych przez wykonawców. Treść postanowień SIWZ podlega wykładni językowej, a ta jednoznacznie, zdaniem Izby wskazuje, iż ww. funkcje inspektorów winny pełnić dwie osoby posiadające wymagane kwalifikacje. Wśród wykonawców niezasadnie utrzymywany jest pogląd, iż "wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymagania SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu i winny być interpretowane na korzyść wykonawców." Postępowanie o udzielenie zamówienia to postępowanie, w którym biorą udział profesjonalści, do których obowiązuje tzw. podwyższona staranność. Na tą kwestię zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/2013, uznał, że tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ powinna bowiem ponieść strona, która ten SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w związku z tym w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań zwykło się uważać jedynie za uprawnienie wykonawcy Z literalnego brzmienia przepisu art. 38 Pzp wynika bowiem, że wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, lecz wcale nie musi tego robić. SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z ww. wyrokiem SN art. 38 Pzp w związku z art. 354§ 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 kc., Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania poprawnej oferty

2.6. Biorąc pod uwagę powyższe. PARK M nie miał uprawnień do wskazania jednej osoby na oba stanowiska i w konsekwencji nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania powołanej w odwołaniu oraz o uwzględnienie odwołania, zgodnie z zarzutami i argumentacją podniesioną w odwołaniu.

Odpowiedź na odwołanie z dnia 30 stycznia 2019r.

Działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2018r., poz. 1986 z późn. zm.), dalej w skrócie ustawa Pzp, w imieniu Zamawiającego wnoszę o:

1. oddalenie w całości odwołania wniesionego przez Garden Designers D. i Wspólnicy s.j., ul. Grenadierów 13/1; 20-331 Lublin,

2. zasądzenie kosztów postępowania według norm przypisanych.

Zamawiający informuje ponadto, iż mimo stosownego zawiadomienia, po Stronie Odwołującego, nikt nie przyłączył się do postępowania odwoławczego.

Natomiast po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. Park M Poland Sp. z o.o. ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz oraz Firma FLORA Sp. z o.o. sp. k, ul. Siwka 40, 31-588 Kraków.

Uzasadnienie

Odwołujący wnosząc odwołanie dnia 30 stycznia 2019r. wskazuje, iż niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegają na:

- 1)nieuprawnionym wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez PARK M Poland Sp. z o.o. (PARK M), która winna być odrzucona ze względu na niespełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2)zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PARK M mimo, że nie wykazał on że cena jej oferty nie jest rażąco niska,
- 3)zaniechaniu wykluczenia firmy PARK M z postępowania, mimo że wykonawca ten nie spełnił warunków określonych w SIWZ,
- 4)zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego mimo, że oferta ta jako jedyna spełnia wszystkie wymagania SIWZ i wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia wszystkie warunki określone w SIWZ.

Wykonawca zarzuca Zamawiającemu, iż dokonując czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył w sposób rażący przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

- 1)art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości,
- 2)art. 7 ust. 3 ustawy PZP poprzez, niedokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy,
- 3)art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP poprzez wybór oferty rzekomo najkorzystniejszej, mimo że treść oferty złożonej przez PARK M nie odpowiada treści SIWZ,
- 4)art. 89 ust 1 pkt 4 oraz art. 90 ust 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PARK M, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt oraz poprzez przyjęcie odpowiedzi PARK M za wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, mimo że włożonych przez PARK M dokumentów w istocie nie można uznać za wyjaśnienia z dołączonymi dowodami,
- 5)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez przyjęcie, że dokumenty załączone przez firmę FLORA wykazują spełnienie warunku dotyczącego potencjału kadrowego, mimo że w istocie dokumenty te nie potwierdzają spełnienia tego warunku.
- 6)Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która winna być uznana za najkorzystniejszą.

Zdaniem Zamawiającego przedstawione w odwołaniu zarzuty są chybione, a ich uzasadnienie nie znajduje oparcia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, dlatego też odwołanie winno zostać w całości oddalone. Poniżej Zamawiający przedstawia odniesienie do poszczególnych zarzutów Odwołującego, które w całości uznaje za niezasadne.

Odnosząc się do wyżej wyszczególnionych zarzutów, Zamawiający wskazuje odpowiednio poniżej, iż:

1. Kwestia rażąco niskiej ceny w ofercie firmy PARK M Poland Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz

W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę PARK M Poland Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz (dalej w skrócie PARK M), wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami, wskazują jednoznacznie i dokumentują niezbicie, że określone pozycje kosztorysu, o które zostało skierowane wezwanie, nie są rażąco niskie. Jednocześnie należy podnieść, że wartość oferty nie przekracza różnicy 30% w stosunku do kosztorysu inwestorskiego, ani w stosunku do średniej wartości ofert, a tym samym nie było obowiązku badania aspektu rażąco niskiej ceny.

Niemniej jednak Zamawiający, działając z należytą starannością, podjął decyzję o wezwaniu do wyjaśnienia niektórych elementów składowych ceny oferty, aby upewnić się, iż wartości tych pozycji są realne i prawidłowo skalkulowane, gdyż szacunek dokonany w kosztorysie inwestorskim dla tych składowych wartości był wyższy o ponad 30%.

Skierowanie wezwania miało na celu jedynie potwierdzenie, że pozycje te zostały skalkulowane prawidłowo i stanowią one realne wartości rynkowe, a w konsekwencji ryczałtowa cena oferty jest realną ceną rynkową.

Prawidłowość działania Zamawiającego znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1391/17 z dnia 10 sierpnia 2017r., w którym orzekła, że: „Warunkiem wystosowania wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. jest to, czy Zamawiający w toku badania i oceny oferty wykonawcy powziął wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, kosztu lub istotnej części składowej. Odmienne sytuacja przedstawia się na gruncie art. 90 ust. 1a p.z.p., którego zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego, w przypadku wystąpienia określonych w nim przesłanek, może stanowić podstawę do formułowania zarzutu. Wystosowanie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. stanowi jednak uprawnienie Zamawiającego polegające na tym, że dopiero w przypadku powzięcia przez niego

wątpliwości co do zaoferowanej ceny, zwraca się do wykonawcy do przedłożenie stosownych wyjaśnień". Ponadto należy nadmienić, iż: „Przesłanki określone w art. 90 ust. 1a p.z.p. dotyczą całkowitej ceny oferty, a nie ceny jej części składowych" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1944/18 z dnia 19 października 2018r.).

Zamawiający podkreśla, iż treść odpowiedzi Wykonawcy na skierowane wezwanie jest precyzyjna i kompletna. Odnosi się ona do wyjaśnienia wszystkich pozycji, które zostały wyszczególnione w wezwaniu, a Wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienie wyszczególnionych elementów składowych ceny oferty wraz ze stosownymi dowodami. Ponadto przedłożył między innymi oferty dostawców materiałów i podstawy kalkulacji kosztów. Wyjaśnienia są szczegółowe, jednoznaczne i należyte udokumentowane, co przy uwzględnieniu dodatkowo faktu, iż wartość sumaryczna oferty odpowiada wartości szacowanej przez Zamawiającego, nie daje żadnych podstaw do podważenia ich wiarygodności i realności wartości cen poszczególnych pozycji. Tym bardziej na prawidłową ocenę powyższego zasługuje fakt, iż ceny jednostkowe w ofercie nie przesądzają o istnieniu rażąco niskiej ceny, lecz decyduje o tym dopiero wartość całkowita przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie tego warto przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu o sygn. akt X Ga 127/08 z dnia 4 czerwca 2008r., stwierdzającego, iż „ani przepisy p.z.p., ani przepisy unijne, czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia "rażąco niska cena". Niemniej jednak kwestia rażąco niskiej ceny podlegająca rozstrzygnięciu w oparciu o kryteria wskazane w art. 90 ust. 1 p.z.p. znalazła uregulowanie ustawowe w powołanym przepisie. Właściwie to zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie nosi takiego charakteru. W czasie tego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać co do zasady całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny".

Zasadnym jest przytoczenie również wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2361/17 z dnia 24 listopada 2017r. wskazującego, iż „W przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia." Należy wskazać także, iż Wykonawcy w przypadku poszczególnych składników oferty mogą bazować na rabatach, upustach od dostawców, bądź samodzielnie dysponować częścią z posiadanych materiałów, co może wpływać na obniżenie cen poszczególnych pozycji.

Zaznaczyć przy tym trzeba, iż przywoływane przez Odwołującego pozycje kosztorysowe nr 25, 26 i 27 zostały skalkulowane indywidualnie, a nie według KNR, co dopuszcza Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Przy ustalaniu jednostkowych nakładów rzeczowych należy stosować w kolejności: 1) analizę indywidualną; 2) kosztorysowe normy nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach oraz metodę interpolacji i ekstrapolacji, przy wykorzystaniu wielkości określonych w katalogach. Przywołane rozporządzenie nie określa, że w przypadku analizy indywidualnej, obligatoryjnie należy stosować rozbicie na poszczególne składniki- robociznę, materiały, prace sprzętu.

Wykonawca bazując na wiedzy i doświadczeniu zawodowym, jak także długoletniej praktyce budowlanej, wycenia pozycję indywidualnie w całości. Nie ma zatem kluczowego znaczenia dla wartości określonej pozycji, czy wykonawca podał koszty robocizny, czy koszty sprzętu, czy koszty materiałów, gdyż kosztorysowa cena wskazanych pozycji nie została uznana przez Zamawiającego jako rażąco niską, zaś ewentualne pomylenie wpisania wartości w pozycji R/M/S nie ma żadnego istotnego znaczenia dla wyliczenia wartości danej pozycji (sporządzając kosztorys ofertowy Wykonawca ręcznie wpisuje pozycje w komórkach R/M/S, poszczególne składniki nie są wczytywane automatycznie z Katalogu Nakładów Rzeczowych). Należy wskazać, że przedłożone wyjaśnienia Wykonawcy są dla Zamawiającego wystarczające, aby na podstawie wiedzy i doświadczenia uznać, że są racjonalne i poprawne. Co więcej, pozycje te dotyczą rozbioru elementów małej architektury do ponownego montażu z wywozem, więc trudno mówić w takim wypadku o robotach zamiennych - z prac tych Zamawiający nie może zrezygnować z uwagi na zakres prac projektowych, technologiczną kolejność wykonywania prac oraz zasady sztuki budowlanej (część elementów małej architektury należy zdemontować na czas realizacji robót budowlanych z uwagi na konieczność wykonania nawierzchni

wraz z podbudowami, część elementów małej architektury zmienia lokalizację, zgodnie z projektem). W przypadku rozliczania robót zaniechanych podstawą jest kosztorys ofertowy, w którym poszczególne pozycje są określone i przyjęte przez Zamawiającego w całości (bez rozbicia na koszty R/M/S). Podobna sytuacja ma miejsce w poz. 58, jak także w poz. 160 kosztorysu, gdzie Wykonawca Park M również skalkulował indywidualnie wartość. Reasumując, ewentualne nieścisłości Wykonawcy przy właściwym wypełnieniu pozycji wyceny indywidualnej (R/M/S) nie mają wpływu na jej końcową wartość, gdyż tak jak wskazano powyżej, wycena ma charakter analizy własnej.

W załączniku nr 8 do wyjaśnień koszt montażu oraz dostawy urządzeń siłowni został zawarty w cenie oferty dostawcy urządzeń, poza tym czynnik M (materiały), w pozycjach nr 2 i 10 kosztorysu jest wyższy niż przedstawiona oferta dostawcy, a więc zawiera koszt pośrednie, do których zaliczyć można wykonanie fundamentów. Tym bardziej, że pozycje te zostały skalkulowane indywidualnie. Nieprawidłowości wymieniane przez Odwołującego w załączniku nr 11 w szczególności kwestia pielęgnacji zieleni są błędnie sformułowane, z uwagi na fakt iż wskazany załącznik nr 11 dotyczy fontanny, a nie zieleni.

Odnosząc się zaś do zarzutu w zakresie pozycji nr 184 i 185 kosztorysu zieleni, uznać należy - uwzględniając znajomość rynku przez Zamawiającego i biorąc pod uwagę faktyczne doświadczenie Park M w pracach ogrodniczych - za wartości realne, tym bardziej iż w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie posiada doświadczenia w pracach pielęgnacyjnych zieleni.

Zamawiający zauważa, iż w wielu organizowanych postępowaniach przetargowych, których zakres obejmuje wyłącznie nasadzenia zieleni wraz z ich pielęgnacją stosuje zapis „Wartość pielęgnacji nie może być mniejsza niż 10% lub 15% sumarycznej wartości oferowanej ceny”. Park M zastosował w swoich wyliczeniach powyższe zalecenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę jego doświadczenie, wieloletnią współpracę i czynny udział w postępowaniach przetargowych z zakresu nasadzeń i pielęgnacji zieleni. Dlatego też należy zauważyć, że PARK M przyjął uśrednioną wartość pielęgnacji na poziomie 15% ceny oferowanego materiału nasadzeniowego (na drzewa 23% a zieleń niska 12%).

W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia wraz z dowodami jednoznacznie wskazują, iż wyłoniony w postępowaniu Wykonawca - PARK M jest w stanie zrealizować zamówienie z należytą starannością i zgodnie z wymaganiami wynikającymi z treści SIWZ za zaoferowaną cenę. Potwierdzają one, że zaoferowana cena, jak i jej poszczególne elementy składowe, są realne i stanowią aktualne odniesienie do cen rynkowych, a Wykonawca udowodnił, iż cena jego oferty i jej składowe nie może zostać uznana za rażąco niską.

Ponadto Zamawiający pragnie zauważyć, iż wnioski o wyjaśnienie elementów ceny oferty kierowane były do wszystkich Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w tym także do Odwołującego. Dokonane ich oceny i analizy prowadzą do wniosku, iż niektóre z pozycji były wyceniane w oparciu o własne kalkulacje oraz doświadczenia, a wyjaśnienia w tym zakresie były uwzględniane w przypadku każdego z Wykonawców analogicznie, czym zachowano w przypadku tej oceny równe traktowanie Wykonawców. Na marginesie należy zauważyć, iż również w wyjaśnieniach Odwołującego nie wszystkie pozycje kosztorysowe wymieniane w wezwaniu o wyjaśnienie poszczególnych składników cenotwórczych zostały szczegółowo określone. Przykładowo połączono pozycje w ramach danego działu, np. w poz. 184 i 185 w branży zieleni, a przez to nie zostało wprost wykazane, co zostało ujęte w ofercie w tych pozycjach. Wyjaśnienia zostały przyjęte przez Zamawiającego na podstawie deklarowanego doświadczenia firmy Garden Designers oraz wiedzy własnej Zamawiającego, jak i wzajemnego porównania ofert i wyjaśnień złożonych w niniejszym postępowaniu przez Wykonawców.

Opierając się na analogicznych założeniach i wiedzy przyjęto, a w konsekwencji uznano za prawidłowe wyjaśnienia wszystkich wzywanych Wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zauważa, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, na poparcie swoich twierdzeń, jedynie przypuszczenia. W uzasadnieniu odwołania posługuje się ogólnikami nie wykazując rzeczowej argumentacji. Dlatego też, zważywszy na materiał zgromadzony w dokumentacji postępowania, jak i powyższe jego uzasadnienie, ten zarzut należy oddalić.

2. Kwestia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego w odniesieniu do jednej osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w branży konstrukcyjno- budowlanej i branży drogowej.

W ocenie Zamawiającego przedstawienie jednej osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej i branży drogowej jest dopuszczalne, a w efekcie skutkuje spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w wymaganym zakresie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż treść SIWZ była jednoznaczna i nie zawierała nakazu wykazania się

dysponowaniem konkretną liczbą osób, a wskazywała jedynie na konieczność posiadania zdolności technicznej lub zawodowej pozwalającej na realizację zamówienia poprzez wykazanie się dysponowaniem osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w zakresie pięciu funkcji. Zamawiający nie przewidział zakazu łączenia tych funkcji. Z żadnego również przepisu powszechnie obowiązującego prawa nie wynika ten zakaz. W związku z tym, dokonana przez Odwołującego przeciwna interpretacja jest bezpodstawną i nie zasługuje na uwzględnienie. Znikąd nie wynika to, iż Zamawiający oczekiwał wykazania dysponowania odrębnymi osobami do pełnienia funkcji kierownika w każdej ze wskazanych specjalności. Wywodzenie takich domniemań jest całkowicie bezpodstawne.

W tym miejscu przytoczyć należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1396/14 z dnia 18 lipca 2014r.: „w odniesieniu zaś do Zespołu Zmiennego Inżyniera, brak było zakazu łączenia funkcji np. inspektora nadzoru różnych branż przez jedną osobą posiadającą odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje. Funkcję inspektora nadzoru specjalności drogowej przystępujący połączył z funkcją inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej. Izba uwzględniła stanowisko przystępującego, że tę pozycję wycenił on łącznie z funkcją inspektora specjalność konstrukcyjno-budowlanej, gdyż wymienione nadzory zamierza powierzyć jednej i tej samej osobie dysponującej stosownymi uprawnieniami, czego SIWZ nie wyłączało”.

Potwierdzeniem prawidłowości twierdzeń i stanowiska Zamawiającego jest również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1011/16 z dnia 29 czerwca 2016r.: „Zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie użył słowa „łącznie”, ani nie przewidział zakazu łączenia funkcji operatora urządzenia do aplikacji i osoby uprawnionej do kierowania ruchem drogowym. Z żadnego przepisu obowiązującego prawa również nie wynika zakaz łączenia tych funkcji. W świetle powyższego w ocenie Izby treść SIWZ była jednoznaczna i nie zawierała nakazu wykazania się dysponowaniem minimum 4 osobami po dwie na każdą z przewidzianych przez zamawiającego funkcji. Przeciwna interpretacja nie wynika wprost z treści SIWZ. W tej sytuacji brak było podstaw do uznania, że przystępujący, który wykazał trzy osoby, w tym jedną zarówno jako osobę do kierowania ruchem jak i operatora malowarki nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, iż przytoczony przez Odwołującego się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2017r. sygn. akt: KIO 1595/17 odnosi się do zupełnie odmiennego stanu faktycznego, a w związku z tym nie może znaleźć odzwierciedlenia w przedmiotowym stanie faktycznym.

W dalszej kolejności wskazać należy, iż użyte przez Zamawiającego w SIWZ sformułowanie „osób” miało i ma na celu, zgodnie z zasadą wykładni mieszanej przepisów prawa, tj. literalnej, funkcjonalnej i celowościowej, jedynie wskazanie liczby mnogiej odnoszącej się do funkcji jakie miały być pełnione w ramach zamówienia. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 września 2016r. sygn. akt: KIO 1642/16 „Dokonując wykładni, będących istotą sporu postanowień SIWZ, nie można tylko i jedynie ograniczać się do ich literalnej ich wykładni. Powyższe wynika nie tylko z treści art. 65 § 1 ustawy z 1964 r. Kodeks cywilny ale również z ogólnych reguł wykładni, czy to przepisów prawa, czy też oświadczeń woli. Obecnie panująca tendencja w ramach wykładni przepisów prawa skłania bowiem do stosowania metody mieszanej, w tym ze szczególnym uwzględnieniem metod wykładni celowościowej i funkcjonalnej.”

Należy również zaznaczyć, iż Zamawiający jednoznacznie w swoich postępowaniach określa brak możliwości łączenia stanowisk przez tą samą osobę poprzez zawarcie zapisu: „Zamawiający informuje, iż nie dopuszcza możliwości łączenia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w powyższych branżach, pomimo posiadania przez jedną osobę stosownych uprawnień w tym zakresie (nie dopuszcza możliwości łączenia stanowisk przez tą samą osobę).” Taka jest dotychczasowa praktyka i zwyczaj Zamawiającego co ma istotne znaczenie przy dokonywaniu ewentualnej interpretacji zapisów SIWZ.

Potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 maja 2017r, sygn. akt: I ACa 92/16 stanowiący, iż „Zgodnie z art. 65 § 1 k.c., oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli powinno się brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron, ich status, przebieg negocjacji. Zatem istotnym argumentem dla wykładni postanowień umowy jest też praktyka między stronami”, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 25 września 2018r. sygn. akt: I ACa 214/18 zgodnie z którym „Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji dotychczasowe doświadczenie stron i ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 k.c. - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej.”, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 25 stycznia 2018r. sygn. akt: I ACa 745/17 wedle którego „Zarówno zasady

współzycia społecznego, jak też ustalone zwyczaje (stanowiące zewnętrzne, zobiektywizowane kryteria) - pełniąc rolę interpretacyjną - pozwalają na usunięcie ewentualnych wątpliwości i niejasności, jakie mogą powstać w odniesieniu do treści oświadczenia woli. Ustalone zwyczaje odnoszą się do typowych zachowań osób dokonujących czynności prawnych, związanych również ze sposobem zawarcia umowy czy wykonania jej postanowień. Ze swej istoty funkcjonują one na pewnym obszarze lub w grupie społecznej w czasie dokonywania czynności", oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2017r. sygn. akt V CSK 131/17 stanowiący, iż „Oświadczenie woli podlega ocenie z zastosowaniem reguł z art. 65 § 1 k.c., to znaczy należy je tłumaczyć tak, jak tego wymagają zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone.”

W konsekwencji Zamawiający uznaje, iż brak jednoznacznego zakazu w tej kwestii daje Wykonawcy również możliwość skorzystania z jednej osoby do dwóch stanowisk, bądź innej konfiguracji liczby osób przewidzianych do realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu faktu, iż zostanie wykazane łączne spełnienie wymagań opisanych w warunkach.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż zgodnie z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą, wszelkie wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść Wykonawcy. Na potwierdzenie tego przywołać należy Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2012r. sygn.. akt: KIO 2332/12 stanowiący, iż „sprzeczności w postanowieniach SIWZ i w ich wyniku powstające wątpliwości winny być interpretowane na korzyść wykonawcy”.

Dlatego też, w ocenie Zamawiającego Park M mógł przewidzieć jedną osobę na oba stanowiska, a w konsekwencji wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym takie wykazanie spełnienia warunku udziału nie może skutkować wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

W przypadku tego zarzutu Odwołujący nie przywołuje żadnych dowodów na jego poparcie, co czyni go zupełnie bezpodstawnym i w żadnej mierze nie pozwala uznać za zasadny. Dlatego też, także i ten zarzut nie może być uwzględniony, a tym samym należy go oddalić.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, bezwzględnie zachodzą przesłanki dla oddalenia w całości odwołania Wykonawcy Garden Designers D. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Lublinie.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację oraz stan faktyczny wynikający z dokumentacji niniejszej sprawy, jak również obowiązujące przepisy, Zamawiający wnosi jak w petitum niniejszej odpowiedzi o oddaleniu odwołania w całości.

Przystępujący po stronie zamawiającego pismem z dnia 12 lutego 2019 roku przedstawił stanowisko w sprawie, popierając zamawiającego jak poniżej.

W ocenie Przystępującego zarzut rażąco niskich cen jednostkowych nie zasługuje na uwzględnienie i jest całkowicie chybiony zarówno co do zasady (odnośnie czego Przystępujący rozwinie swoje stanowisko ustnie podczas rozprawy) jak i co do wysokości.

Przede wszystkim Przystępujący pragnie podkreślić, że w przypadku ceny ryczałtowej za cały przedmiot zamówienia lub jego wyszczególnione części zarzut rażąco niskich cen jednostkowych może zostać uznany za zasadny tylko wtedy, gdy poszczególne, znacząco niższe ceny jednostkowe pojedynczych towarów lub usług powodują, że cena za cały przedmiot umowy (albo jego część) jest ceną rażąco niską — co w niniejszej sprawie nie ma miejsca. Ponadto Przystępujący w sposób szczegółowy i wyczerpujący ustosunkował się do wezwania Zamawiającego w przedmiocie badania niskich cen pojedynczych pozycji kosztorysowych i wykazał, że nie są one rażąco zaniżone w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych.

Wobec treści odwołania Przystępujący ustosunkowuje się szczegółowo do zarzutów dla braku wyjaśnień poszczególnych pozycji kosztorysowych:

Odwołanie punkt nr 1.3.1 do 1.3.4 - poz 25, 26, 27 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 18 (numeracja stron wg. numeracji w ofercie) oraz w wyjaśnieniach na str. 1 i str 9 (numeracja stron wg. numeracji pdf). - wartość tych 3 pozycji w ofercie Przystępującego to 21517,65 zł a w ofercie Odwołującego 14175 zł (oferta Przystępującego jest wyższa, tylko w cenie za pozycję 27) - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości całej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 5 760 000 zł).

Odwołanie punkt nr 1.3.5 - poz 58 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 19 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 11-13 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 106 172,06 zł a w ofercie Odwołującego 100 130,00 zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości całej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 5 760 000 zł)

Odwołanie punkt nr 1.3.6- poz 160 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 19 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 20

- wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 26 880,00 zł a w ofercie Odwołującego 15 000 zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości całej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 5 760 000 zł)

Odwołanie punkt nr 1.4 - zał nr 10, poz 1 (wykonanie wierceń o średnicy 25 cm i głębokości 1m - kosztorys ogrodzenia) - informacje na ten temat są w ofercie na str. 48 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 51 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 12 922 zł a w ofercie Odwołującego 19 968,55zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości całej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 580 000 zł)

Odwołanie punkt nr 1.5 - załącznik nr 8 - poz. 2 i 10 (dot. dostawy i montażu urządzeń siłowni) - informacje na ten temat są w ofercie na str. 44 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 47-49.

Odwołanie punkt nr 1.6 - załącznik nr 11 (kosztorys - fontanna) - poz. 43 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 52 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 56.

Odwołanie punkt nr 1.6 - załącznik nr 1 1 (kosztorys - fontanna) - poz. 71 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 54 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str. 57. - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 140,94 zł a w ofercie Odwołującego 814,50 zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości całej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 560 000 zł)

Odwołanie punkt nr 1.6 - załącznik nr 1 1 (kosztorys - fontanna) - poz. 87 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 54 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 59 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 61 , 12 zł a w ofercie Odwołującego 353,13 zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości naszej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 560 000 zł)

Odwołanie punkt nr 1.6 - załącznik nr 11 (kosztorys - fontanna) - poz. 91 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 54 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 60.

Odwołanie punkt nr 1.7 - poz 184 i 185 (kosztorys - zieleń) - informacje na ten temat są w ofercie na str. 69 oraz w wyjaśnieniach na str. 5

Jeżeli chodzi o materiały to:

-geowłóknina - kosztorys cz. podstawowa poz 52. - informacje na ten temat są w ofercie na str. 19 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 1 1 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 30 731 ,63 zł a w ofercie Odwołującego 18 445 zł.

-piasek 95 zł/m3 - kosztorys cz. podstawowa poz 53 i 54 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 19 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 1 1 -12 - wartość pozycji 53 i 54 w naszej ofercie to odpowiednio 18 314,58 zł i 12 001 zł a w ofercie Odwołującego 26 350 zł i 21 080 zł.

-piasek 60 zł/m3 - kosztorys cz. podstawowa poz 70 i 77 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 20 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 13-14 - jest to tylko materiał pomocniczy dla tych pozycji (materiałem podstawowym jest granit).

-tłuczeń kamień sortowany - kosztorys cz. podstawowa poz 55,56 i 57 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 20 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 12-13 - wartość pozycji

55, 56 i 57 w ofercie Przystępującego to odpowiednio 78 999,64 zł, 49 454,75 zł i 85 44,07 zł (łącznie:136 998,46) a w ofercie Odwołującego 65 875,00 zł, 39 525,00 zł i 21 080100 zł (łącznie 126 480 zł).

-miał kamienny - kosztorys cz. podstawowa poz 56 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 20 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 12 - wartość pozycji w ofercie Przystępującego to 49 454,75 zł a w ofercie Odwołującego 39 525,00 zł

-warstwa ścieralna z mieszanki kamienno-żwirowej - kosztorys cz. podstawowa poz 58 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 19 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 1 1-13 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 106 172,06 zł a w ofercie Odwołującego 100 130,00 zł

-cement portlandzki - kosztorys cz. podstawowa poz 70 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 20 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 13-14 - jest to tylko materiał pomocniczy dla tych pozycji (materiałem podstawowym jest granit)

-mieszanka betonowa 265 zł/m3 - kosztorys cz. podstawowa poz 99, 100, 116, 118 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 21-22 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 16-17 - jest to tylko materiał pomocniczy dla tych pozycji

(materiałem podstawowym jest granit)

-Wykonanie wierceń o średnicy 25cm i głębokości 2m i 3m - kosztorys cz. podstawowa poz 160 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 23 oraz w wyjaśnieniach na str. 2 i str 20 wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 26 880,00 zł a w ofercie Odwołującego 015 000 zł

-zawory wodne przelotowe proste o śr. nominalnej 50 mm - Izolator przepływu typ BA 294 DN50 - kosztorys cz. instalacje sanitarne poz 7 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 29 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 32 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 258,50 zł a w ofercie Odwołującego 1 517,58 zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości całej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 395 000 zł)

-rura PE RC - kosztorys cz. instalacje sanitarne poz 14 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 29 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 32 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 52 313,85 zł a w ofercie Odwołującego 28 990,52 zł

-wentylator kanałowy o wydajności 70 m3/h, fi 100 - kosztorys cz. instalacje sanitarne poz 63 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 31 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 34 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 609,10 zł a w ofercie Odwołującego 1023,12 zł jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości naszej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 395 000 zł)

-latarnie parkowe - kosztorys cz. instalacje elektryczne poz 20 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 35 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 39 - wartość latarni w ofercie Przystępującego 5 200 zł (tylko materiał), a w ofercie Odwołującego 4 095 zł (również tylko materiał)

-wykonanie wierceń o średnicy 25 cm i głębokości 1m - kosztorys ogrodzenia poz nr 1 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 48 oraz w wyjaśnieniach na str. 3 i str 51 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 12 922 zł a w ofercie Odwołującego 19 968,55zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości naszej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 580 000 zł)

-Wykończenie posadzek, sufitów i ścian wewnętrznych komory technologicznej - kosztorys fontanna poz 31 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 52 oraz w wyjaśnieniach na str. 4 i str 55 - wartość tej pozycji w ofercie Przystępującego to 19 78,87 zł a w ofercie Odwołującego 2 042, 19 - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości naszej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 560 000 zł)

-beton C30/37 - kosztorys fontanna poz 42 i 43 - informacje na ten temat są w ofercie na str 52 oraz w wyjaśnieniach na str. 4 i str 56.

-beton wodoszczelny - kosztorys fontanna poz 82 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 54 oraz w wyjaśnieniach na str. 4 i str 57.

-Warstwa piasku ze żwirem, zagęszczenie ręczne, grubość warstwy po zagęszczeniu kosztorys fontanna poz 90 - informacje na ten temat są w ofercie na str. 54 oraz w wyjaśnieniach na str. 4 i str 59 - wartość tej pozycji ofercie Przystępującego to 633,28 zł a w ofercie Odwołującego 312,50 zł - jedna i druga kwota jest niewielką wartością w porównaniu do wartości naszej oferty (ok 1 1 670 000 zł) lub wartości tego kosztorysu (ok 560 000 zł).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty odwołania potwierdziły się.

Znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania ma okoliczność, że postępowanie ma charakter postępowania poniżej progów unijnych w myśl art.11ust.8 Pzp, co jest obiektywnie jednoznaczne jak i pomiędzy stronami bezsporne, a to ze względu na argumentacje podnoszone zarówno przez zamawiającego jak i przystępującego co do podstaw odrzucenia odwołania w zakresie co najmniej rażąco niskiej ceny.

Zamawiający powołując się na poprzedzające niniejsze postępowanie odwołanie a odnoszące się do niniejszego postępowania prowadzonego przez zamawiającego, w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2345/18 twierdzi, że już wówczas udzielone i znane były wyjaśnienia przystępującego PARK M co do rażąco niskiej ceny w trybie art.90 ust.1 Pzp i powinien odwołujący już wówczas złożyć odwołanie w tym zakresie. Tym samym na dzień dzisiejszy w ocenie zamawiającego i przystępującego odwołanie co do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego PARK M jest spóźnione. Stanowisko to w ocenie Izby jest błędne, ponieważ po pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia ma

charakter podprogowy i odwołujący jest związany zakresem ustanowionym Pzp zgodnie z art. 180 ust.2 w tym przypadku jego pkt 6 zgodnie z którym wśród tam wymienionych podstaw odwołania wymienia się wybór najkorzystniejszej oferty. Wówczas najkorzystniejszą ofertą wobec wyboru zamawiającego na tamtym etapie postępowania nie była oferta przystępującego PARK M tylko oferta spółki Flora sp. zo.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie. Owszem do postępowania odwoławczego wówczas przystąpił odwołujący po stronie zamawiającego, popierając stanowisko zamawiającego wobec spółki Flora sp. z o.o. sp.k. z s. w Krakowie ale jako uczestnik, który w ówczesnym stanie prawnym postępowania nie miał podstaw odnosić się do statusu oferty PARK M. Prawo zaskarżenia z art.180 ust.2 pkt 6 Pzp przewiduje zaskarżenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w tamtym przypadku spółki Flora sp. z o.o. sp.k. z s. w Krakowie (Sygn. akt KIO 2345/18) a nie oferty spółki PARK M, która za taką wówczas w ocenie zamawiającego nie była uznana. Ewentualnie jako uzasadnienie, co zresztą miało miejsce, odwołującego na poparcie interesu w przystąpieniu, służyła m.in. argumentacja co do charakteru r.n.c. oferty PARK M ale tylko do wykazania interesu w przystąpieniu. Po drugie postępowanie prowadzone jest w trybie tzw. odwróconym w myśl art.22aa Pzp i zamawiający bada i ocenia po kolei najkorzystniejsze oferty wzywając poszczególnego oferenta do składania dokumentów. Z tego powodu również odwołanie na r.n.c w ofercie PARK M było przedwczesne, ponieważ zamawiający w trybie odwróconym nie bada pozostałych ofert i nie wzywa pozostałych oferentów do składania dokumentów. Czyni to zamawiający tylko w stosunku do wykonawcy z najkorzystniejszą ofertą według przeprowadzonego rankingu ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert. Natomiast żaden przepis Pzp nie zabrania wezwać wykonawców wszystkich od razu do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny. Natomiast wezwanie i złożone wyjaśnienie w trybie art.90 Pzp nie powoduje rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania. Reasumując tzw. procedura odwrócona w stosunku do tzw. procedury klasycznej różni się tym, że zamawiający kolejno a nie jednocześnie bada oferty złożone pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i podstaw do ich odrzucenia. W związku z tym odwołanie w zakresie r.n.c. w ofercie spółki PARK M przystępującego nie jest spóźnione.

Co do zasadniczych zarzutów odwołania w zakresie art.89 ust.1 pkt 2 i art.89 ust.1 pkt 4 Pzp to należy stwierdzić, że argumentacja co do podstaw odrzucenia oferty PARK M/ przystępującego w trybie art.89 ust.1 pkt 2 Pzp wywodzi się z zarzutu r.n.c (rażąco niskiej ceny) a właściwie złożonych wyjaśnień (art.90 ust.3 w związku z art.89 ust.1 pkt 4 Pzp.), które doprowadzają słusznie odwołującego do zarzutu sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz lub specyfikacji) wobec wymagań zamawiającego.

Wezwanie do wyjaśnienia r.n.c. skierowane zostało zarówno do pozostałych wykonawców jak i przystępującego w związku z podejrzeniem, że zaoferowane ceny nie gwarantują otrzymania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w specyfikacji a co wynika z treści art.90 ust.1 Pzp. Nadmienić należy, że cena według postanowień siwz ma charakter ceny ryczałtowej. Niemniej zamawiający żądał kosztorysu uproszczonego według kalkulacji indywidualnej jak również sporządzony był przedmiar robót. Z kolei w wezwaniu zamawiający żądał wyjaśnień standardowo wynikających z treści przepisu art.90 ust.1 Pzp gdzie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu istotnym jest wymóg dostarczenia wszelkiego rodzaju ofert, faktur na potwierdzenie cen zastosowanych do wyliczenia ceny oferty jak i wskazania czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Znaczącym elementem w sprawie jest również okoliczność, że przystępujący do wyjaśnień załączył kosztorys szczegółowy, ponieważ to na jego podstawie odwołujący sformułował zarzut r.n.c. jak i nieprawidłowości w wycenie w związku z przewidzianymi w siwz robotami zamiennymi czy też pominiętymi jak i również robotami przewidzianymi prawem opcji. Bowiem błędy popełnione w dostarczonym do wyjaśnień kosztorysie szczegółowym a co wykazał odwołujący, uniemożliwią rozliczenie robót zamiennych, pominiętych czy wykonanych zgodnie z prawem opcji, z uwagi na nie wskazanie prawidłowo czynników produkcji (r/s/m).

Zamawiający i przystępujący broniąc prawidłowości czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty PARK M co do zarzutu rażąco niskiej ceny w szczególności podnosili argumentację, że wszystkie oferty złożone w tym postępowaniu nie przekroczyły progu różnicy 30 % zarówno do wartości kosztorysowej zamawiającego wyceny robót jak i do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Natomiast w odniesieniu do oferty przystępującego i odwołującego, porównując je podnosili, że w poszczególnych pozycjach wycen robót ceny były przede wszystkim porównywalne to jest w niektórych przypadkach wycena przystępującego była wyższa niż wycena danej pozycji u odwołującego a w niektórych przypadkach odwrotnie. Poza tym podnosili, że ceny ofert tych dwóch wykonawców są na poziomie porównywalnym i różnią się zaledwie o kilkanaście tysięcy w stosunku do cen całkowitych ofert, które są na poziomie kilkunastu milionów złotych. Również zamawiający powoływał się na prawo do kalkulacji indywidualnej co jego zdaniem zwalnia wykonawcę ze stosowania zasad kalkulowania robót budowlanych według obowiązujących przepisów. Z kolei odwołujący wykazał rozbieżności w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysu szczegółowego, który załączył do wyjaśnień r.n.c. przystępujący. Rozbieżności polegały na różnej wycenie poszczególnych pozycji to jest w niektórych pozycjach przystępujący wymieniał wszystkie elementy kalkulacji to jest robociznę, materiały i sprzęt a w innych pozycjach niektóre z

nich pominął np.: sprzęt, czy robociznę, czy też materiał (wycena pozycji ławki, czy koszy, czy elementy małej architektury, czy też zamontowania w gruncie nie spoiстым urządzeń fitness bez użycia cementu). Zamawiający odpierając zarzuty odwołującego usprawiedliwił i przyjmował jako uprawnione zakwalifikowanie pominiętych klasycznych pozycji kosztowych w innych pozycjach np.: „beton” w kosztach ogólnych budowy. Przy tej okazji twierdząc, że kalkulacja indywidualna zwalnia z reżimu kalkulacji robót budowlanych według powszechnie obowiązujących, czy też zwyczajowo obowiązujących reguł. Dalej zamawiający jak i przystępujący powoływali się na nieistotny element w całości ceny, który został pominięty jak i na okoliczność, że cena ma charakter ryczałtowy i wykonawca niezależnie czy pominie jakiegokolwiek element wyceny robót to i tak ze względu na charakter ceny jest zobligowany do wykonania całego przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującą dokumentacją techniczną. Natomiast odwołujący w tej sytuacji wywodził, że pominięcie elementów wyceny w pozycjach w których wycena tych elementów (r.s.m) powinna się znaleźć świadczy nie tylko o braku prawidłowości kalkulacji szczegółowej ale również o braku zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją i wywodził z powyższego w oparciu o treść art.90 ust.1 sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji opierając się o przepis art.89 ust.1 pkt 2 Pzp i żądając odrzucenia oferty przystępującego PARK M. Wnioski powyższe odwołujący wywodzi z samorzutnej decyzji przystępującego do przedstawienia kosztorysu szczegółowego, który nie był wymagany przez zamawiającego ale jest faktem zaistniałym po stronie przystępującego, który podlega reżimowi w trybie art.90 ust.3 w związku z treścią art.90 ust.1 Pzp. Słusznie wywodzi w sprawie odwołujący, że przedstawienie nawet z własnej inicjatywy kosztorysu szczegółowego przez przystępującego do wyjaśnień r.n.c. w przypadku występujących w nim błędów to jest pominięcie koniecznych elementów kosztowych związanych z daną pozycją jak materiał, robocizna czy sprzęt rodzi skutki prawne. Tymi skutkami prawnymi jest oferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią siwz oraz potwierdzenie wątpliwości zamawiającego wykonania zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego (art. 90 ust.1 i art.89 ust.1 pkt 2 Pzp) a w konsekwencji potwierdza zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art.90 ust.3 i art.89 ust.1 pkt 4 Pzp) w związku z pominięciem wymaganych elementów kosztowych. Dla przykładu na rozprawie przystępujący oświadczył, że do montowanego sprzętu na niespoistym terenie i tak oprócz przewidzianych tylko kotw użyje cementu chociażby ze względów bezpieczeństwa. Z kolei zarzuty odwołującego co do wyceny kosztów robocizny w ofercie przystępującego na poziomie ponad dwudziestokrotnie niższym niż pozostali oferenci skwitowano umieszczeniem tych kosztów w innych pozycjach kosztorysu np.: koszty zarządu czy koszty ogólne budowy. Izba nie podziela poglądu zamawiającego, że użycie w siwz formuły „kalkulacja indywidualna” w przypadku robót budowlanych umożliwia koszty bezpośrednie lokować w kosztach pośrednich.

Reasumując powyższe zarzuty nawet w sytuacji ceny ryczałtowej zwłaszcza w kontekście robót dodatkowych, pominiętych przewidzianych w siwz wykonawca w przypadku sporządzania kosztorysu szczegółowego ma obowiązek jego prawidłowego sporządzenia a czego przystępujący nie uczynił, co wykazał odwołując.

Tym samym potwierdziły się zarzuty naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 jak i pkt 4 Pzp w związku z art.90 ust.1 i ust.3 Pzp jak i art.7 ust.1 i 3 Pzp., czemu służy argumentacja formalna i prawna odwołującego przedstawiona w odwołaniu cytowanym powyżej jak i na stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie do protokołu.

Izba również podziela stanowisko jak i argumentacje odwołania co do naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 Pzp w związku z zaoferowaniem na okoliczność spełnienia warunku doświadczenia zawodowego przez przedstawienie jako posiadającego doświadczenie zawodowe wymagane dla kierownika budowy i kierownika robót drogowych jednej osoby w sytuacji gdy siwz przewiduje na te stanowiska osoby używając liczby mnogiej a nie osobę w liczbie pojedynczej. Interpretacja zastosowana przez zamawiającego umożliwia wykonawcy potencjalnie użycie jednej osoby do wymagań kwalifikacyjnych dla pięciu osób. Powyższa interpretacja postanowień siwz ma wpływ na kalkulację oferty co umożliwia nieuczciwą konkurencję i naruszenie w konsekwencji art.7 ust.1 Pzp.

W tym stanie rzeczy potwierdził się zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 Pzp jako elementu oferty a nie elementu warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób jakimi ma dysponować wykonawca.

Na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanej w odwołaniu Izba uwzględnia odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonej do akt sprawy faktury vat.

Przewodniczący: