

Sygn. akt: KIO 3219/20

**WYROK**  
z dnia 8 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **SKO-BUD2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Krakowie, ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie**, ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

przy udziale wykonawcy **K. U.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: **Firma Usługowo-Handlowa STAR-KOP K. U.**, ul. Kościelna 1, 32-070 Czernichów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego SKO-BUD2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, i:**

- zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 3219/20

**Uzasadnienie**

Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawa Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: Wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych związanych z realizacją zadania pn.: „Zagospodarowanie terenu na terenie Muzeum Fotografii od strony południowej budynku zabytkowej Strzelnicy na nieruchomości przy ul. Królowej Jadwigi 220 - część B”, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, numer referencyjny: 85/2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 1 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 591754-N-2020.

Pismem z dnia 2 grudnia 2020 r., przesłanym elektronicznie, Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę SKO-BUD2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”), który wniósł odwołanie na powyższe czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nieprawidłowe zastosowanie poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że oferta ta jest w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nieprawidłowe zastosowanie poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo tego, że oferta ta nie zawiera manipulacji cenowej i nie zawiera znamion jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i nieprawidłowe zastosowanie poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Odwołujący udzielił wyjaśnień i przedłożył dowody, z których wynika że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a w szczególności poprzez brak spójności kosztorysu inwestorskiego przygotowanego przez Zamawiającego z wymaganiami wynikającymi z projektów opisujących oczekiwania jakościowe względem stawianego wykonawcom zadania oraz poprzez ocenę oferty Odwołującego z zastosowaniem domniemania, że rzekomo zawiera ona skrzynię rozsączającą o wymiarach 1200x600x600, podczas gdy nie wynika to z oferty przedłożonej przez Odwołującego,
- 5) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą legalizmu i wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, gdyż z normy tej wynika, iż Zamawiający może odrzucić ofertę danego Wykonawcy, gdy w sposób zgodny z ustawą Pzp ustali, że treść takiej oferty podpada pod hipotezę którąkolwiek punktów z ust. 1 art. 89 tej ustawy, podczas gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy oferta Odwołującego nie podpada pod żaden z punktów wyżej cytowanego przepisu i zgodnie z przepisami ustawy to Odwołujący powinien być zostać wybrany jako wykonawca zamówienia,

6)art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty innej niż oferta Odwołującego w sytuacji, w której to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny oferty określonych w SWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania,
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez „STAR-KOP” oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 4)nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert (powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert) i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 5) przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania,
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę Wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „STAR-KOP” K. U. z ceną 1 529 305,09 zł, podczas gdy oferta Odwołującego zawiera cenę 1 506 900,00 zł, przy identycznych pozostałych parametrach oferty w postaci terminu gwarancji na urządzenie, gwarancji na roboty budowlane i rękopisami na całość zamówienia. Oznacza to, że różnica pomiędzy tymi ofertami w zakresie ceny wynosiła 22 405,09 zł na korzyść oferty Odwołującego. W ujęciu procentowym różnica wyniosła w przybliżeniu zaledwie 1.5 %. Spośród Wykonawców, którzy zdecydowali się na przedłużenie terminu związania ofertą i związaną z tym prolongatę wadium, ofertę zbliżoną cenowo do oferty Odwołującego złożyła również Floraj sp. z o. o. Sp. k. proponując cenę 1 547 000,00 złotych, czyli z różnicą około 2,5 %. Na realizację zamówienia Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 1 687 225,47 zł, czyli z różnicą około 2,5 %. W ujęciu procentowym różnica wyniosła w przybliżeniu zaledwie 1.5 %. Średnia arytmetyczna cen wszystkich dziesięciu złożonych ofert to 1 769 559,27 PLN, zatem 263 659,27 PLN więcej niż oferta Odwołującego. Stanowi to około 17 % różnicy. Pomimo tak marginalnych różnic, daleko poniżej progu 30 % wskazanego w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, jako nasuwającego ustawowe domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający zakwalifikował ofertę Odwołującego, jako ofertę z rażąco niską ceną dlatego, że skupił się wyłącznie na wybranych i pobocznych elementach zadania objętego przedmiotowym zamówieniem publicznym, takich jak na przykład: montaż deski z drzewa egzotycznego, dostawa i montaż skrzynek rozszczepiających, wywóz ziemi i temu podobne. Przykładowo na stronie 11 uzasadnienia odrzucenia Oferty Odwołującego Zamawiający zarzucił, że zawiera ona powtórzenie cen dostawcy urządzeń, podczas gdy owe urządzenia stanowią jedynie niewielki element całego zamówienia i znikomy procentowo fragment jego kosztu. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający ani jednym zdaniem nie tłumaczy, dlaczego to te właśnie elementy zamówienia kwalifikuje jako „bardzo istotne części składowe ceny oferty w zakresie robót budowlanych”. Wykonawca nie musi odnotowywać zysku na każdym elemencie objętego zamówieniem zadania, a fakt, że oferuje Zamawiającemu elementy po cenach jemu dostępnych lub z niewielką marżą świadczy o wiarygodności, rynekowości i konkurencyjności całej oferty.

Odwołujący przedstawił wyjaśnienia co do podanych w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty elementów kosztorysu, zauważając, że odpowiedział na wezwanie zamawiającego o wyjaśnienie oferty i rzekomo rażąco niskiej ceny pismem L.dz. 135/2020 wraz z załącznikami. I tak:

Poz. 19 nawierzchnia mineralno-żywnicza oferta na 9180,00 zł: W wyniku prowadzonych rozmów handlowych z dostawcą materiału na nawierzchnię mineralno-żywniczą Odwołujący pozyskał deklarację firmy Eurogoma o dokonaniu upustu w ofercie cenowej na dostawę nawierzchni mineralno-żywnicznej na kwotę 90 zł /m<sup>2</sup> na warunkach opisanych w załączonej deklaracji dostawcy nawierzchni.(Dowód: deklaracja dostawcy Eurogoma na okoliczność treści). Fakt, że Odwołujący na skutek posiadanych kontaktów handlowych jest w stanie wynegocjować sobie rabat od podstawowej oferty dostawcy materiału, nie może być uznany za działający na niekorzyść Odwołującego, gdyż jest to działanie w pełni dopuszczalne na wolnym rynku w warunkach pełnej swobody konkurencji.

Poz. 23 wywóz ziemi samochodami samowładowczymi: Kalkulowanie kosztów robót przy zastosowaniu wyłącznie stawek KNR jest czysto teoretyczne. Rzeczywiste koszty - wynikające z posiadanego przez Odwołującego doświadczenia i know-how - przedstawiają się następująco: Pozycja 23 opisuje dodatek „za każdy następny 1 km” wywozu ziemi. Jest zatem pozycją pomocniczą do pozycji głównej 24 określającej nakłady zasadnicze na wywóz ziemi. Jednostkowa cena za wywóz 1m<sup>3</sup> ziemi co do poz. 23 wynosi 3,98 zł + jednostkowa cena za wywóz 1m<sup>3</sup> z poz. 24 wynosi 135,56 zł, co łącznie daje cenę za wywóz 1m<sup>3</sup> ziemi w wysokości 139,54 zł. Kalkulacja szczegółowa wywozu ziemi przedstawia się jak następuje: W ciągu 1 dnia roboczego (8 roboczegodzin) samochód ciężarowy o pojemności skrzyni 10 m<sup>3</sup> (własność Odwołującego) może wykonać 6 kursów (uwzględniając niezbędne przerwy) odległość do 2 km (przejazd ok 10 min +powrót 10 min +załadunek i wyładunek ok 40 min -razem 1 godz.). Zatem koszt wywozu 60 m<sup>3</sup> (6 kursów) to 8 roboczegodzin samochodu czyli 8\*132,60 (z narzutami i amortyzacją) + 8 roboczegodzin pracy kierowcy czyli 8\*52,02 (z narzutami) co daje łącznie 1060,80+416,16 = 1476,96 zł za 6 kursów. Zatem rzeczywisty koszt wywozu 1m<sup>3</sup> ziemi to 1476,96 : 60 m<sup>3</sup> =24,62 zł/m<sup>3</sup>, a zaoferowana cena to 139,54 zł/m<sup>3</sup> wywozu ziemi. Fakt, że Odwołujący dysponuje własnym samochodem ciężarowym i odpowiednim know-how w zakresie sposobu organizowania wywozu pozwala mu na zaproponowanie Zamawiającemu atrakcyjnej ceny.

Poz. 29 Montaż deski z drzewa egzotycznego: Montaż deski z drzewa egzotycznego: Kosztorys inwestorski został wykonany z uwzględnieniem drewna z robinii akacjowej na kwotę 3910 zł. W odpowiedzi na pyt nr 4 z dnia 12.10.2020 Zamawiający dopuścił zastosowanie drewna z modrzewia syberyjskiego ze względu na niedostępność i wysoką cenę robinii akacjowej. Drewno z modrzewia syberyjskiego jest łatwo dostępne na rynku i ma wielokrotnie niższą cenę niż drewno z robinii akacjowej. Prace Odwołujący wykonuje siłami własnymi, dysponuje również częścią materiału pozostałego z poprzednich realizacji. Oferta sporządzona przez Odwołującego na kwotę 1150 zł jest zatem w pełni realna i rzetelna, a kosztorys inwestorski jest w tym zakresie zwyżony, gdyż nie uwzględnia dopuszczalności zastosowania drewna z modrzewia syberyjskiego, chociaż Zamawiający to dopuszcza.

Poz. 31 Montaż ławki z drewna egzotycznego: Kosztorys inwestorski został wykonany z uwzględnieniem drewna z robinii akacjowej na kwotę 3450 zł W odpowiedzi na pyt nr 4 z dnia 12.10.2020 Zamawiający dopuścił zastosowanie drewna z modrzewia syberyjskiego ze względu na niedostępność i wysoką cenę robinii akacjowej. Drewno z modrzewia syberyjskiego jest łatwo dostępne na rynku i ma wielokrotnie niższą cenę niż drewno z robinii akacjowej. Prace Odwołujący wykonuje siłami własnymi. Zauważa, że dysponuje również częścią materiału pozostałego z poprzednich realizacji. Oferta sporządzona przez Odwołującego na kwotę 750 zł jest więc rzetelna.(Dowód: wyjaśnienia, zapytania i

odpowiedzi do treści SIWZ na okoliczność treści).

Poz. 44 Słupy szklane parasole: Zakład Ślusarsko-Kowalski działa na rynku jako firma rodzinna od lat 70-tych, realizując szeroki zakres robót ślusarskich w tym balustrady szklane i metalowe, ogrodzenia, elementy małej architektury. Odwołujący współpracuje z tą firmą od 1991 roku. Wzajemna i długoletnia współpraca pozwala Odwołującemu na pozyskanie unikalnych cen z uwagi na długoletni kontakt handlowy. W zapytaniu ofertowym sporządzonym przez Odwołującego przekazano wszystkie informacje z materiałów przetargowych niezbędnych do sporządzenia oferty. Firma Pana A. J. sporządziła więc ofertę z uwzględnieniem wszelkich wymagań opisanych w SIWZ. Zaoferowana cena 27500,00 zł jest zatem w pełni rzetelna i realna z uwagi na długoletni kontakt handlowy Odwołującego. Analogiczny, oparty na długoletniej współpracy handlowej, mechanizm budowania części składowych oferty pozwalający osiągnąć dla Zamawiającego bardzo atrakcyjne ceny Odwołujący zastosował w zakresie niektórych elementów i urządzeń małej architektury. (Dowód: oferta firmy Pana A. J. LQ Dowód: oferta firmy F.P.U.H. Malorz J. C.)

Poz. 57 Skrzynki rozsączające: Odwołujący jest w posiadaniu oferty od firmy Ferrbud z dnia 30.10.2020 na kompletne skrzynki rozsączające, spełniające wszystkie wymagania z SIWZ na łączną kwotę w zakresie materiałów 16328,04 zł netto. Ferrbud jest firmą o zasięgu ogólnopolskim i ma podpisane umowy z wieloma producentami z możliwością tworzenia produktów dedykowanych. Zapytanie ofertowe sporządzone przez Odwołującego zawierało wszystkie informacje z dokumentów przetargowych niezbędnych do sporządzenia oferty. Cena zaoferowana przez Odwołującego na kwotę 20000,00 zł (materiał plus pozostałe świadczenia) jest zatem w pełni wiarygodna, rzetelna i oparta na ofercie wypracowanej dla zadania objętego przedmiotowym postępowaniem przez Odwołującego. (Dowód: oferta oraz pismo Ferrbud sp. z o.o. z 4 grudnia 2020 r.)

Poz. 58 Studzienki kanalizacyjne systemowe: Odwołujący jest w posiadaniu oferty Ferrbud z dnia 30.10.2020 na studzienki systemowe 425 spełniające wszelkie wymagania z SIWZ. Ferrbud jest firmą o zasięgu ogólnopolskim i ma podpisane umowy z wieloma producentami z możliwością tworzenia produktów dedykowanych. Zapytanie ofertowe sporządzone przez Odwołującego zawierało wszystkie informacje z materiałów przetargowych niezbędnych do sporządzenia oferty. Zgodnie z treścią oferty w skład studni systemowej 425 wchodzi wszystkie oczekiwane przez Zamawiającego elementy. Odwołujący zauważa, że w szczególności cena została zbudowana z elementów, jak następuje: trzon (rura dł 1 m) 57,61 zł + uszczelka teleskopowa 55,95 zł + 3 szt. uszczelki do studzienki 3\*7,30 + teleskop z pokrywą żeliwną 138,30 zł + uszczelka 4wargowa 25,16 zł + kineta studni 120,89 + pospółka 8,62 zł + materiały pomocnicze 11,30 zł co daje łącznie 439,73 zł za 1 szt. studzienki. Łączna cena za 16 szt. to 7035,68 zł. Stąd też oferta Odwołującego na kwotę 9193,12 zł jest wyceną rzetelną i zyskiem. (Dowód: Oferta Ferrbud sp. z o. o.)

W kwestii Oferty firmy Malorz na elementy: Poz. 40 ławka strzelnicza, Poz. 41 camera obscura, Poz. 43 komplet ławek i stołów, Poz. 47 miejsca do siedzenia na drewnianych podestach, Poz. 48 donice drewniane Odwołujący przedłożył oświadczenie firmy Malorz o udzieleniu rabatu w wysokości 10% na warunkach opisanych w treści oświadczenia. W kwestii Oferty firmy Zakład Ślusarsko-Kowalski A. J. na niżej wymienione elementy: Poz. 38 kosze na śmieci, Poz. 44 słupy szklane parasole Odwołujący przedstawił oświadczenie firmy Pana A. J. o udzieleniu rabatu w wysokości 12% na warunkach opisanych w treści oświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego nie wskazał, dlaczego uważa cenę zaproponowaną przez Odwołującego za nierealną w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Tymczasem instytucja rażąco niskiej ceny nie jest regulacją pozbawioną funkcji i celu. Ma ona przeciwdziałać sytuacjom, w których dochodziłoby do zagrożenia dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków kontraktowych z umowy w sprawie zamówienia publicznego albo też w których realizacja zamówienia mogłaby zaistnieć tylko przy sfinansowaniu jego wykonywania ze źródeł innych niż wynagrodzenie umowne korespondujące z podaną w ofercie ceną. W stanie faktycznym niniejszej sprawy sytuacja taka nie ma miejsca. Przeciwnie, Zamawiający de facto nie miał obowiązku zywania Wykonawcy do składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ właściwie nie odbiegała ona istotnie ani od arytmetycznej średniej wszystkich cen ofertowych ani też od szacunków zamawiającego. To właśnie Zamawiający stosuje swego rodzaju „inżynierię cenową”, ponieważ operuje kosztorysami inwestorskimi teoretycznymi, nie znajdującymi oparcia w zmiennych wynikających z kontaktów handlowych. Skoro Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie niektórych tylko elementów całego zadania i otrzymał w tym zakresie wyjaśnienia i dowody Wykonawcy, w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty powinien był wskazać, które konkretnie elementy uważa za niemożliwe do wykonania po cenach oferowanych przez Wykonawcę, albo też na czym opiera przeświadczenie, że ich realizacja będzie finansowana ze źródeł innych niż wynagrodzenie Odwołującego z docelowej umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tymczasem Zamawiający niczego takiego nie uczynił, co każe kwalifikować jego czynność jako arbitralną i poprzez to sprzeczną z przepisami naprowadzonymi w petitum niniejszego odwołania.

Następnie Odwołujący podał, że Zamawiający wyinterpretował również rzekomą niezgodność pomiędzy treścią oferty złożonej przez Odwołującego a treścią SIWZ w zakresie zawierania skrzyni rozsączającej o wymiarach 1200x600x600, podczas gdy Zamawiający oczekiwał skrzyni o wymiarach 500X1000x400. Tymczasem wymiary 1200x600x600 nie zostały wskazane w pisemnej ofercie Odwołującego, ani w jakimkolwiek oświadczeniu woli pochodzącym od Odwołującego. Przed podjęciem jednej z najdalej idących w skutkach czynności, jaką jest odrzucenie oferty, Zamawiający, jeżeli miał wątpliwości, powinien był kwestię tę wyjaśnić z Wykonawcą, a nie opierać się na swoich domniemaniach. Odwołujący dołączył bowiem ofertę FERRBUD SP. z o. o. wyłącznie w zakresie cenowym - dla poparcia ceny oferowanej w tym zakresie w ofercie przygotowanej dla Zamawiającego, bo do tego, a nie do wyjaśnienia kwestii rozmiarów skrzyni rozsączającej, został wezwany pismem Zamawiającego z dnia 28 października 2020 r. W rozważanym zakresie Odwołujący zauważa, że dysponuje zapewnieniem wyżej wskazanej Spółki, że za oferowanym wynagrodzeniem dostarczy ona Odwołującemu skrzynki rozsączające o wymiarach oczekiwanych przez Zamawiającego, ergo w pełni zgodne ze SIWZ. Dostawa ta nastąpi bowiem na zasadzie dedykowanej dla tego konkretnego zamówienia. (Dowód: oferta oraz pismo spółki Ferrbud sp. z o. o. datowane na 4 grudnia 2020 r.). Z powyższego wynika, że w rozważanym zakresie oferowany Zamawiającemu produkt jest w pełni tożsamy z wymaganiami SIWZ. Odwołujący, wykorzystując swoje kontakty handlowe, ma bowiem możliwość pozyskania także produktów dedykowanych dla konkretnego zamówienia, „skrojonych na miarę”, tj. niezależnie od typowych rozwiązań katalogowych spotykanych powszechnie w obrocie. Dlatego też oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ w oparciu o art.89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ w żadnym swoim elemencie nie zawierała oświadczenia, że będzie obejmować skrzynki rozsączające o wymiarach innych niż dedykowane dla zadania objętego przedmiotem niniejszego zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej interpretacja przedmiotowego przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Nadto odrzucenie oferty Wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy sprzeczność oferty Wykonawcy z treścią

SIWZ jest niewątpliwa, a z tak sytuacja nie występuje w odniesieniu do oferty Odwołującego. Okoliczność, że w kosztorysie po-ofertowym kosztorysant dopisał umieszczoną w nawiasie wzmiankę, że oferowane Zamawiającemu Skrzynki rozsączające o wymiarach 500x1000x400 stanowią rozwiązanie równoważne produktowi Storm box II, nie oznacza, że Odwołujący oferuje Zamawiającemu typowy produkt Stormbox. To, że produkt ten w wersji podstawowej posiada inne wymiary niż oczekiwane przez Zamawiającego, nie zmienia faktu, że Odwołujący (wykorzystując swoje kontakty handlowe i wynikające z nich możliwości pozyskania produktów dedykowanych dla tego konkretnego zamówienia, „skrojonych na miarę”, tj. niezależnie od typowych rozwiązań katalogowych spotykanych powszechnie w obrocie) dostarczy Zamawiającemu właśnie takie skrzynie, jakich ten oczekiwał, a uczyniona w nawiasie wzmianka ma wyłącznie charakter pomocniczy dla kosztorysanta Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że dokonując kwalifikacji oferty jako noszącej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający stracił z pola widzenia fakt, że w postępowaniu oczekiwał, iż cały przedmiot zamówienia zostanie wykonany do dnia 12 marca 2021 r., licząc od dnia podpisania umowy. Powyższe oznaczało, że cały proces zasadzania drzew i innych elementów zieleni należy realizować w miesiącach zimowych (tj. grudzień, styczeń, luty i pierwsza dekada marca). Zgodnie z dołączonym do dokumentacji postępowania Projektem Wykonawczym INWENTARYZACJA I GOSPODARKA ZIELENI na str. 23 jednoznacznie wskazano, że „zaleca się przekopanie ziemi i pozostawienie jej na zimę w tzw. ostrej skibie, natomiast na str. 26 wskazano, że drzewa i krzewy powinny ukorzenieć się przed nadejściem zimy. Sadzenie drzew jesienią wiąże się jednak z ryzykiem przemarznięcia ich części nadziemnej lub korzeni podczas surowej zimy. Dlatego gatunki bardziej wrażliwe na mróz należy sadzić na wiosnę. Niezrozumiałe jest zatem podane w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego na str. 5 z 20 stwierdzenie Zamawiającego, że z jego wieloletnich doświadczeń w sadzeniu drzew z bryłą korzeniową w okresie późnej jesieni i wiosny (...) wynika, że ryzyko nieprzyjęcia się drzew jest praktycznie zerowe, a w konsekwencji założenie przez Odwołującego rezerwy cenowej na wskazywane tu ryzyko kontraktowe jawi się - zdaniem Zamawiającego - jako w zupełności nieadekwatne. Po pierwsze Zamawiający pomija, że w zakresie zadania mieści się nie tylko zasadzenie i przyjęcie kilku drzew, ale też ponad 1260 innych bylin i roślin, a te są już o wiele bardziej podatne na przemarznięcie. Po drugie pomija, że w cytowanym wyżej fragmencie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego powołuje się na doświadczenia z późnej jesieni i wiosny, a nasadzeń w przedmiotowym zamówieniu oczekuje de facto w miesiącach zimowych. Po trzecie zaś przemilcza, że w załączonej w poczet dokumentacji przedmiotowego zamówienia informacji w postaci Projektu Wykonawczego INWENTARYZACJA I GOSPODARKA ZIELENI zamieścił swego rodzaju instrukcję co do tego, że drzewa i krzewy z reguły powinny ukorzenieć się przed zimą. Z tego też względu założenie przez Odwołującego w przygotowanej w postępowaniu ofercie ryzyka kontraktowego sprowadzającego się do powtórzenia czynności z zakresu nasadzeń, w tym do powtórzenia nabycia potrzebnych po temu produktów, powtórzenia oddelegowania personelu, zapewnienia transportu i temu podobne, było w realiach niniejszej sprawy ze wszech miar uzasadnione i nie może jawić się jako działanie noszące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie powoływanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego odpowiedzi na pytanie nr 24 Zamawiający odniósł się wyłącznie do kwestii trawnika, podczas gdy zakres zadania objętego przedmiotowym zamówieniem w kwestii szaty roślinnej jest o wiele szerszy i obejmuje także rośliny inne niż trawa. Poza tym, chcąc zdeprecjonować zasadność założeń Odwołującego co do pozostawienia rezerwy na ryzyko kontraktowe, Zamawiający powołał się na zdarzenie przyszłe i niepewne jakim jest zmiana umowy. Zmiana taka może, lecz nie musi, zaistnieć. Z tych powodów odpowiedź na pytanie numer 24 w ramach wyjaśnień do SIWZ nie może być uznana za przesłankę eliminującą zasadność kalkulacji Odwołującego w zakresie ryzyka kontraktowego wynikającego z konieczności przeprowadzenia nasadzeń zimą. Dla wykazania zasadności założenia w przedmiotowym zamówieniu kosztów opisywanego tu ryzyka kontraktowego przedstawił jako dowód Opinię Dendrologiczną sporządzoną przez dra inż. W. B., architekta krajobrazu, specjalistę dendrologa i wniósł o przeprowadzenie dowodu z tej opinii na okoliczność jej treści, w tym że osoba pod opinią podpisana złożyła oświadczenie, iż w przedmiotowej sprawie „kalkulacja zakładająca większy niż standardowy zakres możliwych „wypadków” egzemplarzy roślin, jest prawidłowa z punktu widzenia wykonawcy, uzasadniona względami technicznymi, technologicznymi oraz narzuconym harmonogramem”. Odwołujący zauważył przy tym, że nie wskazywał żadnego podwykonawcy z zakresu zieleni, albowiem w rozważanym zakresie nie będzie posługiwał się podwykonawcami, lecz osobami zatrudnionymi na umowę o pracę na czas realizacji danego zadania. Z tego też względu nie mógł zastosować proponowanej w kosztorysie inwestorskim stawki 20,44 zł za roboczo-godzinę pracy, gdyż jest to stawka odbiegająca od oczekiwań płacowych personelu w Krakowie, zatrudnionego nie na stałe, lecz incydentalnie, do realizacji konkretnego zadania. Nadto Odwołujący zauważył, że stawka z kosztorysu inwestorskiego jest niższa niż stawka minimalna rekomendowana w branży. (Dowód: Wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w branży). Z kolei w zakresie realizacji robót budowlanych, co Odwołujący podkreślał już w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 28 października 2020 r., Odwołujący dysponuje personelem stałym, zatrudnianym przez Odwołującego w ramach długoletnich stosunków pracy, co pozwala mu zredukować koszty jego zatrudnienia pomimo tego, że realizuje ten personel zadania budowlane, a więc z reguły wymagające wyższych kwalifikacji niż incydentalne nasadzenia roślinności.

Odnosząc się do kwoty 381 315,60 zł wskazanej jako różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą na materiał roślinny MARKFLOR sp. z o. o. sp. k. Odwołujący zauważył, że KNR (Katalogi Nakładów Rzeczowych) stosowane do kosztorysowania zawierają cały szereg innych jeszcze niż robocizna, sprzęt i materiały do nasadzeń elementów cenotwórczych, które Zamawiający w całości przemilcza lub pomija, skupiając się tylko na - w jego ocenie sztucznym - ryzyku kontraktowym. (Dowód: Oferta firmy MARKFLOR sp. z o. o. sp. k.). Do szczegółowych kosztów kalkulacji w zakresie nasadzeń zieleni Odwołujący odnosi się, jak następuje, zauważając, że na etapie kalkulowania ceny ofertowej posługiwał się własnym doświadczeniem i know-how oraz wyceną z zaokrągleniami. Powyższe mogło niekiedy dawać minimalne (tj. na poziomie 2 promili) i nieistotne z punktu widzenia wyniku całego postępowania różnice w porównaniu z wartościami wskazanymi w dodatkowym kosztorysie poofertowym, jednakże nie pozwala na obronę twierdzenia Zamawiającego o rzekomo celowym zawyżeniu kosztów oferty w rozważanym zakresie. Projekt wykonawczy inwentaryzacja i gospodarka zieleni będący podstawą dokumentacji projektowej określającej szczegółowy zakres rzeczowy przedmiotu umowy (Wzór Umowy § 1 pkt 1 i pkt 2) w sposób wyczerpujący i bardzo szczegółowy określa pełen zakres niezbędnych do uwzględnienia kryteriów przy doborze, nasadzeniach i pielęgnacji w okresie gwarancyjnym zaprojektowanego do nasadzenia materiału roślinnego. W pkt 3. 3. na stronie 24 projektu przedstawiono bardzo wysokie i ponadprzeciętne parametry jakościowe materiału szkółkarskiego. Istotnym elementem dla właściwego rozwoju roślin jest przygotowanie podłoża z opisem na str. 25, uwzględniające potrzebny czas do uzyskania właściwej struktury gleby. Odwołujący ponownie przytoczył cytat: „zaleca się przekopanie ziemi na zimę w tzw. ostrej skibie”. Zamawiający w projekcie jw. (w dziale: Przygotowanie podłoża dla roślin) przedstawił konieczność wykonania wstępnych nawożeń przed nasadzeniami w celu uzyskania właściwych parametrów gleby dla poszczególnych nasadzeń. Złożony proces przeprowadzenia nasadzeń z dokładnym podaniem terminów jest przedstawiony na str. 26 projektu. Mając powyższe na

uwadze, jak również § 9 pkt. ppkt a (Wzoru Umowy) określający co najmniej 12-miesięczny okres gwarancji na nasadzenia zieleni, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu kalkulację kosztową uwzględniającą wszystkie Jego wymagania zawarte w Projekcie i Umowie. Posiadając dużą wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu nasadzeń w obszarach miejskich i parkowych Odwołujący przy zachowaniu najwyższych standardów doboru i nasadzeń, jak również pielęgnacji materiału roślinnego w okresie 12-miesięcy nieuniknione jest ponowne nasadzenie co najmniej 10 % tzw. wypadów poszczególnych rodzajów nasadzeń. Wskazany przez Zamawiającego okres wykonania nasadzeń zgodny z terminem rozpoczęcia i zakończenia inwestycji (okres zimowy) w jednoznaczny sposób zobligował więc Odwołującego jako przyszłego Wykonawcę do w kalkulowania ryzyka kontraktowego do całościowej oferty na zieleni.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego przytoczonych w uzasadnieniu Odrzucenia Oferty Odwołującego, dotyczących kosztów nasadzeń zieleni, Odwołujący podał podstawy dla zwiększenia kosztów poszczególnych pozycji w kalkulacji przyjętej do oszacowania prawidłowej wyceny zadania w zakresie zieleni, wskazując:

Ad a: Wykonanie trawników dywanowych siewem na gruncie kat. III z nawożeniem - przyjęta przez Zamawiającego pozycja kosztorysowa nie uwzględnia zaleceń z projektu wykonawczego zieleni dla przedmiotowej inwestycji, dotyczącego nawierzchni trawiastej - str. 29 Nawierzchnia trawiasta cytat: „należy przekopać istniejący teren na głębokość szpadla, oczyścić z gruzu i kamieni, wyrównać. Nawieźć 10- cio centymetrową warstwę humusu wymieszanego z ziemią. Pielęgnacja trawnika w okresie 12-sto miesięcznej gwarancji wymaga - m.in. - systematycznego podlewania, koszenia w okresie wegetacji co 2 tygodnie, odchwaszczania, nawożenia, aereacji, wertykulacji, jak również dosiewów w miejscach, gdzie nasiona nie wzeszły, niezbędnym jest również wywóz i utylizację materiału roślinnego, po wykonaniu prac pielęgnacyjnych.

Ad b: Sadzenie drzew i krzewów: dereń kanadyjski - cena wyższa o 35 % od kosztorysu inwestorskiego w szczególności ze względu na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, nadto konieczność rocznej pielęgnacji. w zakres której wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie, przycinanie i uzupełnianie ściółkowania; niezbędnym jest również wywóz i utylizacja materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych.

Ad c: Sadzenie drzew i krzewów: klon pospolity - zgodnie z projektem wykonawczym zieleni minimalny obwód pnia to 20 cm, minimalna wysokość to 450 cm, nadto wysokie, ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego. przedstawiona przez Odwołującego cena 1800 zł jest zatem ceną rynkową, albowiem Zamawiający oczekuje produktu wyższego niż średniej jakości: pozostałe koszty to: pielęgnacja polegająca na: wykonaniu palikowania i jego poprawie w okresie gwarancji, formowaniu korony, odchwaszczanie misy wokół drzewa, podlewanie, nawożenie, wywóz i utylizacją materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych; dodatkowo uwzględniono wyżej już wzmiankowane ryzyko kontraktowe.

Ad d: Sadzenie drzew i krzewów: bluszcz pospolity - cena wyższa o 43 % od kosztorysu inwestorskiego w szczególności z uwagi na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, konieczność rocznej pielęgnacji, w zakres której wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie, przycinanie i uzupełnianie ściółkowania; niezbędnym jest również wywóz i utylizacja materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych; nadto uwzględniono ryzyko kontraktowe jak wyżej.

Ad e: Sadzenie drzew i krzewów: sosna górska - liliput - cena wyższa o 58 % od kosztorysu inwestorskiego z uwagi - m.in. - na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, konieczność rocznej pielęgnacji, w zakres której wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie i uzupełnianie ściółkowania; niezbędnym jest również wywóz i utylizacja materiału roślinnego: po wykonaniu prac pielęgnacyjnych; nadto uwzględniono ryzyko kontraktowe jak wyżej.

Ad f: Sadzenie drzew i krzewów: dereń rozłogowy - cena wyższa o 35 % od kosztorysu inwestorskiego z uwagi - m.in. - na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, konieczność rocznej pielęgnacji, w zakres której wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie, przycinanie i uzupełnianie ściółkowania; niezbędnym jest również wywóz i utylizacja materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych; nadto uwzględniono ryzyko kontraktowe jak wyżej.

Ad g: Sadzenie drzew i krzewów: dławisz okrągłolistny - cena wyższa o 38 % od kosztorysu inwestorskiego z uwagi - m.in. - na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, konieczność rocznej pielęgnacji, w której zakres wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie, przycinanie i uzupełnianie ściółkowania, niezbędnym jest również wywóz i utylizacja materiału roślinnego, po wykonaniu prac pielęgnacyjnych oraz uwzględniono ryzyko kontraktowe.

Ad h: Sadzenie drzew i krzewów: trzcinnik ostrokwiatowy - cena wyższa o 35 % od kosztorysu inwestorskiego z uwagi - m.in. - na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, konieczność rocznej pielęgnacji, w której zakres wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie, przycinanie i uzupełnianie ściółkowania, niezbędnym jest również wywóz i utylizacja materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych oraz uwzględniono ryzyko kontraktowe.

Ad i: Sadzenie drzew i krzewów: rozplenica japońska - cena wyższa o 37 % od kosztorysu inwestorskiego z uwagi - m.in. - na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, konieczność rocznej pielęgnacji, w której zakres wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie, wycinanie i uzupełnianie ściółkowania; niezbędnym jest również wywóz i utylizacja materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych oraz uwzględniono ryzyko kontraktowe.

Ad j: Sadzenie drzew i krzewów: imperata cylindryczna - cena wyższa o 37 % od kosztorysu inwestorskiego z uwagi - m.in. - na wysokie ponadprzeciętne parametry materiału szkółkarskiego, konieczność rocznej pielęgnacji, w której zakres wchodzi: odchwaszczanie, podlewanie, nawożenie, przycinanie i uzupełnianie ściółkowania; niezbędnym jest również wywóz i utylizacją materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych oraz uwzględniono ryzyko kontraktowe.

Ad k: Sadzenie drzew i krzewów: grab pospolity - zgodnie z projektem wykonawczym zieleni minimalny obwód pnia - 20 cm, kilkuletnie formowanie korony w formie palmy (brzmienie projektu wykonawczego nie zostało więc uwzględnione w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego, a jednocześnie było wskazane w projekcie wykonawczym zieleni na str. 24 pkt 3.3 Tabela parametrów jakościowych materiału szkółkarskiego liczba porządkowa 66): zaproponowana cena w kosztorysie 3200 zł dla grabu pospolitego typ ekran jest zatem ceną rynkową, ponieważ Zamawiający oczekuje produktu o jakości wyżej niż średnia jakość spotykana w obrocie. Pozostałe koszty to pielęgnacja polegająca na: wykonaniu palikowania i jego poprawie w okresie gwarancji, formowaniu korony, odchwaszczaniu misy wokół drzewa, podlewaniu, nawożeniu, wywozie i utylizacji materiału roślinnego po wykonaniu prac pielęgnacyjnych; nadto uwzględniono ryzyko kontraktowe.

Zdaniem Odwołującego w zakresie realizacji robót zieleniarskich oferta uwzględnia wszystkie elementy składowe wymienione powyżej i została skalkulowana prawidłowo. Odwołujący zauważył, że przedmiar przedstawiony przez Zamawiającego dotyczący nasadzeń nie uwzględnia wszystkich niezbędnych elementów wynikających z dokumentacji

postępowania przygotowanej przez Zamawiającego. Faktyczne koszty kosztorysu, w oparciu o który Odwołujący zbudował swoją ofertę, musiały zatem zawierać dodatkowe pozycje przedmiaru i zostały skorygowane zmianą indeksacji i wskaźników. Wszystko to celem odzwierciedlenia rzeczywistych kosztów zadania objętego przedmiotowym zamówieniem publicznym. Treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana przez wszystkich uczestników postępowania w sposób ścisły - stanowi to bowiem gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych. Tymczasem Zamawiający nie zapewnił w niniejszym postępowaniu spójności pomiędzy przygotowanym przez siebie kosztorysem inwestorskim, a wymogami jakościowymi stawianymi w szczegółowych opisach przedmiotowego zadania. W efekcie, odrzucając ofertę Odwołującego się, Zamawiający naruszył zasady wynikające z art. 7 ust. 1 oraz dokonał wyboru oferty niezgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Podsumowując Odwołujący zaznaczył, nie zastosował „inżynierii cenowej”, nie występuje też sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo też poniżej kosztów ich zakupu i to w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tym samym zarzucany przez Zamawiającego czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy uznk (tzw. dumping) nie potwierdza się, gdyż wszelkie koszty za wykonanie robót budowlanych oraz nasadzeń zieleni przewidziane w ofercie Odwołującego są w pełni realne, są opatrzone stawkami podatku VAT wynikającymi z powszechnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego i znajdują pokrycie w finansowaniu pochodzącym wyłącznie z wynagrodzenia kontraktowego bez uszczerbku dla realnej możliwości wykonania zamówienia i bez uszczerbku dla możliwości budżetowych i interesu Zamawiającego. W sprawie nie zachodzi również generalna przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji wskazana w art. 3 ust. 1 uznk, ponieważ działanie Odwołującego polegające na zwiększeniu ceny w zakresie zadania dotyczącego nasadzeń zieleni nie jest ani sprzeczne z prawem, ani też z dobrymi obyczajami i wynika z dostrzeżenia przez Odwołującego ryzyka kontraktowego związanego z prawami przyrody zaistniałego na skutek oczekiwania przez Zamawiającego realizacji czynności instalacji zielonej szaty krajobrazowej kontraktowanego zadania budowlanego w okresie zimowym.

Do odwołania zostały załączone dowody w nim powołane, tj. deklaracja dostawcy Eurogoma – e-mail firmy EUROGOMA z dnia 4 grudnia 2020; oferta i oświadczenie firmy Malorz o udzieleniu rabatu w wysokości 10% na warunkach opisanych w treści oświadczenia; oferta i oświadczenie firmy Pana A. J. o udzieleniu rabatu w wysokości 12% na warunkach opisanych w treści oświadczenia; oferta i pismo spółki Ferrbud sp. z o. o. datowane na 4 grudnia 2020 r.; opinia dendrologiczna sporządzona przez dr inż. W. B., architekta krajobrazu, specjalistę dendrologa; wyczerpujące wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia; oferta MARKFLOR sp. z o. o. sp. k.; Pytania i odpowiedzi oraz wyjaśnienia do treści SIWZ z 12.10.2020 r.; Projekt wykonawczy inwentaryzacja i gospodarka zieleni; Wzór Umowy.

Pismem z dnia 4 stycznia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł m.in., że przedstawione w odwołaniu zarzuty są chybione, a ich uzasadnienie nie znajduje oparcia w stanie prawnym i faktycznym przedmiotowej sprawy. W treści odwołania nie podniesiono nawet próby merytorycznej lub prawnej polemiki, jak i nie przedstawiono dowodów i uzasadnienia dla postawionych zarzutów, w odniesieniu do argumentów Zamawiającego przedstawionych w zawiadomieniu o wyniku postępowania. Zamawiający powołał się na dowody w postaci: tabeli porównujących wartości złożonych ofert (Tabela 1,2 i 3), symulacji tabelarycznej (Tabela 4 i 5), wymagania SIWZ - skrzynka, str. 14 kosztorysu na roboty budowlane, oferta firmy FERRBUD Sp. z o.o. z dnia 30.10.2020r. na skrzynki rozsączające PP, katalog System skrzynek rozsączających STORMBOX i STORMBOX II, specyfikacja - Związek Szkółkarzy Polskich - wydruk ze strony internetowej.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności Zamawiającego w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy, podczas gdy to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza i nie podlegała odrzuceniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania wobec czynności Zamawiającego spowodowałoby, iż oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza, gdyż została sklasyfikowana przez Zamawiającego na pierwszym miejscu, a następnie bezpodstawnie odrzucona. Wybór oferty następnej w rankingu ofert, wobec bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Grożąca Odwołującemu szkoda to przede wszystkim utracone korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, którego Odwołujący nie uzyska w przypadku pozostawienia w obrocie prawnym wadliwej czynności Zamawiającego polegającej na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego i wybrania oferty innej niż oferta Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wobec wypełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp uczestnikiem postępowania odwoławczego stał się wykonawca K. U. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: F.U.H. STAR-KOP K. Uw Czernichowie (dalej również: „Przystępujący”), który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W piśmie z dnia 4 grudnia 2020 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2020 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego oraz przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania. W ocenie Przystępującego zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na wskazanych przez Zamawiającego podstawach. Do pisma zostały załączone: wydruki GUS dotyczące struktury wynagrodzeń według zawodów w październiku 2028 (wyciąg), Wyczerpujące wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano - montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2021 r. (bez podpisu)

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Strony i Przystępującego wskazane w ww. pismach oraz złożoną na rozprawie opinię prywatną przedłożoną przez

Odwołującego wydaną przez dr inż. Grzegorza Śladowskiego.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Pismem z dnia 28 października 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia treści oferty w zakresie kalkulacji ceny, jak i samej ceny oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż zaproponowana przez Odwołującego w ofercie cena w odniesieniu do robót budowlanych jest niższa o 28 % od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem tego postępowania, natomiast cena za wykonanie nasadzeń zieleni jest wyższa o ponad 80 % od szacunków dokonanych przez Zamawiającego, a także od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Poinformował, że wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny i ewentualności naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz przepisów związanych z uczciwą konkurencją, budzi fakt, że aż tak znaczną wartość przyjęto na cenę zieleni, a niską, wręcz zanizoną, na roboty budowlane. Z uwagi na możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty, w aspekcie robót budowlanych, a zarazem zawyżenia wartości nasadzeń zieleni, Zamawiający w oparciu o powołaną wyżej podstawę prawną wezwał do szczegółowego i jednoznacznego wyjaśnienia ceny, w szczególności w zakresie wykazania, o ile dotyczy: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity: Dz.U. z 2018r., poz. 2177 z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający wniósł w szczególności o: 1) przedstawienie stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na kalkulację i cenę oferty oraz szczegółowych wyliczeń - kosztorysów szczegółowych na roboty budowlane i wykonanie zieleni z podaniem kosztów materiałów i urządzeń, 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, 2) szczegółowe wyliczenie kosztów, 3) ewentualnie dokumentów lub oświadczeń, umów z podwykonawcami czy współpracownikami, ofert dostawców materiałów i urządzeń, ofert na sprzedaż lub dostawę zieleni itp., które miały wpływ na kalkulację ceny oferty w poszczególnych zakresach i elementach zamówienia, 4) wskazanie zysku, jaki zakłada osiągnąć Wykonawca w wyniku realizacji niniejszego zamówienia, 5) przedstawienie dokumentów lub oświadczeń, ofert potencjalnych współpracowników lub umów z współpracownikami, itp., które miały wpływ na kalkulację ceny oferty w poszczególnych zakresach i elementach zamówienia (w szczególności dotyczącej urządzeń tzw. małej architektury), 6) kosztów transportu, sprzętu, itp., związanych z wykonaniem zamówienia i niezbędnych do jego należytego wykonania. Zamawiający podkreślił, iż złożone wyjaśnienia mają uwzględniać w szczególności oprócz dowodów na możliwość ich wykonania za zaoferowane ceny, także szczegółowe wyliczenia (kalkulacje) i uzasadnienia dla zaoferowanej ceny oferty oraz sposobu jej kalkulacji, czyli znacznego zawyżenia wartości nasadzeń zieleni i obniżenia wartości robót budowlanych. Ocena przekazanych w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień, w tym odpowiednich szczegółowych wyliczeń, kalkulacji lub kosztorysów, oświadczeń i dowodów itp., pozwoli na ustalenie czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na roboty budowlane oraz czy nie doszło do nieprawidłowej kalkulacji ceny. W konsekwencji pozwoli na realną ocenę, czy oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i czy jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych w tym zakresie za zaoferowaną cenę, przy uwzględnieniu warunków i wymagań opisanych w SIWZ oraz obecnych realiów rynkowych, czyli znaczącego wzrostu kosztów pracy. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie do wyjaśnień Odwołujący podał, że cena całkowita oferty (łącznie kwota brutto) nie jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem tego postępowania, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, co wyłącza obligatoryjność stosowania procedury wzywania o wyjaśnienie ceny zastosowanej w przedmiotowej ofercie. Wychodząc jednak naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego oświadcza, że jest zdolny do należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę zarówno w zakresie robót budowlanych, jak i w zakresie pozostałym. Przyczyną niższych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych jest fakt, że będą one wykonywane przy pomocy personelu zatrudnionego na etacie (na czas nieokreślony). Zatrudnienie tego personelu jest zatem kosztem stałym. Z kolei w zakresie nasadzeń zieleni wykonawca będzie sięgać po personel zewnętrzny, z którym będą zawarte odrębne umowy po wyższych, narzuconych przez tenże personel stawkach. Atrakcyjna cena oferty w zakresie materiałów budowlanych wynika z unikalnego kontaktu handlowego, przez co w aktualnym miejscu i czasie, dzięki posiadanym kontaktom biznesowym ma możliwość pozyskania potrzebnych elementów od dostawców posiadających je na stanie. Wyższa cena oferty w zakresie nasadzeń roślinności wynika z ryzyka kontraktowego, które przyjmuje na siebie w niniejszym postępowaniu. Skoro Zamawiający wskazuje termin realizacji zamówienia na dzień 12 marca 2021 r., to etap nasadzeń będzie przypadał zimą. Okoliczność ta powoduje, że po stronie wykonawcy zachodzi ryzyko nieprzyjęcia się niektórych nasadzeń z uwagi na okres wegetacyjny roślin. Stąd też rzetelny Wykonawca powinien był - w zakresie nasadzeń - założyć rezerwę na ryzyko kontraktowe polegające na konieczności powtórzenia nasadzeń. Opisane działania nie stanowią czynów nieuczciwej konkurencji, ani też nie stanowią naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, albowiem, formułując ofertę, ma prawo wykorzystać posiadaną wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji nasadzeń zimą, jak również szczególnie sprzyjające czynniki biznesowe w postaci posiadanych kontaktów handlowych, wiedzy o korzystnych źródłach zaopatrzenia w potrzebne do realizacji zamówienia produkty i fakt zatrudniania personelu na stałe. Do oferowanych świadczeń zastosowane zostały stawki podatku od towarów i usług obowiązujące na moment ofertowania.

Pismem z dnia 2 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego podając, iż nastąpiło to na podstawie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2020r. poz. 1913 z późn. zm., dalej w skrócie uznk), z uwagi na fakt, iż Wykonawca dokonał manipulacji cenowej w złożonej ofercie, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy uznk,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie, z którymi Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP, z uwagi na fakt, iż treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (SIWZ) w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, odpowiednio do niżej opisanego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w tym zakresie Zamawiający podał:

„Ad. a) Zamawiający podnosi, iż ustawa Pzp jest narzędziem, które ma umożliwić prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na równych dla wszystkich zasadach. Równe traktowanie ma zagwarantować chociażby art. 7 ust. 1 Pzp. Właśnie ten przepis nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców. Postępowanie ma być także prowadzone zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, gdy okaże się, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast jako czyn nieuczciwej konkurencji art. 3 ust. 1 ustawy uznk wskazuje działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Wyjaśnić należy, iż Wykonawca w toczącym się postępowaniu złożył ofertę w cenie brutto: 1.506.900,00 zł, przy czym w powyższej wartości oferty uwzględniono roboty budowlane za łączną kwotę brutto: 1.020.900,00 zł oraz wykonanie nasadzeń zieleni za łączną kwotę brutto: 486.000,00 zł.

Na wstępie wyjaśnić należy, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena w odniesieniu do robót budowlanych jest o 28% niższa od dokonanego z należytą starannością szacunku zamówienia, natomiast cena za wykonanie nasadzeń zieleni jest wyższa o 82% od szacunków dokonanych przez Zamawiającego, a także od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o odpowiednio na roboty budowlane niższa o 36% i wyższa o 172% na nasadzenia zieleni.

Wskazane wartości są bardzo istotne, dlatego też w procesie składanych wyjaśnień i dowodów dotyczących realności i prawidłowości zaoferowanej ceny Wykonawca winien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać prawidłowość dokonanej kalkulacji i przedłożyć wiarygodne dowody w tym aspekcie. Niemniej w ocenie Zamawiającego Wykonawca tego nie uczynił, gdyż złożone wyjaśnienia co do prawidłowości kalkulacji ceny i ewentualności naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz przepisów związanych z uczciwą konkurencją, nie uzasadniają w żadnej mierze w sposób wiarogodny, jak też nie dokumentują, dlaczego aż tak znaczną wartość przyjęto na cenę zieleni, a proporcjonalnie aż tak niską na roboty budowlane.

W ocenie Zamawiającego dokonana przez Wykonawcę kalkulacja ceny oferty jest nierzetelna, niezgodna z zakresem zamówienia i jego szacowaną, jak i rynkową wartością oraz wartościami pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, a tym samym uznać należy, że złożenie takiej oferty jest czynem nieuczciwej konkurencji. Treść oferty, jak i złożone wyjaśnienia, wskazują iż Wykonawca dopuścił się celowej inżynierii cenowej, mającej mu zapewnić nieuzasadnioną przewagę nad konkurencją, poprzez uzyskanie większej niż należąca liczba punktów w jednym z kryteriów oceny i porównania ofert jakim jest cena. Działanie to miało mu również zapewnić nieuprawniony większy zysk z uwagi na potencjalne odprowadzenie mniejszej wartości podatku od towarów i usług Vat. Wynikałoby to z powodu zaniżenia wartości robót budowlanych objętych stawką wyższą, czyli 23%, przy równoczesnym zwiększeniu wartości nasadzeń zieleni objętych stawką niższą, czyli 8%.

Przejawem manipulacji cenowej nie jest, jak w tym wypadku tylko przyjmowanie rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych ofert, a co za tym idzie próba wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania z ich realnymi kosztami za dany zakres.

Zamawiający wskazuje, iż 28 października 2020r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści i ceny oferty. W skierowanym wezwaniu Zamawiający wyraźnie i precyzyjnie wyszczególnił aspekty związane z możliwą rażąco niską ceną ofert w zakresie robót budowlanych, zaznaczając jakie oświadczenia i dowody należy ewentualnie wykazać na potwierdzenie realności ceny. Równocześnie wezwał do wyjaśnienia treści oferty w aspekcie sposobu jej kalkulacji, która budziła wątpliwości co do możliwości naruszenia ustawy uznk oraz ustawy o podatku od towarów i usług Vat.

W odpowiedzi otrzymał informacje i kalkulacje, w których Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania zakresu związanego z zielenią jest stosunkowo wysoki z uwagi na ryzyko kontraktowe nieprzyjęcia się niektórych roślin zakładając rezerwę na ponowne nasadzenia i powierzenie tych prac personelowi zewnętrznemu. Zaznaczyć należy, że zarówno ani w treści oferty, ani udzielonych wyjaśnień nie został wskazany żaden podwykonawca zieleni, a co za tym idzie realne koszty takich prac. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, czyli ewentualnego zatrudnienia osób lub podwykonawców w zakresie wykonania zieleni, a tym samym związanych z tym aż tak znaczących kosztów prac i ryzyka związane z nasadzeniami.

Wykonawca w swej ofercie wykazał kwotę 486.000,00 zł brutto za wykonanie zieleni, natomiast w załączniku do wyjaśnień przekazał ofertę na materiał roślinny z firmy MARKFLOR Sp. z o.o. Sp. k., z dnia 20.10.2020r., na kwotę 104.684,40 zł. Tym samym z kalkulacji wynika, iż Wykonawca ma zamiar przeznaczyć kwotę 381.315,60 zł na robociznę, sprzęt i materiały do nasadzeń. Zgodnie przedstawionym z kosztorysem zieleni Wykonawca założył stawkę roboczo-godziny w wysokości 30,50 zł, a w kosztorysie inwestorskim przyjęto stawkę rzędu 20,44 zł. Natomiast w kosztorysie na roboty budowlane Wykonawca założył stawkę roboczo-godziny na poziomie 25 zł, podczas gdy do prac ogrodniczych nie są wymagani pracownicy wykwalifikowani, gdyż prace te nie są skomplikowane, w przeciwieństwie do robót budowlanych, gdzie stawki roboczo-godziny są zawsze większe. Dodatkowo Wykonawca w kosztorysie zieleni do stawki roboczo-godziny dołożył ryzyko kontraktowe rzędu 48% co w rzeczywistości daje nam realną stawkę roboczo-godziny w kwocie 45,14 zł, która zdecydowanie odbiega od stawek rynkowych. Wykonawca również doliczył ryzyko kontraktowe w wysokości 48% do ceny materiału roślinnego ze względu na możliwość nieprzyjęcia się części roślin w związku z sadzeniem ich w okresie zimowym.

Zamawiający zauważa w tym miejscu, iż ma wieloletnie doświadczenie w sadzeniu drzew z bryłą korzeniową w okresie późnej jesieni i wiosny przez profesjonalne firmy ogrodnicze. Z poczynionych obserwacji w praktyce wynika, że ryzyko nieprzyjęcia się drzew sadzonych w tym okresie jest praktycznie zerowe. Dlatego też wkalkulowanie, aż w tak znacznej wysokości ryzyka w cenę oferty jest w zupełności nieadekwatne.

Poniżej Zamawiający przedstawia drastycznie zawyżone koszty z kalkulacji nasadzeń zieleni w odpowiednich pozycjach kosztorysu Wykonawcy w porównaniu z kosztorysem inwestorskim (kwoty podane w wartościach netto), które wskazują na rażące różnice w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, tj.:

a)Poz. 1. Wykonanie trawników dywanowych siewem na gruncie kat. III z nawożeniem - w kosztorysie inwestorskim

13.795,02 zł, wycena Wykonawcy 34.658,82 zł,

- b) Poz. 4. Sadzenie drzew i krzewów - dereń kanadyjski - w kosztorysie inwestorskim 14.190,75 zł, wycena Wykonawcy 21.945,00 zł,
- c) Poz. 5. Sadzenie drzew i krzewów - klon pospolity - w kosztorysie inwestorskim 288,13 zł, wycena Wykonawcy 3.183,02 zł,
- d) Poz. 6. Sadzenie drzew i krzewów - bluszcz pospolity - w kosztorysie inwestorskim 2.634,94 zł, wycena Wykonawcy kwota 4.676,56 zł,
- e) Poz. 7. Sadzenie drzew i krzewów - sosna górską liliput - w kosztorysie inwestorskim 12.193,80 zł, wycena Wykonawcy 29.550,60 zł,
- f) Poz. 8. Sadzenie drzew i krzewów - dereń rozłogowy - w kosztorysie inwestorskim 38.598,84 zł, wycena Wykonawcy 59.690,40 zł,
- g) Poz. 9. Sadzenie drzew i krzewów - dławisz okrągłolistny - w kosztorysie inwestorskim 6.276,93 zł, wycena Wykonawcy 10.144,20 zł,
- h) Poz. 10. Sadzenie drzew i krzewów - trzcinnik ostrokwiatowy - w kosztorysie inwestorskim 14.680,38 zł, wycena Wykonawcy 22.822,80 zł,
- i) Poz. 11. Sadzenie drzew i krzewów - rozpielnica japońska - w kosztorysie inwestorskim 122.750,70 zł, wycena Wykonawcy 196.042,00 zł,
- j) Poz. 12. Sadzenie drzew i krzewów - imperata cylindryczna - w kosztorysie inwestorskim 15.842,06 zł, wycena Wykonawcy 25.163,60 zł,
- k) Poz. 13. Sadzenie drzew i krzewów - grab pospolity - w kosztorysie inwestorskim 2.641,38 zł, wycena Wykonawcy 39.150,79 zł.

Porównanie w zestawieniu ze złożonymi wyjaśnieniami, wyraźnie wskazuje, że Wykonawca w sposób celowy, a przy tym nieuzasadniony, zawyżył koszty wykonania zieleni.

Ponadto Wykonawca popełnił błąd w próbie wykazania realności ceny zieleni, co potwierdza manipulowanie wartościami jednostkowymi cen. Wartość zieleni według przedstawionego do wyjaśnień kosztorysu to kwota 451.848,69 zł netto, czyli 487.293,51 zł brutto, a tym samym faktycznie jest ona wyższa od kwoty podanej w ofercie o 1.293,51 zł. Tym samym przedstawiony kosztorys, z uwagi na wykazaną rozbieżność w sumarycznej wartości, jest nieadekwatny do treści złożonej oferty.

Wykonawca wyjaśnił również, iż koszt wykonania zakresu związanego z zielenią jest stosunkowo wysoki z uwagi na ryzyko kontraktowe nieprzyjęcia się niektórych roślin zakładając rezerwę na ponowne nasadzenia i powierzenie tych prac personelowi zewnętrznemu lecz ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach, nie został wskazany konkretnie żaden podwykonawca, a co za tym idzie koszty prac z tym związanych. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie tego stanowiska, czyli ewentualnego zatrudnienia osób lub podwykonawców w zakresie wykonania zieleni, jak też żadnych kompleksowych dowodów co do realności podanych w kosztorysie zieleni cen, co jest niezgodne z wezwaniem Zamawiającego.

Zamawiający ponadto odnosi się do wykazanego w wyjaśnieniach dodatku ryzyka kontraktowego w zakresie wykonania trawnika z siewu w wysokości 48% do robocizny i kosztu nasion traw z powodu ewentualnego nieprzyjęcia się materiału roślinnego sadzonego w okresie zimowym, wskazując że na etapie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jedno z pytań do przetargu brzmiało:

„Pytanie nr 24: W SIWZ jest zapis „Zamówienie musi zostać wykonane w terminie do dnia 12.03.2021r., licząc od dnia zawarcia umowy”. Jak Zamawiający przewiduje wykonanie prac związanych z siewem traw? Termin ten uniemożliwia wykonanie tego zakresu w sposób prawidłowy gdyż optymalny okres w którym zakłada się trawniki to od końca kwietnia do połowy września. Zamawiający wymaga aby na prace związane z zielenią wykonawca udzielił co najmniej 12-miesięczny okres gwarancji a tym samym wymaga prawidłowego wykonania prac?”

Odpowiedź nr 24: Zamawiający informuje, iż może wydłużyć termin wykonania trawnika z siewu w przypadku złych warunków atmosferycznych zgodnie z zapisami wzoru umowy i wskazanymi przypadkami możliwości jej zmian.”

W związku z powyższym, że Zamawiający zgodził się na ewentualne przesunięcie terminu wykonania trawnika z siewu nie można tutaj mówić o jakimkolwiek ryzyku zwłaszcza, że Wykonawca miał zamiar zlecić prace ogrodnicze podwykonawcy, czyli profesjonalnej firmie, która zajmuje się na co dzień takimi pracami, zgodnie z treścią wynikającą z udzielonych wyjaśnień.

Ponadto Wykonawca założył koszt nasion trawy w kwocie 35,00 zł/kg netto, czyli 37,80 zł brutto - z ryzykiem kontraktowym to 55,94 zł brutto, natomiast ceny rynkowe wynoszą około 25,70 zł/kg - 21,00 zł/kg brutto.

Dodać należy, iż w sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje rozbięcie wynagrodzenia Wykonawcy na części składowe, a w przypadku niniejszego postępowania na koszty za wykonanie robót budowlanych oraz za wykonanie nasadzeń zieleni, ceny te nabierają samodzielnego charakteru i składają się na cenę ostateczną jaką faktycznie zapłaci Zamawiający. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że oferowane ceny zawsze powinny zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia wynikające z warunków stawianych przez Zamawiającego, a w tym między innymi pokrywać rzeczywiste koszty, jakie musi ponieść każdy przedsiębiorca realizujący daną czynność, w tym koszty pracy, koszty sprzętu, materiałów, jeśli takie występują.

Dokonując oceny przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, a także biorąc pod uwagę obiektywne czynniki wymienione powyżej, Zamawiający uznał, że brak jest faktycznego wykazania realności kosztów za wykonanie nasadzeń zieleni i za wykonanie robót budowlanych, w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach, co stanowi przesłankę do odrzucenia oferty z powodu wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

Przywołany wyżej art. 3 ust. 1 uznk stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Zamawiającego w ofercie Wykonawcy dokonano manipulacji cenowej polegającej na przerzuceniu części rzeczywistych, realnych kosztów robót budowlanych ze stawką Vat 23% do kosztów za wykonanie nasadzeń zieleni objętych niższą stawką podatku Vat w wysokości 8%. Taka inżynieria cenowa powoduje wpływ na klasyfikację oferty w

cenowym kryterium oceny i porównania ofert stawiając odrzuconą ofertę na wyżej pozycji niż faktycznie powinna zajmować przy rzetelnej kalkulacji ceny oferty. W efekcie ziszcza się obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy uznk.

Zaznaczyć także trzeba, że ceny za wykonanie nasadzeń zieleni zaoferowane przez Wykonawcę drastycznie odbiegają od cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników niniejszego postępowania przetargowego, jak i realnych cen rynkowych oraz szacunku Zamawiającego, gdyż zostały one skalkulowane nieprawidłowo, sprzecznie z SIWZ, jak i sprzecznie z obowiązującymi przepisami i dobrymi obyczajami kupieckimi.

Ponadto należy przypomnieć, iż dokonana przez Wykonawcę manipulacja wartościami cenowymi za poszczególne zakresy zamówienia nie tylko daje nieuzasadnioną przewagę w uzyskaniu punktów w kryterium cenowym porównania i oceny ofert, a dodatkowo w ocenie Zamawiającego może również naruszać przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, gdyż dla robót budowlanych obowiązuje 23% stawka podatku VAT, a dla nasadzeń zieleni stawka 8% tego podatku.

Uznać należy, iż działanie Wykonawcy polegające na manipulacji cenami jest działaniem świadomym, celowym i zamierzonym, sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym oraz przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia:

- 1) interesu Zamawiającego i interesu publicznego z uwagi na zaniżenie kwoty podatku VAT oraz
  - 2) interesu uczestników postępowania, którzy złożyli oferty skalkulowane w oparciu o realne, rynkowe ceny w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ i obowiązującymi przepisami,
- a to stanowi dostateczną kwalifikację, jako deliktu nieuczciwej konkurencji, z konsekwencjami nakazanymi art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, czyli konieczność odrzucenia oferty.

Zamawiający dodaje, iż w opisanym stanie faktycznym cena za wykonanie nasadzeń zieleni jest w tym elementem strategii biznesowej, która w rezultacie buduje przewagę nad konkurencją, tej która rzetelnie liczy koszty, przy tych samych założeniach przedstawionych przez Zamawiającego w zamówieniu. Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami za poszczególne zakresy w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i nadzwyczajnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, stosunkowo niska, ma więc na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków Zamawiającemu, lecz wykorzystanie bilansu przyjętego systemu kwalifikacji kosztów ze szkodą zarówno dla Zamawiającego, jak i innych Wykonawców. Takie działania naruszają także dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do realnych kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą.

Powyższe stanowisko potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej, z którego wynika, iż: „Manipulacja ceną może polegać między innymi na przeniesieniu ceny / kosztu wykonania zamówienia pomiędzy pozycjami w sposób narażający Zamawiającego na poniesienie zwiększonych wydatków, w tym bez względu na to, czy dany element zamówienia zostanie wykonany. (...) Z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotną wartością takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji Wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny.(... )” - KIO 2225/16, KIO 2226/16, KO 2229/16, KIO 2230/16.

Przedstawione okoliczności i stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, w przekonaniu Zamawiającego, powoduje iż mamy w tym przypadku ujawnione ewidentnie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a takie działanie jest niedopuszczalne, ponieważ utrudnia innym Wykonawcom dostęp do rynku. Znajduje to potwierdzenie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 473/17 z dnia 28 marca 2017r. orzeczono, iż „(...) w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc "manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ". S0 w Poznaniu sygn. IX Gc 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322. Analogiczne stanowiska KIO zajmowała w sprawach sygn. akt: KIO 640/11 oraz sygn. akt: KIO 2787/11, czy sygn. akt: KIO 7/13, gdzie w szczególności w tej ostatniej negatywnie oceniła manipulowanie przez wykonawcę elementami oferty (w tym wypadku cenami jednostkowymi).”

Podobnie w kontekście sztucznego manipulowania elementami oferty z myślą, tylko o ocenie punktowej wypowiedziała się Izba w wyroku o sygn. KIO 1934/12., w którym wskazała, iż „Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być, bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, czego zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Tym samym w ocenie Izby zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w kwestii manipulowania cenami ofert w celu sztucznego podwyższenia punktacji oferty, uznając takie praktyki za naganne i predestynujące oferty Wykonawców, którzy je stosują do odrzucenia.

Potwierdzają to również inne wyroki, w tym wyrok sygn. akt: KIO 2553/15 wyrok sygn. akt: KIO 2015-12-03 LEX nr 1978069, w którym orzeczono, że „Działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązanego do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Uczciwe konkurowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej.”

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać, czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe uzasadnienie i przywołane orzecznictwo dowodzi, iż przeprowadzone przez Zamawiającego w niniejszym przypadku badanie było przeprowadzone należycie i potwierdziło, że Wykonawca dopuścił się manipulacji cenami pomiędzy ceną za zakres dotyczący robót budowlanych, a ceną za zakres dotyczący nasadzeń zieleni.

Mając powyższe na uwadze oraz zgromadzony materiał dowodowy, jak i obowiązujące tezy piśmiennictwa oraz przywołane orzecznictwo, Zamawiający stwierdza, że odrzucenie oferty wskazanego wyżej Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) jest konieczne i w pełni zasadne, a w konsekwencji zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Ad. b) Zamawiający podnosi też, iż odrzuca także ofertę wskazanego Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, gdyż złożona przez Wykonawcę oferta zawiera cenę rażąco niską cenę w odniesieniu do robót budowlanych.

Na wstępie trzeba zauważyć, iż zaoferowana cena jest niższa 28% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem tego postępowania powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a także niższa o 36% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w aspekcie wartości robót budowlanych.

Wskazane wartości są bardzo istotne, dlatego też w procesie składanych wyjaśnień i dowodów dotyczących realności i prawidłowości zaoferowanej ceny Wykonawca winien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać prawidłowość dokonanej kalkulacji i przedłożyć wiarygodne dowody w tym aspekcie. Niemniej w ocenie Zamawiającego Wykonawca tego nie uczynił, gdyż złożone wyjaśnienia wraz z załącznikami nie potwierdzają, aby możliwym było wykonanie zakresu zamówienia objętego robotami budowlanymi za zaoferowaną cenę.

Zamawiający przypomina, iż w dniu 28 października 2020r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści i ceny oferty. W odpowiedzi otrzymał informacje i kalkulacje, w których Wykonawca wskazał, iż do realizacji zadania w zakresie ogólnobudowlanym nie będzie zatrudniał podwykonawców, stąd jego oferta w tym zakresie jest korzystniejsza względem cen rynkowych. Wartość robót budowlanych według przedstawionego wraz z wyjaśnieniami kosztorysu to 829.284,64 zł netto czyli 1.020.020,11 zł brutto, co powoduje niezgodność z wartością wskazaną w treści oferty, gdyż jest ona niższa niż kwota przedstawiona w ofercie o 879,89 zł brutto. Dowodzi to błędów w kalkulacji, które wynikają najprawdopodobniej z inżynierii cenowej opisanej powyżej.

Niezależnie od wskazanej niezgodności, w ocenie Zamawiającego Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niską i że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i treścią SIWZ za zaoferowaną cenę.

Analiza przedstawionego kosztorysu prowadzi do jednoznacznego stwierdzenia, że Wykonawca zaniżył koszty wykonania robót budowlanych. Przykładowo należy wskazać, że Wykonawca przedstawił ofertę firmy Eurogama na materiał do wykonania nawierzchni mineralno-żywiczej EKOWAY grubości 4cm na kwotę netto 221,00 zł/m<sup>2</sup>. Do wykonania nawierzchni mineralno-żywiczej zgodnie z przedstawionym kosztorysem (poz. 19) jest 102 m<sup>2</sup> czyli koszt samego materiału bez robocizny to 22.542,00 zł netto natomiast Wykonawca za wykonanie tego elementu wskazał kwotę 10.200,00 zł netto z robocizną. Pozycja ta według kosztorysu inwestorskiego powinna kosztować 28.458,00 zł netto.

Poniżej Zamawiający przedstawia szczegółowe uwagi do złożonego w ramach wyjaśnień kosztorysu ofertowego na roboty budowlane, porównując niektóre jego wartości do kosztorysu inwestorskiego (kwoty podane w wartościach netto), które wskazują na rażące różnice w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, tj.:

- a) Poz. 23. Wywóz ziemi samochodami samowytadowczymi za każdy następny 1 km - inwestorski kwota 11.426,10 zł, Wykonawca kwota 467,57 zł,
- b) Poz. 29. Montaż deski z drzewa egzotycznego - inwestorski kwota 3.910,00 zł, Wykonawca kwota 1.150,00 zł,
- c) Poz. 31. Montaż ławki z drewna egzotycznego - inwestorski kwota 3.450,00 zł, Wykonawca kwota 750,00 zł,
- d) Poz. 44. Dostawa i montaż słupy szklane parasole -j inwestorski kwota 78 100,00 zł, Wykonawca kwota 27.500,00 zł,
- e) Poz. 57. Dostawa i montaż - skrzynki rozsączające PP o wym. 500 x 1000 x 400 mm - inwestorski kwota 53.096,64 zł, Wykonawca kwota 20.000,00 zł,
- f) Poz. 58. Studzienki kanalizacyjne systemowe PE fi 425 mm - zamknięcie rurą teleskopową, kineta PE - inwestorski kwota 49.972,64 zł, Wykonawca kwota 9.193,12 zł.

Ponadto Wykonawca przedstawił ofertę na dostawę i montaż urządzeń od firmy F.P.U.H. „Molorz” J. C. Wykonawca przedstawił w swoim kosztorysie te same kwoty mimo, iż wskazuje w tych pozycjach zysk rzędu 20% a zgodnie z przedstawioną ofertą i kosztorysem nie zarabia nic. Poniżej przedstawiono kwoty z oferty dostawcy i kwoty z kosztorysu:

- a) Poz. 40. Dostawa i montaż - ławka strzelnicza - oferta 15.000,00 zł, kosztorys Wykonawcy 15.000,00 zł,
- b) Poz. 41. Dostawa i montaż - camera obscura- oferta 15.000,00 zł, kosztorys Wykonawcy 15.000,00 zł,
- c) Poz. 43. Dostawa i montaż - komplet ławek i stołów - oferta 20.000,00 zł, kosztorys Wykonawcy 20.000,00 zł,
- d) Poz. 47. Dostawa i montaż - miejsca do siedzenia na drewnianych podestach - oferta 12.500,00 zł, kosztorys Wykonawcy 12.500,00 zł,
- e) Poz. 48. Dostawa i montaż - donice drewniane - oferta 7.200,00 zł, kosztorys Wykonawcy 7.200,00 zł. t ^ t

Kolejną przedstawioną do złożonych wyjaśnień jest oferta Zakładu Ślusarsko-Kowalskiego na dostawę i montaż urządzeń małej architektury. W tym przypadku identycznie jak w powyższym Wykonawca przedstawił w swoim kosztorysie te same kwoty mimo, iż wskazuje w tych pozycjach zysk rzędu 20% a zgodnie z przedstawioną ofertą i kosztorysem nie zarabia nic. Poniżej przedstawiono kwoty z oferty dostawcy i kwoty z kosztorysu:

- a) Poz. 38. Dostawa i montaż - kosze na śmieci - oferta 6.000,00 zł, kosztorys Wykonawcy 6.000,00 zł,
- b) Poz. 44. Dostawa i montaż - słupy szklane parasole - oferta 27.500,00 zł, kosztorys Wykonawcy 27.500,00 zł.

W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i lakoniczne, pozbawione rzetelnej kalkulacji ceny i dowodów na jej poparcie, a w konsekwencji nie dowodzą, że zaoferowana cena jest realna i ma charakter rynkowy. Wyjaśnienia wręcz potwierdzają, iż Wykonawca zaoferował rażąco niską cenę i nie udowodnił możliwości należytego wykonania zamówienia w zakresie robót budowlanych za zaoferowaną wartość.

Wyjaśnić należy, iż Wykonawca odpowiadając na wezwanie, musi przedstawić przede wszystkim szczegółowe wyjaśnienia, gdyż ich niezłożenie, albo złożenie ich w zakresie wybiórczym i nie dokumentującym realności podanej ceny,

skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z ust. 3 art. 90 ustawy Pzp., W ocenie Zamawiającego Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien przede wszystkim odnieść się do tych elementów oferty, które budzą wątpliwości Zamawiającego wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz złożyć stosowne dowody, jak i wiarygodne wyliczenia, a w przedmiotowej sprawie tego nie uczynił. Zamawiający zaznacza, iż obowiązek wykazania, że oferta zawiera rażąco niską cenę spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający, podkreśla, iż wyszczególnione powyżej elementy oferty stanowią bardzo istotne części składowe ceny oferty w zakresie robót budowlanych, które niezależnie od innych pozycji indywidualnej kalkulacji ceny, również podlegają badaniu przez Zamawiającego pod względem rażąco niskiej ceny i mają wpływ na tą ocenę, co potwierdza wykładnia Krajowej Izby Odwoławczej zawarta w wyroku z dnia 22.12.2017r. (KIO 2588/17), że: „Co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Natomiast, ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należyście. A zatem, przesłanką stosowania regulacji dot. rażąco niskiej ceny powinno być zagrożenie należytego wykonania umowy”. Jak również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.01.2018r., sygn. akt KIO 2725/17:” Zamawiający może wezwać wykonawcę w każdej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit.”

Powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, jak i treść art. 90 ust. 1 ustawy PZP, który stanowił podstawę do kierowania przez Zamawiającego wniosków o stosowne wyjaśnienia i dowody w tym aspekcie, która winien złożyć Wykonawca, potwierdza, iż nawet mimo ryczałtowego charakteru zamówienia, jak ma to miejsce w niniejszym przypadku, Zamawiający może uznać, że nie tylko cena sumaryczna oferty w zakresie podstawowym, ale również jej istotne części składowe podlegają ocenie, a w konsekwencji, tak jak ma to miejsce w przypadku oferty odrzuconej, uznać, że cena oferty w zakresie podstawowym, jak i wskazane wyżej ceny poszczególnych elementów składowych ceny oferty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i ceny za zakres podstawy zamówienia zawartych w ofertach innych Wykonawców.

Dla pełnego przedstawienia okoliczności niniejszej sprawy Zamawiający zauważa, że przywołały przepis ustawy Pzp począwszy od dnia 28 lipca 2016r. ma następujące brzmienie: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”, co dowodzi tego, iż Zamawiający był uprawniony do zbadania ceny i istotnych części składowych ceny oferty w zakresie podstawowym.

W konsekwencji uznać należy, iż oferta zawiera rażąco niską cenę za roboty budowlane w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że zaoferowana cena oferty za ten zakres nie jest realną ceną rynkową, za którą Wykonawca może należyście zrealizować przedmiot zamówienia.

Drugim aspektem, który należy przedstawić, a jaki podlega ocenie przez Zamawiającego w ramach badania rażąco niskiej ceny oferty jest treść składanych przez Wykonawcę wyjaśnień, do których został on wezwany w oparciu o art. 90 ust 1 ustawy PZP, bowiem „2. Ciężar dowodu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a także, że treść oferty odpowiada SIWZ, spoczywa na wykonawcy. Zatem wykonawca nie tylko winien zastosować się do wymagań SIWZ, ale także jednoznacznie wykazać poszczególne koszty. Wykonawca, który nie odpowiada na wezwanie Zamawiającego, lub odpowiada w sposób uniemożliwiający dokonanie oceny wyjaśnień, a tym samym nie usuwa wątpliwości co do zgodności jego oferty z treścią SIWZ lub nie obala domniemania rażąco niskiej ceny, naraża się na sankcję w postaci odrzucenia oferty.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 120/18; KIO 133/18; KIO 135/2018 z dnia 06.02.2018r.). Dlatego też, jak trafnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 722/16 z dnia 19.05.2016r.: „Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu”.

Liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzają zasadność decyzji Zamawiającego, gdyż według orzecznictwa składane wyjaśnienia powinny być precyzyjne i uzasadnione. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie między innymi w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 66/16 z dnia 2 lutego 2016r., w którym wskazano, iż „(...) ciężar wykazania Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na Wykonawcy (wyrok z KIO z dnia 2 lipca 2012r. sygn. akt: KIO 1292/12). 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 (wyrok KIO z dnia 20 lutego 2012r., sygn. akt: KIO 109/12, KIO 125/12).”

W niniejszym przypadku Wykonawca nie sprostął powyższym wymaganiom i nie udowodnił, że oferowana przez niego cena za zakres objęty robotami budowlanymi nie jest rażąco niską i w związku z faktycznym brakiem udowodniania realności zaoferowanej ceny za roboty jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o wskazaną wyżej podstawę prawną.

Potwierdza to także orzecznictwo KIO wyrażone w wyroku KIO z dnia 15 października 2018r., sygn. Akt: KIO 1972/18, w którym orzeczono, iż „Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje

warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny."

Również w wyroku KIO z dnia 21 maja 2018r., sygn.akt KIO 864/18, Izba wskazała, iż „(...) Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Na wykonawcy ciąży więc obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu w jakich dokonano ich kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Co więcej, Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana oceną wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp)”.

W orzecznictwie podkreśla się, że charakter ceny rażąco niskiej można przypisać cenie, która jest nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Kolejnym kryterium oceny może być ustalenie średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym (wyrok SO w Poznaniu z 04.06.2008r. X Ga 127/08). „Rażąco niska cena to taka, która jest niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Istotne jest zatem aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku" (wyrok KIO z 11.01.2018r. KIO 2729/17). Rozpatrując okoliczności sprawy w kontekście powyższych rozważań niewątpliwie uznać zatem należy, że cena Wykonawcy wypełnia przesłanki „rażąco niskiej ceny" na gruncie) Prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego Zamawiający z całą mocą podkreśla, mając na względzie powyższe, iż złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są enigmatyczne i praktycznie nie stanowią istotnej odpowiedzi na skierowane wezwanie, jak też nie uwzględniają realiów rynkowych i związanych z tym aspektów dotyczących przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych. Ponadto nie zawierają one żadnych realnych dowodów, czy przekonywujących wyliczeń, pozwalających na uzasadnioną ocenę realności lub choćby domniemania możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, przy uwzględnieniu faktu zaoferowania tak rażąco niskich jej istotnych elementów składowych.

Zamawiający zauważa również, że cena oferty, a głównie wskazane w niniejszym uzasadnieniu jej pozycje będące istotnymi częściami składowymi, które w większości są rażąco zaniżone w stosunku do zarówno do średniej ceny złożonych ofert oraz do szacowanej wartości zamówienia, jak i aktualnych cen rynkowych, według przeprowadzonej analizy kalkulacji cen i ich porównania, 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 i innych dostaw niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

Pogląd Zamawiającego odnośnie szczegółowości wyjaśnień Wykonawcy, a w tym przypadku praktycznie ich braku, składanych w trybie art. 90 ust 1 ustawy PZP potwierdza linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. (...)

Potwierdza to, iż pomimo ryczałtowego charakteru zamówienia, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, przywołane w uzasadnieniu, istotne elementy ceny oferty mają nader istotny wpływ na sumaryczną cenę całej oferty.

Znaczne zaniżenie wyceny wymienionych elementów cenotwórczych, znacząco odbiegających od cen i wartości pozostałych złożonych w postępowaniu ofert, jak i poziomu cen rynkowych, niesie w opinii Zamawiającego ryzyko nienależytego wykonania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze oraz zgromadzony materiał dowodowy, jak i obowiązujące tezy piśmiennictwa oraz przywołane orzecznictwo, Zamawiający stwierdza, że odrzucenie oferty wskazanego wyżej Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4), w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jest konieczne i w pełni zasadne, a w konsekwencji zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Ad. c) Zamawiający wskazuje również, iż kolejną podstawą do odrzucenia oferty wymienionego wyżej Wykonawcy jest art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), w zakresie oferowanych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Wykonawca potwierdził ten fakt w złożonych wyjaśnieniach dotyczących treści i ceny oferty, gdyż załączył do nich między innymi ofertę firmy FERRRBUD Sp. z o.o. z dnia 30.10.2020r. na skrzynki rozsączające PP.

Niemniej element ten nie spełnia wymagań treści SIWZ, gdyż posiada następujące niezgodności:

- 1.skrzynka rozsączająca PP - w projekcie załączonym do SIWZ wymagano skrzynkę o wymiarach 500 x 1000 x 400.
- w ofercie zaproponowana skrzynka rozsączająca PP Stormbox II - o wymiarach 1200 x 600 x 600.

Przedmiotowa skrzynka rozsączająca PP nie spełnia wymagań treści SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Brak jest także w treści złożonej oferty wykazania ewentualnej równoważności pod względem wymaganych parametrów.

Zamawiający wskazuje, iż treść SIWZ precyzowała jednoznacznie parametry techniczne i funkcjonalne oraz wszelkie inne wymagania i warunki dotyczące przedmiotu zamówienia. Ponadto pkt 3) Opis przedmiotu zamówienia ppkt. 1.20 stanowił: „Zastosowane ewentualnie przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej wskazania pochodzenia wyrobów służą określeniu wzorcowych standardów cech technicznych i jakościowych oraz funkcjonalnych. Zamawiający zaznacza, iż użyte ewentualnie w SIWZ przykłady nazw własnych produktów bądź producentów dotyczące określonych wyrobów, tj. typów, modeli, systemów, elementów, materiałów, urządzeń itp. mają jedynie charakter przykładowy i dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne, funkcjonalne, jakościowe, użytkowe, estetyczne, kolorystyczne itp. wymienione w SIWZ, przy czym

Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność, załączając stosowne opisy techniczne i funkcjonalne. Ponadto, jeżeli zastosowanie rozwiązań równoważnych pociąga za sobą konieczność dokonania zmian projektowych w dokumentacji (załączonej do SIWZ), Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania dokumentacji zamiennej uwzględniającej wprowadzone zmiany na koszt własny i uzyskania jej akceptacji przez Zamawiającego, oraz w razie konieczności uzyskania również niezbędnych uzgodnień (zezwoleń, pozwoleń, itp.) lub decyzji odpowiednich instytucji, podmiotów i organów administracyjnych. Przy oferowaniu rozwiązań i elementów oraz urządzeń innych niż Opisane w SIWZ, Wykonawca musi wykazać szczegółowo w treści oferty ich równoważność z warunkami i wymaganiami opisanymi w SIWZ, przy czym zobowiązany jest dołączyć do oferty jego szczegółowe opisy techniczne i funkcjonalne pozwalające na ocenę zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ. W szczególności wymaga się od Wykonawcy podania nazwy, producenta, typu lub modelu oferowanego wyrobu oraz opisu jego właściwości technicznych, funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, estetycznych itp. (kompletne karty produktowe, prospekty, katalogi, foldery itp.). Zamawiający dopuszcza tolerancję +/- 5% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji) traktowanych w zależności od danego parametru podanego w SIWZ jako wymaganie minimalne albo maksymalne, przy czym zmienione parametry (rozmiary, wymiary lub obliczenia) proponowane jako rozwiązanie równoważne muszą mieścić się w powyższych zakresach (minimalnych albo maksymalnych) określonych w SIWZ, a ponadto zachowywać proporcję zgodną ze wzorem, w stosunku do wszystkich rozmiarów, wymiarów lub obliczeń danego wyrobu, założeń lub funkcji".

Zamawiający zauważa, iż zgodnie z doktryną jak i orzecznictwem treść oferty odpowiada treści SIWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym dokumencie. Przywołane wyżej aspekty wskazują jednoznacznie, że oferowany przez Wykonawcę element składający się na przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom opisanym w treści SIWZ.

Podnieść należy, że w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014r., KIO 1543/14, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.”

Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SIWZ „ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), zgodnie z wyrokiem z dnia 13 listopada 2013r., KIO 2478/13, co w opisanym stanie faktycznym jest w pełni wykazane, gdyż Zamawiający nie może dokonać poprawienia tej oferty nie powodując przy tym zmiany jej treści, czyli nie zmieniając oświadczenia woli Wykonawcy, i nie naruszając zasad równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji. W wyroku tym Izba stwierdza też, iż „sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegają może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”.

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2012r., KIO 127/12).

Zamawiający stwierdza także, iż Wykonawca w treści oferty nie wykazał, iż oferuje ewentualnie równoważny element składający się na przedmiot zamówienia, który spełnia wymagania wskazane w treści SIWZ. Przykładowo Wykonawca nie dołączył do oferty kart katalogowych | wskazujących, iż oferowany produkt jest równoważny z wymaganym w SIWZ. Podkreślić należy, iż do takiego działania był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ i przepisami ustawy na etapie składania oferty w przypadku oferowania równoważnych rozwiązań lub materiałów czy urządzeń, bądź innych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Podkreślić należy, iż opisana niezgodność jest jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości, a w konsekwencji nie wymaga żadnych wyjaśnień. Ponadto z uwagi na jej charakter i skalę nie można jej uznać za omyłkę. Również nie można jej poprawić bez istotnej ingerencji w treść oferty, a de facto jej zmiany i złożenia nowego oświadczenia woli w imieniu Wykonawcy, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

W kolejnym wyroku Izba wskazała, że „ Zgodnie z art. 30 ust. 5 p.z.p. wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zatem, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania spełnienia wszystkich wymaganych parametrów.” (wyrok KIO z dnia 23.04.2015r., KIO 709/2015). Należy zwrócić uwagę również na fakt, iż „celem regulacji art. 30 ust. 5 ustawy Pzp nie jest potwierdzanie obaw czy przypuszczeń Zamawiającego odnośnie charakteru poszczególnych technicznych aspektów oferty. Ma ona bowiem za zadanie umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie, czy oferowane mu rozwiązanie równoważne spełnia jego wymagania, a nie czy jest takim rozwiązaniem w ogóle. 3. Skoro zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie tylko odpowiada za jego prawidłowe przygotowanie, w tym opracowanie SIWZ i innej niezbędnej dokumentacji, ale również za stosowanie się do przyjętej przez siebie treści tego dokumentu, co stanowi”

Jedną z gwarancji nienaruszalności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust 1 p.z.p." (wyrok z dnia 14 marca 2014r.,KIO 388/14).

Za ofertę równoważną należy uznać taką „która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym to, że wymagane właściwości i parametry danego produktu (rozwiązania) muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, a zatem w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym, za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy (art. 30 ust 5 p.z.p.)" (wyrok z 23 kwietnia 2015, KIO 709/15).

Opisany stan faktyczny, tj. brak zgodności treści oferty z zapisami SIWZ w aspekcie zaoferowanego elementu składającego się na przedmiot zamówieni, potwierdza iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy, a w konsekwencji podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

Mając powyższe na uwadze oraz zgromadzony materiał dowodowy, jak i obowiązujące tezy piśmiennictwa oraz przywołane orzecznictwo, Zamawiający stwierdza, że odrzucenie oferty wskazanego wyżej Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp jest konieczne i w pełni zasadne."

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

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

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty w zakresie robót budowlanych, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień, wskazując w wezwaniu jako podstawę m.in. art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy należy uznać, iż roboty budowlane stanowią istotną część składową zamówienia. W związku z tym za zasadne należy uznać badanie przez Zamawiającego ceny oferty w tym zakresie, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ lub z wymogami wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym bardziej gdy, jak wskazał w wezwaniu Zamawiający, zaoferowana cena za roboty budowlane jest niższa o 28% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem tego postępowania powiększonej o należny podatek od towarów i usług, oraz niższa o 36% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a także wystąpiły duże różnice w proporcjach cen za poszczególne zakresy przedmiotu zamówienia, przyjętych przez Odwołującego oraz innych wykonawców i Zamawiającego.

Zaznaczenia wymaga, że wystosowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnień oznaczało powstanie domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do robót budowlanych. Dla obalenia takiego domniemania wyjaśnienia Odwołującego powinny być na tyle pełne i odnoszące się do przedmiotu zamówienia, aby pozwalały na pozyskanie przez Zamawiającego wiedzy, jakie okoliczności spowodowały obniżenie ceny oferty, czy cena oferty obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia i wszystkie czynniki składające się na koszty jego realizacji.

Ustawa Pzp nie określa jak mają być sporządzone wyjaśnienia. W tym zakresie wykonawcy mają swobodę, muszą jednak mieć na uwadze w szczególności cel ich składania, a także to, że od rzetelności złożonych wyjaśnień zależy ich dalszy udział w postępowaniu. Wykonawca powinien w pełni wyjaśnić i wykazać te elementy ceny, które składają na jej ostateczną wysokość, przy uwzględnieniu zgodnego z SIWZ, należytego wykonania danego przedmiotu zamówienia, np. przyjętą organizację prac, koszty wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia, koszty transportu, sprzyjające warunki realizacji zamówienia, czy pozyskania niezbędnych materiałów. Zadaniem wykonawcy jest bowiem wykazanie indywidualnych czynników pozwalających na zaoferowanie tak niskiej ceny. Wyjaśnienia powinny być rzeczowe i konkretne, jasne i spójne, aby mogły stanowić podstawę dla pozyskania przez zamawiającego wiedzy w zakresie okoliczności właściwych danemu wykonawcy, które spowodowały obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności w ich wyniku wykonawca może osiągnąć. Podane w wyjaśnieniach informacje, powinny być poparte odpowiednimi, dostępnymi wykonawcy, dowodami, w tym np. zawartymi w wyjaśnieniach szczegółowymi kalkulacjami wskazującymi na to, że cena oferty została prawidłowo skalkulowana. Udzielenie wyjaśnień, które nie spełniają ww. wymogów, w szczególności nieodpowiadających w pełni na wezwanie zamawiającego, takich, w których wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Przez rażąco niską cenę rozumie się cenę, która nie pozwala na należyte wykonanie zamówienia, jest nierealistyczna w danych warunkach realizacji konkretnego zamówienia, nie pozwala na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, znacznie odbiega od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych, rodzajów zamówień. W związku z tym w przypadku powstania wątpliwości w tym zakresie i wystąpienia Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia, Wykonawca, na którym ciąży dowód w tym zakresie, powinien wykazać, że jego cena została prawidłowo skalkulowana. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Zamawiający musi mieć możliwość dokonania oceny w zakresie, czy jego podejrzenia, co do istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny znajdują potwierdzenie, czy nie.

Izba dokonuje oceny czynności Zamawiającego polegającej na ocenie otrzymanych wyjaśnień. W ocenie Składu orzekającego Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Wyjaśnienia nie odpowiadają w pełni na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący nie wyjaśnił wskazanych w wezwaniu wątpliwości Zamawiającego. Wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę, że w zakresie robót budowlanych, cena oferty Odwołującego jest skalkulowana w sposób pozwalający wykonać za nią należycie ten zakres zamówienia. W szczególności zauważenia wymaga, że Odwołujący wskazuje jako okoliczność wpływającą na obniżenie ceny to, iż korzysta z personelu własnego, ale nie przedstawia informacji i dowodów, co do wynagrodzeń tych osób, nadto nie wykazuje, że uwzględnił w kalkulacji ceny oferty wszystkie koszty związane z zatrudnieniem określonej liczby osób na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, np. w postaci zanonimizowanych umów o pracę. Wykonawca ten wskazuje wprawdzie na atrakcyjną cenę materiałów, z uwagi na posiadane kontrakty handlowe, jednak załączonym do wyjaśnień ofertom nie towarzyszy wykazanie, jak one przekładają się na możliwość obniżenia ceny, tym bardziej, że

zdecydowana większość z nich pochodzi z okresu po dacie złożenia oferty. Wyjaśnienia nie są rzetelnie sporządzone. Wprawdzie jest do nich załączony kosztorys, jednak, jak zauważył Zamawiający w wyżej przedstawionym uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy, czemu nie zaprzeczył i czego nie wyjaśnił Odwołujący, istnieje różnica pomiędzy wartością robót budowlanych według kosztorysu a wartością wskazaną w tym zakresie w ofercie, co nie powinno mieć miejsca.

Jak zauważył Zamawiający, czego skutecznie Odwołujący nie zakwestionował, wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego elementy oferty, są istotnymi częściami składowymi ceny oferty w zakresie robót budowlanych, co oznacza, że mają istotne znaczenie dla należytego wykonania umowy. Pełne, rzetelnie sporządzone wyjaśnienia w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, powinny zawierać uzasadnienie dla obniżenia cen za poszczególne zakresy robót, zwłaszcza, gdy w sposób istotny odbiegają one od założeń przyjętych w tym zakresie przez Zamawiającego.. Wyjaśnienia powinny być złożone Zamawiającemu, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tymczasem Odwołujący dopiero w odwołaniu podjął się pełniejszego, chociaż również niepełnego, wyjaśnienia i przedstawił dowody wskazujące na udzielone mu rabaty.

Odnosnie poz. 19 kosztorysu dotyczącej wykonania nawierzchni mineralno - żywicznej, która według kosztorysu inwestorskiego kosztuje 28.458,00 zł netto, Odwołujący przedstawił ofertę na materiał do wykonania nawierzchni mineralno-żywicznej EKOWAY gna kwotę netto 221,00 zł/m<sup>2</sup>. (w sytuacji gdy do wykonania jest 102 m<sup>2</sup>, co oznacza, że koszt materiału bez robocizny to kwota 22.542,00 zł netto, podczas gdy Wykonawca za wykonanie tego zakresu robót podał kwotę 10.200,00 zł netto z robocizną), oraz załączył deklarację dostawcy Eurogoma dotyczącą upustu na kwotę 90 zł/m<sup>2</sup>. Okoliczność, uzyskania, zwłaszcza tak wysokiego rabatu, powinna zostać wykazana w wyjaśnieniach składanych na wezwanie do wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny.

Podobnie rzecz się przedstawia w odniesieniu do innych pozycji wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, np. poz. 23 dotyczącej wywozu ziemi samochodami samowładkowymi za każdy następny 1 km, gdzie z kosztorysu inwestorskiego wynika kwota 11.426,10 zł, a Odwołujący zaferował kwotę 467,57 zł. Dopiero w odwołaniu, bez potwierdzenia dowodami, Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację wywozu ziemi i wskazał na sprzyjające okoliczności w tym zakresie, w tym na bliższy dystans wywozu ziemi od terenu robót, niż przyjęty przez Zamawiającego, tj. 2 km (przy założonym przez Zamawiającego 19 km), jako okoliczność wskazującą na jego przewagę konkurencyjną, jak również podał, że dysponuje własnym samochodem ciężarowym.

Także odnośnie poz. 29 dotyczącej montażu deski z drewna egzotycznego, jak też poz. 31 dotyczącej montażu ławki z drewna egzotycznego, dopiero w odwołaniu Odwołujący wskazał na zastosowanie dopuszczonego przez Zamawiającego tańszego drewna z modrzewia syberyjskiego oraz dysponowanie (bez przedstawienia dowodów) częścią takiego drewna z poprzednich realizacji. Niską cenę dostawy i montażu słupów szklanych parasole - poz. 44 jego kosztorysu wynoszącą 27.500,00 zł, podczas gdy z kosztorysu inwestorskiego wynika kwota 78 100,00 zł, Odwołujący także wyjaśnił dopiero w odwołaniu powołując się na długoletnią współpracę z wykonawcą robót ślusarskich, załączając jego ofertę. Analogicznie uczynił w odniesieniu do niektórych elementów i urządzeń małej architektury. Jeśli chodzi o poz. 57 kosztorysu Odwołującego dotyczącego dostawy i montażu - skrzynki rozsączające PP o wym. 500 x 1000 x 400 mm, na kwotę 20.000,00 zł, podczas, gdy z kosztorysu inwestorskiego wynika kwota 53.096,64 zł, Odwołujący dopiero w odwołaniu powołuje się na ofertę dostawcy. Wyjaśnienie znaczących różnic odnośnie poz. 58 dotyczącej studzienek kanalizacyjnych systemowych PE fi 425 mm - zamknięcie rurą teleskopową, kineta PE, w odniesieniu do której kosztorys inwestorski wskazywał kwotę 49.972,64 zł, zaś Odwołujący zaferował kwotę 9.193,12 zł, również zostały przedstawione dopiero w odwołaniu z powołaniem się na ofertę Ferrbud, podczas, gdy powinny znaleźć się w przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Odnosnie przedstawionych wraz z wyjaśnieniami ofert na dostawę i montaż urządzeń dotyczących poz. 40, 41,43, 47, 48 oraz 38,44, w których zostały podane te same ceny, co w kosztorysie Odwołującego, który jednocześnie wskazuje w tych pozycjach zysk w wysokości 20%, dopiero w odwołaniu Odwołujący powołał się na udzielony rabat w wysokości odpowiednio 10% oraz 12% i złożył oświadczenia o jego udzieleniu.

Powyższe potwierdza, że zamiast w reakcji na wezwanie do wyjaśnień, dopiero w postępowaniu odwoławczym, przy czym także bez przedstawienia pełnych dowodów np. brak jest złożenia dowodów na potwierdzenie stanowiska w zakresie dysponowania możliwością uzyskania dużych oszczędności na transporcie, czy braku wykazania kosztów zatrudnienia, Odwołujący bardziej aktywnie podjął się obalenia domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Tymczasem podlegające ocenie złożone przez niego wyjaśnienia są ogólnikowe, nie zawierają rzetelnej kalkulacji ceny i dowodów na jej poparcie, a w konsekwencji nie dowodzą, że zaferowana cena jest realna i ma charakter rynkowy. Wykonawca nie wykazał możliwości należytego wykonania zamówienia w zakresie robót budowlanych za zaferowaną w ofercie wartość. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że znaczne zaniżenie wyceny wskazanych przez niego elementów, znacząco odbiegającej od cen i wartości pozostałych złożonych w postępowaniu ofert, jak i poziomu cen rynkowych, przy braku wykazania tych różnic, niesie ryzyko nienależytego wykonania zamówienia za cenę podaną za ten zakres zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu i nie wykazał, że kalkulując cenę oferty, uczynił to rzetelnie, w sposób pozwalający na wykonanie robót budowlanych za zaferowaną cenę. W związku z tym oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na powyżej wskazanej przez Zamawiającego podstawie.

#### Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Oferta Odwołującego zawiera cenę wynoszącą 1.506.900,00 zł, w tym wartość robót budowlanych określoną na kwotę 1.020.900,00 zł, oraz cenę za wykonanie nasadzeń zieleni określoną na kwotę 486.000,00 zł. Jak wynika z wycień Zamawiającego, ceny te znacząco odbiegają od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, tj. na roboty budowlane cena oferty Odwołującego jest niższa o 36%, natomiast na nasadzenia zieleni cena oferty tego wykonawcy jest wyższa o 172%.

W ocenie Izby takie różnice, zwłaszcza w sytuacji, gdy stawka podatku od towarów i usług (VAT) na roboty budowlane wynosi 23%, natomiast na nasadzenia zieleni wynosi 8%, a oferty w zakresie kryterium ceny są oceniane w wartościach brutto, zasadnie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, który w ww. wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wezwał także do wyjaśnień w tym zakresie, wskazując na istniejące po jego stronie wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny i możliwości naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o podatku od towarów i usług.

Przy rozpoznawaniu niniejszego zarzutu istotne znaczenie mają wyżej przedstawione ustalenia w związku z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają przekonującej argumentacji przemawiającej za zasadnością zastosowania, przyjętych przez tego wykonawcę wartości kwotowych związanych z robotami budowlanymi i nasadzeniami zieleni, co wiąże się z zachwianiem proporcji wartości ww. zakresów zamówienia w całościowej cenie oferty. Oznacza to, że podejrzenia Zamawiającego co do zastosowanej manipulacji cenowej, nie zostały wyeliminowane.

Wykonawca wskazał, iż koszt wykonania zakresu związanego z zielenią jest stosunkowo wysoki z uwagi na ryzyko kontraktowe nieprzyjęcia się niektórych roślin, zakładając wysoką rezerwę na koszty ponownego nasadzenia i wykonanie tych prac, nadto wskazał, że zamierza ten zakres zamówienia wykonać siłami zewnętrznymi. Nie wykazał jednak kosztów z tym związanych, nie przedłożył wiarygodnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Odwołujący nie wykazał także zasadności przyjętego wysokiego poziomu ryzyka.

Dopiero na rozprawie Odwołujący wskazał, że przyjęte ryzyko wiąże się z obowiązkiem pokrycia szkody powstałej w wyniku kradzieży elementu zielonego, jednakże pominał, że argumentację w tym zakresie powinien przedstawić na wcześniejszym etapie, a ponadto, jak zauważył Zamawiający, ma to zastosowanie jedynie w okresie realizacji zamówienia, nadto dotyczy wszystkich wykonawców, a nie tylko Odwołującego.

Również dopiero na rozprawie Odwołujący powołał się w tym zakresie na obowiązki wynikające z rękopisów, jednak także w tym momencie nie przedstawił, jak obowiązki z zakresu rękopisów, przekładają się na przyjęty poziom ceny za nasadzenia zieleni w tym poziom założonego ryzyka. Jest to tym bardziej warte podkreślenia, że jednocześnie Odwołujący nie założył ryzyka kontraktowego w zakresie robót budowlanych. Nadto Odwołujący powołał się na załączoną do odwołania prywatną opinię dendrologa sporządzoną przez dr inż. W. B., którą należy traktować jako stanowisko strony. Z opinii tej wynika, że sadzenie roślin późną jesienią czy zimą usprawiedliwia podwyższenie budżetu, jednakże nie wykazuje, o ile, w okolicznościach analizowanego postępowania, mógłby on być zasadnie podwyższony. Także opinia nie zawiera przekonujących informacji przemawiających za istnieniem uzasadnienia dla zastosowanego przez Odwołującego sposobu kalkulacji ceny oferty i przyjętego wysokiego poziomu ryzyka w części odnoszącej się do nasadzeń zieleni. Podobnie należy ocenić prywatną opinię złożoną dopiero na rozprawie sporządzoną przez dr inż. Grzegorza Śladowskiego, która zawiera ocenę oferty cenowej Odwołującego sporządzoną przez autora. Z zaprezentowanego w niej stanowiska (uznawanego za stanowisko strony) wynika, że wykonanie umowy będzie finansowane z wynagrodzenia kontraktowego, jednak nie przedstawia rzetelnego uzasadnienia dla zastosowanych w ofercie cen, w tym wysokości przyjętego ryzyka kontraktowego w odniesieniu do zieleni.

Odwołujący w tym zakresie wskazał także na przewidziany w umowie termin realizacji zamówienia określony na 12 marca 2021 r. oraz, że najpierw powinno się wykonać roboty budowlane a następnie nasadzenia, co oznacza, że miałyby być dokonywane w okresie zimowym. Pomija przy tym, że, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego i przywołanego tam projektu wykonawczego, na przemiaranie mogą być narażone drzewa i krzewy uszkodzone podczas wykopywania ze szkółki, natomiast projekt w postępowaniu przetargowym przewiduje do nasadzenia tylko 8 sztuk drzew oraz 1244 roślin i bylin. Rośliny, w tym byliny są hodowane od nasiona, bądź też ukorzeniane w przypadku rozmnażania wegetatywnego, i są sadzone w pojemnikach, nie są wykopywane w szkółkach z gruntu. W związku z tym ich system korzeniowy nie musi się regenerować, co potwierdza specyfikacja Związku Szkółkarzy Polskich., zgodnie z którą byliny oferowane są przez profesjonalnych producentów głównie w pojemnikach. Odwołujący powinien założyć nasadzenia drzew i roślin z pełną bryłą korzeniową, co wynika z projektu wykonawczego i sztuki ogrodniczej. Nadto mógł przewidzieć zabezpieczenie posadzonych drzew i krzewów przed mrozem. Odwołujący nie wykazał, że przyjął powyższe założenia, jak również nie wykazał zasadności założenia ryzyka kontraktowanego na wskazanym przez siebie poziomie.

Jak podniósł Zamawiający, Odwołujący w ofercie podał kwotę 486.000,00 zł za wykonanie zieleni, natomiast w załączniku do wyjaśnień, przekazał ofertę na materiał roślinny na kwotę 104.684,40 zł. Wykonawca ten ma zatem zamiar przeznaczyć kwotę 381.315,60 zł na robociznę, sprzęt i materiały do nasadzeń. Zgodnie z przedstawionym kosztorysem zieleni Wykonawca założył stawkę roboczo-godziny w wysokości 30,50 zł (w kosztorysie inwestorskim przyjęto stawka w wysokości 20,44 zł). Natomiast w kosztorysie na roboty budowlane Odwołujący zastosował stawkę roboczo-godziny w wysokości 25 zł, podczas gdy do prac ogrodniczych z uwagi na brak skomplikowania prac nie są wymagani pracownicy wykwalifikowani, inaczej, niż w przypadku robót budowlanych, w przypadku których stosowane stawki roboczo-godziny są wyższe. Dodatkowo Odwołujący w kosztorysie zieleni do stawki roboczo-godziny doliczył ryzyko kontraktowe w wysokości 48%, co oznacza stawkę roboczo-godziny w kwocie 45,14 zł, która zdecydowanie odbiega od stawek rynkowych. Ryzyko kontraktowe w wysokości 48% zostało doliczone także do ceny materiału roślinnego ze względu na możliwość nieprzyjęcia się części roślin w związku z sadzeniem ich w okresie zimowym, co jest nieuzasadnione. Zamawiający stwierdził, że ma wieloletnie doświadczenie w sadzeniu drzew z bryłą korzeniową w okresie późnej jesieni i wiosny przez profesjonalne firmy ogrodnicze i z jego obserwacji wynika, że ryzyko nieprzyjęcia się drzew sadzonych w tym okresie jest praktycznie zerowe. Ponadto Wykonawca założył koszt nasion trawy w kwocie 37,80 zł brutto, co z ryzykiem kontraktowym oznacza kwotę 55,94 zł brutto, podczas gdy ceny rynkowe wynoszą około do 25,70 zł/kg brutto. Również w odniesieniu do zieleni, podobnie, jak w odniesieniu do robót budowlanych przedstawiony do wyjaśnień kosztorys zawiera inną cenę (wyższą), niż w ofercie. Wskazuje to na brak rzetelności wyjaśnień i oferty.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał realności kosztów za wykonanie nasadzeń zieleni, jak też nie wykazał zasadności przyjęcia ryzyka kontraktowego na zastosowanym poziomie, oraz, jak zostało wskazane powyżej, nie wykazał realności kosztów za wykonanie robót budowlanych. W związku z tym zasadnie stwierdził zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zaniżenie ceny oferty za zakres zamówienia objęty stawką podatku VAT w wysokości 23%, przy jednoczesnym zawyżeniu ceny za zakres objęty stawką podatku VAT w wysokości 8% wskazuje na manipulację cenową. Ma to korzystny dla Odwołującego wpływ na całkowitą cenę oferty i jej wyższą, niż by miała miejsce w przypadku rzetelnej kalkulacji ceny oferty, klasyfikację w cenowym kryterium oceny ofert, z pokrzywdzeniem wykonawców, którzy dokonali prawidłowej kalkulacji swoich ofert, a na skutek takiej strategii Odwołującego, traciliby szansę na wykonanie zamówienia. Nadto prowadzi do zaniżenia kwoty podatku VAT. Takie działanie Odwołującego jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i obowiązującymi przepisami, zagraża interesowi Zamawiającego oraz narusza interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy skalkulowali swoje oferty w sposób rzetelny. Od wykonawców ubiegających się o udzielenie

zamówienia oczekuje się staranności wymaganej od profesjonalisty. Działanie wskazujące na przyjęcie wartości dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia z pominięciem realności związanych z nimi kosztów (tych Odwołujący nie wykazał), zmierzające do wykorzystania różnic w wysokości stawek podatku VAT, jest działaniem, które nie może być akceptowane.

Swoboda wykonawcy w kształtowaniu cen swoich usług nie oznacza, iż nie jest on związany przepisami prawa, w tym przepisami prawa w zakresie podatku VAT, jak też ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie udowodnił, że cena jego oferty w zakresie robót budowlanych jest wystarczająca do pokrycia kosztów ich wykonania, jak też nie udowodnił tak wysokiego poziomu cen za nasadzenia zieleni, w tym przyjętego wysokiego poziomu ryzyka w odniesieniu do tego zakresu zamówienia. Zaniżenie w sposób nieuzasadniony wartości tej części usług, do których zastosowanie ma podstawowa stawka podatku VAT, przy zrekomensowaniu sobie tego zawyżeniem wartości usług, do których zastosowanie ma preferencyjna stawka podatku VAT, narusza ww. przepisy. Takie działanie uznać należy za działanie sprzeczne z prawem oraz naruszające interesy innych przedsiębiorców. Wykonawca, który w sposób nieuzasadniony określa cenę oferty w taki sposób, aby zaniżyć wysokość należnego podatku VAT, popełnia czyn nieuczciwej konkurencji. Taki wykonawca uzyskuje bowiem nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami.

Wykonawcy obiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są obowiązani konkurować na uczciwych i rzetelnych zasadach, z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa. Wykonawcy, w celu wyeliminowania konkurencji, nie mogą dokonywać manipulacji cenowej, której, jak zauważył Zamawiający, przejawem jest nie tylko stosowanie, jak w tym przypadku, rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych ofert, ale też wszelkie znaczące i wyraźne wskazujące na taki zamiar, odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania z ich realnymi kosztami za dany zakres. Tym bardziej, jeżeli na skutek takich działań występuje zaniżenie kosztów wykonania zamówienia w zakresie, do którego zastosowanie ma podstawowa stawka podatku VAT, natomiast następuje zawyżenie kosztów wykonania zamówienia, do którego zastosowanie ma preferencyjna stawka podatku VAT. Wynika to m.in. z tego, iż skutkiem takich działań, jak to ma miejsce w analizowanym postępowaniu, może być sytuacja, w której w wartości brutto oferta Odwołującego jest najniższa, jednak w wartości netto, najniższa jest cena oferty Przystępującego.

W związku z tym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

#### Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Jak zauważył Zamawiający, sprecyzował parametry techniczne i funkcjonalne oraz wszelkie inne wymagania i warunki dotyczące skrzynek rozsączających, przedstawiając na rozprawie dowód w postaci rysunku z dokumentacji postępowania. Tymczasem w kosztorysie, załączonym do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazał w poz. 57: „Dostawa i montaż Skrzynki rozsączające o wym 500x1000x400 (rozwiązanie równoważne Stormbox II - wym skrzynki 1200x600x600 - 54 szt.)”. Zdaniem Zamawiającego z tej pozycji ww. kosztorysu jednoznacznie wynika, że wykonawca ten zamierza dostarczyć skrzynki rozsączające o wymiarach 1200 x 600 x 600, podczas, gdy SIWZ zawiera wymóg dostarczenia skrzynek rozsączających PP o wymiarach 500 x 1000 x 400. W ocenie Zamawiającego potwierdza to treść oferty Ferrbud Sp. z o.o., załączonej do wyjaśnień Odwołującego. Nadto zgodnie z internetową ofertą tego producenta skrzynki rozsączające Stormbox II produkowane są tylko w wymiarach 1200 x 600 x 600.

Ze stanowiska Odwołującego wynika natomiast, że dopisanie przez kosztorysanta w nawiasie, w kosztorysie, przedstawionym na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 października 2020 r. do wyjaśnienia treści oferty i ceny, że oferowane Zamawiającemu skrzynki rozsączające 500x1000x400 stanowią rozwiązanie równoważne produktowi Stormbox II, nie oznaczało, że oferuje Zamawiającemu typowy produkt Stormbox. Oferta Ferrbud Sp. z o.o. z dnia 30.10.2020 r. na skrzynki rozsączające PP została sporządzona przez podmiot, który ma możliwości w zakresie wykonania produktów dedykowanych. Nadto do odwołania Odwołujący załączył oświadczenie Ferrbud Sp. z o.o. z dnia 4 grudnia 2020 r., w którym znalazło się stwierdzenie, że jego oferta z dnia 30 października 2020 r. określa tylko ceny sprzedaży poszczególnych materiałów, a skrzynki rozsączające dostarczy SKO-BUD sp. z o.o. zgodnie z SIWZ o wymiarach 500 x 1000 x 400 za całkowitym wynagrodzeniem określonym w ofercie tj. 16 328,04 zł netto.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, treść oferty odpowiada treści SIWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w tym dokumencie. Zatem dla stwierdzenia, że wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie, że zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom określonym w SIWZ, przy czym musi być to być ustalenie jednoznaczne. Zamawiający nie może w tym zakresie czynić założeń, lecz musi opierać się na oświadczeniach wykonawcy. W sytuacji, gdy oświadczenia składane przez wykonawcę nie są jasne, zastosowanie znajduje przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego, że treść kosztorysu załączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jednoznacznie wskazuje, że ww. oferowany przez Wykonawcę element składający się na przedmiot zamówienia, nie odpowiada wymaganiom opisanym w treści SIWZ, a stanowisko to wynika z załączonej do wyjaśnień oferty.

Kosztorys złożony przez Odwołującego zawiera bowiem wskazanie na wymagane w SIWZ: dostawę i montaż właściwie oznaczonej co do wymiarów skrzynki. Oznacza to, że Odwołujący pozostawił w kosztorysie wymóg określony przez Zamawiającego. Jakkolwiek w tych okolicznościach z całą pewnością może i powinien zastanawiać powód zamieszczenia w nawiasie wzmianki dotyczącej rozwiązania równoważnego i przedstawionych tam wymiarów skrzynki oraz wskazania w nawiasie ilości sztuk, i te mogą budzić podejrzenie, co do przyjęcia do kalkulacji ceny podanej w nawiasie skrzynki, to jednak nie można jednoznacznie uznać, że będą one przedmiotem dostawy i montażu. W nawiasie brak jest bowiem o tym wzmianki. Nadto w treści załączonej do wyjaśnień oferty nie zostały podane wymiary wskazane w nawiasie przez Odwołującego. Wprawdzie zarówno w kosztorysie, jak i ofercie jest wskazanie na skrzynki Stormbox II, jednak wymiary są wskazane jedynie w kosztorysie (w nawiasie), niezależnie od wymiarów prawidłowo przytoczonych i zgodnych z SIWZ, a jak wskazują Odwołujący oraz producent, dostawa miałaby dotyczyć skrzynek o wymiarach wskazanych w SIWZ.

W związku z tym, w ocenie Izby, treść poz. 57 kosztorysu mogła spowodować wątpliwości, co do rzeczywistej woli wykonawcy. Trudno natomiast zgodzić się z tym, że w sposób niebudzący wątpliwości, Odwołujący zaoferował inne

skrzynki, niż wymagane w SIWZ, skoro ujął w niej skrzynki także o wymiarach zgodnych z SIWZ i to do nich odniósł dostawę i montaż. Dlatego też, w ocenie Izby Zamawiający przed podjęciem decyzji co do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, powinien zwrócić się do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia. Tym bardziej, że jak zauważył Zamawiający, Odwołujący w treści oferty nie wskazał, iż oferuje równoważny element składający się na przedmiot zamówienia. Nadto opis skrzynek nie został dokonany przez Zamawiającego z zastosowaniem np. znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, lecz rysunku zawierającego ww. wymiary, co wskazuje na wątpliwość, co do zastosowania w tym zakresie odniesienia do równoważności.

W związku z tym Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że ww. niezgodność jest jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości, a w konsekwencji nie wymagała żadnych wyjaśnień przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym bardziej, że jak zostało wykazane w postępowaniu odwoławczym, producent niezależnie od informacji przedstawianych w katalogach, jest w stanie dostarczyć skrzynki o wymaganych przez Zamawiającego wymiarach, za cenę podaną w ofercie, załączoną przez Odwołującego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp pozostaje to jednak bez wpływu na wynik postępowania. Stosownie bowiem do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Jak wskazał na rozprawie Odwołujący zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp są konsekwencją zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Wobec stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy, zarzuty te w tym zakresie należy uznać za niepotwierdzone.

Podnoszony w odwołaniu aspekt wskazujący na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w postaci braku spójności kosztorysu inwestorskiego z wymaganiami wynikającymi z projektów opisujących oczekiwana względem wykonania zadania, należy uznać za spóźniony. Argumentacja ta odnosi się bowiem do SIWZ, a termin na jej zakwestionowanie, nie został zachowany.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 ).

**Przewodniczący:** .....