

WYROK

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2020 r. przez wykonawcę Spółka Mieszkaniowa - Sp. z o.o. w Kamiennej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kamienna Góra

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Spółka Mieszkaniowa - Sp. z o.o. w Kamiennej Górze i zalicza na poczet kosztów kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 9 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1097/20

Zamawiający - Gmina Miejska Kamienna Góra, ul. Plac Grunwaldzki 1, 58-400

Kamienna Góra, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykaszenie zieleni na terenach Gminy Miejskiej Kamienna Góra”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 marca 2020 r. pod numerem 527465-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 19 maja 2020 r. 2020 r. środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Spółka Mieszkaniowa - Sp. z o.o., ul. Henryka Sienkiewicza 3,58 - 400 Kamienna Góra (dalej zwany jako „odwołujący”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 u.p.z.p. - poprzez naruszenie zasad konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 7 ust. 3 u.p.z.p. - poprzez zamiar udzielenie zamówienia wykonawcy PHU DENDREX G. E., którego oferta została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy;
3. art. 90 ust. 2 i 3 u.p.z.p. - poprzez uznanie, że PHU DENDREX G. E. w złożonych wyjaśnieniach wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny:

- dla usługi wykoszenia 15 234m<sup>2</sup> za 50,00 zł (0,00348213207 zł za m<sup>2</sup>) - opisanej w pozycji nr 20 oraz

- dla usługi wykoszenia 26 477 m<sup>2</sup> za 4 000,00 zł (0,15 zł za m<sup>2</sup>) - opisanej w pozycji nr 21,

i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;

4. art. 90 ust. 1 i ust. 1a u.p.z.p. - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty PHU DENDREX G. E. pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niskie ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że ceny jednostkowe są niższe o 98,50 % od średniej arytmetycznej - dla usługi wykoszenia opisanej w poz. 20 i niższe o 44 % od średniej arytmetycznej - a dla usługi wykoszenia opisanej w poz. 21;

5. art. 91 ust 1 u.p.z.p. - poprzez zaniechanie wyboru oferty Spółki Mieszkaniowej Sp. z o.o. - Odwołującego jako najkorzystniejszej na skutek wyboru oferty PHU

DENDREX G. E., zawierającej rażąco niskie ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji podlegającej odrzuceniu;

6. art. 89 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PHU DENDREX

G. E. pomimo, że zawiera ona rażąco niskie ceny jednostkowe.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PHU DENDREX G. E. jako najkorzystniejszej, odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niskie ceny jednostkowe na usługi wykaszania trawy, powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a także unieważnienia umowy zawartej z PHU DENDREX G. E., o ile taką umowę zawarł zamawiający przed rozstrzygnięciem odwołania. Wniesiono także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie wskazanych dowodów z dokumentów, na okoliczności wskazane w odwołaniu.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Odwołujący przypomniał, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. jest wynikiem uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 923/20, który podtrzymał swoją pierwotną decyzję o wyborze oferty wykonawcy DENDREX, z czym odwołujący się nie zgadza.

W ocenie odwołującego przedmiot zamówienia stanowią jednostkowe i odrębne usługi o czym stanowi część IV „Przedmiot zamówienia” SIWZ. Zamawiający opisał w niej, że „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług polegających na wykaszaniu zieleni na obiektach zieleni miejskiej obiektach rekreacyjnych i pasach drogowych na terenie miasta Kamienna Góra. Obszar, na którym świadczone będą usługi, opisany został w załącznikach do opisu przedmiotu zamówienia”. Czyli zdaniem odwołującego wykonawca jest zobowiązany do świadczenia odrębnych 90 usług, wydzielonych ze względu na położenie na obiektach zieleni miejskiej lub w pasach drogowych oraz na powierzchni. Zaś sposób i warunki realizacji zamówienia wskazują, że zostało ono podzielone na dwa główne zadania. Pierwsze zadanie

opisane zostało w „wykazie terenów parków, skwerów, placów zabaw itp. na terenie miasta Kamienna Góra przeznaczonych do koszenia” (załącznik nr 1 do OPZ), a drugie zadanie w „wykazie terenów zielonych w pasach drogowych dróg gminnych, parkingów wraz z terenami przyległymi przeznaczonych do koszenia” (załącznik nr 2 do OPZ). Każde z zadań zostało podzielone na odrębne usługi, opisane jednostkowo w poszczególnych pozycjach ww. wykazów. Tak więc, w opinii odwołującego, konstrukcja przedmiotu zamówienia składa się z wielu odrębnych usług, opisanych nazwą ulicy lub nieruchomości (lokalizacji terenu przeznaczonego do wykoszenia) oraz wielkością powierzchni podaną w m<sup>2</sup>. Wykaz terenów, parków, skwerów zawiera 21 odrębnych usług - pozycji w tabeli, a wykaz terenów zielonych w pasach drogowych zawiera 69 odrębnych usług - pozycji w tabeli. Zatem wykonawca składając ofertę powinien odrębnie wycenić i podać cenę jednostkową dla każdej z 90 usług. Za takim rozumowaniem przemawiają postanowienia pkt 17.2 SIWZ, gdzie w drugim zdaniu zamawiający wskazał, że „wartości brutto za wykoszenie poszczególnych obiektów podanych w kalkulacji cenowej nr 1 i nr 2 stanowić będą podstawę rozliczeń umownych z Wykonawcą i pozostaną niezmiennie w okresie realizacji umowy”. Natomiast „podana w ofercie łączna cena (pkt 4 formularza oferty) jest ceną niezbędną wyłącznie dla potrzeb oceny ofert wyboru najkorzystniejszej oferty i przyjęcia wstępnej, szacunkowej wartości umowy”.

Ponadto o tym, że mamy do czynienia ze zbiorem odrębnych, jednostkowych usług świadczy treść istotnych postanowień umowy, z części III SIWZ. W projekcie umowy zamawiający postanowił, że „realizacja umowy będzie odbywać się na podstawie zlecenia-protokołu typowania uwzględniającego określony obiekt na którym należy wykonać usługę koszenia. (...) Zamawiający będzie wystawiał protokoły typowania prac z zachowaniem co najmniej 7-dniowych odstępów” (§ 2 ust. 3 pkt 3.1. umowy) pomiędzy wykonaniem poszczególnych usług. „Wykonawca zobowiązany jest wykonać usługę koszenia poszczególnych obiektów wytypowanych w protokole, o którym mowa w pkt 3.1. w terminie do 15 dni od dnia przesłania zlecenia - protokołu na adres e-mail wymieniony w pkt 3.3” (§ 2 ust.

3 pkt 3.4. umowy). Także sposób rozliczenia wynagrodzenia potwierdza, iż są to odrębne i jednostkowe usługi. „Ostateczna wartość umowy obliczona zostanie przez zsumowanie wartości wynikających z poszczególnych protokołów typowań (zleceń) o których mowa w § 2 ust. 3 pkt 3.1” (§ 3 ust 3 umowy), a rozliczenie będzie realizowane każdorazowo po wykonaniu usługi wykoszenia zieleni na obiektach wskazanych w protokole typowania, według cen określonych w kalkulacji cenowej dla danego obiektu” (§ 3 ust. 5 umowy). W tych okolicznościach, zdaniem odwołującego, to zamawiający decyduje - poprzez „protokoły typowania” - który obszar, ile razy i w jakim terminie zostanie skoszony przez wykonawcę. W konsekwencji taki sposób zlecenia koszenia trawy będzie miał wpływ na ostateczne rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy za realizację usługi koszenia dla poszczególnych lokalizacji.

W konsekwencji powyższego w opinii odwołującego każda z cen jednostkowych podanych w ofercie, jest ceną za świadczenie odrębnej usługi, a cena całkowita podana w pkt

4 formularza oferty służyła zamawiającemu wyłącznie do oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, podstawą płatności będzie de facto cena jednostkowa, obliczona przez wykonawcę dla każdej pozycji opisanej w tabelach. To z kolei oznacza, że poszczególne pozycje w tabelach formularza oferty należy traktować jako wykonanie samodzielnej usługi koszenia dla danego obszaru i powierzchni, a cenę za wykonanie danej pozycji, jako cenę za odrębną usługę. A więc ceny podane w ofercie należy uznać za ceny jednostkowe za wykonanie odrębnych usług i jako rzeczywiste ceny do zapłaty, zgodnie z art.

90 ust. 1 i 1a p.z.p., powinny one podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danej usługi jako przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaznaczył również, że treść wezwania do wykonawcy wskazuje, że zamawiający miał wątpliwości dotyczące zaproponowanych przez wykonawcę DENDREX „cen jednostkowych co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego”. Dodatkowo zamawiający wskazał, że podana przez DENDREX cena jednostkowa dla poz. 20 „w kwocie 50,00 zł za jednokrotne koszenie terenu o pow. 15 234 m<sup>2</sup> jest o ponad 30 % niższa od średniej arytmetycznej ceny jednostkowej w tej pozycji we wszystkich złożonych ofertach i ponad 30 % niższa od wartości zamówienia dla tej pozycji powiększonej o należny podatek od towarów i usług” oraz, że podana cena jednostkowa dla poz. 21 w kwocie „4 000,00 zł za jednokrotne za jednokrotne koszenie terenu (o pow. 26 477 m<sup>2</sup>) jest o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej ceny jednostkowej w tej pozycji we wszystkich złożonych ofertach i ponad 30 % niższa od wartości zamówienia dla tej pozycji powiększonej o należny podatek od towarów i usług”, czym potwierdził spełnienie przesłanki z art. 90 ust. 1a p.z.p.

Dalej odwołujący wskazał, że zamawiający z analizy wyjaśnień wykonawcy DENDREX wyciągnął nieprawidłowe wnioski. Wyjaśnienia są wewnętrznie sprzeczne, z jednej strony wykonawca potwierdza, że „wycena dwóch ostatnich pozycji 20 i 21 została celowo obniżona

ponieważ wykonanie pełnego zakresu zamówienia zapewnia firmie zysk" - czyli jednak wyceniał każdą usługę odrębnie, biorąc pod uwagę możliwość i krotkość jej wykonania. Z drugiej strony wskazuje, iż „gdyby zamawiający zlecił wykoszenie tylko poz. 20 i 21 co jest praktycznie mało prawdopodobne, gdyż zamówienie obejmuje wykaszanie wszystkich pasów drogowych oraz pozostałych powierzchni parków, skwerów itp., to i tak firma PHU DENDREX jest w stanie wykonać przedmiotową usługę z uzyskaniem zysku". Na zakończenie zaś wykonawca stwierdza, że „poz. 20 i 21 nie zostały wydzielone (w domyśle przez zamawiającego - odwołującego) jako osobne części zamówienia, stąd nie podlegają osobnemu badaniu i ocenie”. Zatem zdaniem odwołującego wykonawca nie udowodnił, że jest w stanie wykonać usługę koszenia trawy opisaną w poz. 20 za 50,00 zł oraz w poz. 21 za 4 000,00 zł z zyskiem, bez konieczności łączenia ich razem z innymi usługami opisanymi w wykazach.

Wykonawca DENDREX oświadczył także, że skorzystał ze wsparcia w ramach „tarczy antykryzysowej” i otrzymał bezzwrotną pożyczkę w wysokości 5 000,00 zł, zwolnienie z ZUSu na trzy miesiące oraz w związku ze spadkiem obrotów ma otrzymać przez najbliższe trzy miesiące 70% dopłatę do wynagrodzeń pracowników. Przy czym na poparcie swoich słów nie przedłożył żadnych dowodów, w postaci umowy pożyczki lub chociażby wniosków o uzyskanie zwolnienia, czy o dopłatę do wynagrodzeń pracowników. Ma to istotne znaczenie dla ustalenia korelacji czasowej pomiędzy datą sporządzenia oferty, wyznaczoną na dzień 16.04.2020 r., a datą przyznania pomocy o której pisze DENDREX. Zastanawiające jest też dlaczego wykonawca nie uwzględnił jej w kalkulacjach cenowych przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 10.05.2020 r., skoro jak twierdzi pomoc państwa już otrzymał.

W ocenie odwołującego badanie cen jednostkowych podanych przez wykonawcę DENDREX jasno wskazuje, że 19 z 21 usług wykoszenia trawy opisanych w tabeli „wykaz parków, skwerów, placów zabaw itp.”, będącej załącznikiem do oferty - kalkulacją cenową nr 2, wycenionych zostało po 22 grosze za m<sup>2</sup>. Natomiast dla pozycji nr 20 w tej tabeli, opisanej jako „teren działki nr 313/17 obr. 6 trasa turystyczna na Górze Parkowej”, jako cenę jednostkową wskazano 50,00 zł za wykoszenie terenu o pow. 15 234 m<sup>2</sup>, co w przeliczeniu na m<sup>2</sup> daje kwotę 0.003482 zł, czyli siedmiokrotne wykoszenie pow. 15 234 m<sup>2</sup> DENDREX skalkulował na poziomie 350,00 zł. Z kolei ostatnia pozycja nr 21 „Góra Parkowa od ul. Piastowskiej”, o powierzchni 26 477 m<sup>2</sup>, została przez wykonawcę obliczona na cenę jednostkową w wysokości 4 000,00 zł, co w przeliczeniu na m<sup>2</sup> daje kwotę 0,15 zł, zaś siedmiokrotne wykoszenie terenu 26 477 m<sup>2</sup> wykonawca skalkulował na 28 000,00 zł.

Porównanie przedmiotowych cen jednostkowych z cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców przedstawia się następująco:

- a) dla pozycji 20: odwołujący - cena jednostkowa 3 199,14 zł za wykoszenie 15 234 m<sup>2</sup>, co daje za siedmiokrotne koszenie cenę 22 393,98 zł (czyli 0,21zł za m<sup>2</sup>), „MAJK”  
Usługi Różne J. D. - cena jednostkowa 6 855,30 zł za wykoszenie 15 234 m<sup>2</sup>, co daje za siedmiokrotne koszenie cenę 47 987,10 zł (czyli 0,45zł za m<sup>2</sup>),
- b) dla pozycji 21: odwołujący - cena jednostkowa 5 560,17 zł za wykoszenie 26 477 m<sup>2</sup>, co daje za siedmiokrotne koszenie cenę 38 921,19 zł (czyli 0,21 zł za m<sup>2</sup>), „MAJK”  
Usługi Różne J. D. - cena jednostkowa 11914,65 zł za wykoszenie 26 477 m<sup>2</sup>, co daje za siedmiokrotne koszenie cenę 83 402,55 zł (czyli 0,45 zł za m<sup>2</sup>),

Powyższe zestawienie pozwala na stwierdzenie, że dla pozycji nr 20 cena jednostkowa oferowana przez wykonawcę DENDREX jest aż o 98,50 % niższa od średniej arytmetycznej ww. cen, a dla pozycji 21 niższa o 44,00 % od średniej arytmetycznej cen. To kolejny argument przemawiający za tym, że w przypadku cen jednostkowych poz. 20 i 21 oferowanych przez wykonawcę mamy do czynienia z rażąco niskimi cenami, skutkującymi odrzuceniem w konsekwencji całej oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 3 p.z.p.

W opinii odwołującego wykonawca DENDREX nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w zakresie o który pytał zamawiający - poz. 20 i 21. Domniemanie wykonawcy, iż mało prawdopodobne jest zlecenie wykoszenia obszarów opisanych w tych pozycjach potwierdza zarazem, że mamy do czynienia z odrębnymi usługami, umieszczonymi wykazie, bowiem nie spodziewa się on wykonania usługi dla tych pozycji. Z drugiej strony, natomiast stwierdzenie że „wycena dwóch ostatnich pozycji tj. nr 20 i nr 21 została celowo obniżona ponieważ wykonanie pełnego zakresu zamówienia zapewnia firmie zysk (...)” sugeruje, że wykonawca nie uwzględnił w swojej kalkulacji, że zamawiający skonstruował przedmiot zamówienia w taki sposób, aby mieć dowolność w zakresie krotkości zlecenia wykonania poszczególnych usług. Przemawiają za tym zapisy § 1 ust. 3 i ust 4 wzoru umowy, zgodnie z którymi koszeń może być maksymalnie 6 lub 7, ale też ilość koszeń może ulec zmianie ze względu na warunki pogodowe. Przy założeniu, że mamy do czynienia z suszą, ilość koszeń dla niektórych obszarów może być jedno lub dwukrotna, a dla pozostałych

obszarów zleceń może nie być w ogóle. Wobec tego, niemożliwym jest w dniu przygotowania oferty skalkulowanie jej przy założeniu, że te lub inne obszary nie będą koszone, bo w takim przypadku, mając na uwadze że zamawiający działał racjonalnie konstruując przedmiot zamówienia, niektórych z lokalizacji po prostu by nie ujął w zamówieniu. Zadaniem wykonawcy była wycena wszystkich pozycji zawartych w wykazach, z założeniem że oferowana za nie cena będzie zawierała także zysk. Zastanawiające jest także, dlaczego akurat dla tych dwóch pozycji DENDREX zdecydował się „celowo obniżyć wyceną”. Analiza wszystkich cen jednostkowych zawartych w formularzu oferty wykonawcy pokazuje, że dla innych usług wykonawca zaoferował ceny na poziomie 0,23 zł lub 4,34 za m<sup>2</sup>, np. cena jednostkowa dla 19 pozycji wynosi 0,22 zł za m<sup>2</sup>. Czyli są to ceny stałe dla ww. usług w tych pozycjach, wyjątek dotyczy tylko poz. 20 i 21, które jak przyznał zostały „celowo obniżone”.

Odwołujący dodał, że w jego zdaniem wyjaśnienia wykonawcy DENDREX w ogóle nie tłumaczą wątpliwości zamawiającego w zakresie cen jednostkowych w poz. 20 i 21, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ, w szczególności w postanowieniach umowy. Wyjaśnienia odnosząc się do całości usług, wykonywanych łącznie, nie potwierdzają więc możliwości wykonania usług jednostkowych opisanych w rzeczonych pozycjach. Zatem zamawiający, mając na uwadze konstrukcję zamówienia obejmującą realizację odrębnych usług koszenia trawy, możliwość odrębnego ich zlecania i rozliczania, powinien negatywnie ocenić wyjaśnienia wykonawcy i uznać, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 3 p.z.p. Konsekwencją tego powinno być odrzucenie oferty wykonawcy DENDREX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Powoduje to również, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 p.z.p., poprzez zamiar udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Jak również zamawiający, przyjmując wyjaśnienia wykonawcy DENDREX, odnośnie celowego obniżenia cen w poz. 20 i poz. 21 dokonał zmiany przedmiotu zamówienia już po otwarciu ofert. Poniekąd potwierdza to czynność wyboru oferty z rażąco niskimi cenami dla usług, których zlecenie jest „mało prawdopodobne”, jak stwierdził DENDREX. Gdyby pozostali wykonawcy mogli przyjąć, że niektóre usługi można wycenić po zaniżonych lub nawet zerowych stawkach z tego względu, że ich wykonanie nie zostanie zlecone, to mogłoby mieć wpływ na klasyfikację ofert w kryterium ceny. Kiedy takiej możliwości nie sposób znaleźć w opisie sposobu wyceny ofert, a także w warunkach realizacji przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji, według odwołującego, zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty bez zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając pozostałym wykonawcom modyfikację oferty, jakiej dokonał wybrany wykonawca.

Dalej odwołujący podkreślił, że badanie oferty nie powinno odnosić się do sumy kwot podanych w pkt 4 formularza oferty, bowiem przeczy temu pkt 17.2. SIWZ, zgodnie z którym podana w ofercie łączna cena jest ceną niezbędną wyłącznie dla potrzeb oceny oferty, wyboru najkorzystniejszej i przyjęcia wstępnej szacunkowej wartości umowy. W ocenie odwołującego ceny jednostkowe podane przez wykonawcę DENDREX w poz. 20 i 21 są wręcz nierealistyczne, niewiarygodne w porównaniu do cen oferowanych przez pozostałych wykonawców. To powoduje, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie usług opisanych w pozycji 20 i 21, wbrew twierdzeniom wykonawcy zawartym w wyjaśnieniach, byłoby to dla niego nieopłacalne.

Odwołujący podsumował, że na podstawie treści SIWZ i postanowień umowy mamy do czynienia ze świadczeniem odrębnych usług wykaszania zieleni dla 90 lokalizacji opisanych przez zamawiającego i tak opisany przedmiot determinował, zresztą zgodnie z wytycznymi zamawiającego, sposób obliczenia cen za poszczególne usługi - jako cen jednostkowych. Tak obliczone ceny jednostkowe mają cechy cen samodzielnych za świadczenie poszczególnych usług opisanych w kalkulacjach cenowych stanowiących załączniki do oferty, które z kolei składają się na całe zamówienie. Podane dla każdej usługi ceny jednostkowe nie są wielkościami wewnętrznymi - o technicznym znaczeniu, mającymi co najwyżej zobrazować sposób kalkulacji - ale są to ceny rzeczywiste do zapłaty przez zamawiającego i nie podlegające zmianie w trakcie realizacji umowy. Zatem zamawiający dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawcę DENDREX naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a oraz ust. 3-4 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej nierealne, nierzeczywiste rynkowo ceny jednostkowe za świadczone usługi, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, i przez to nieporównywalne z cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Jednocześnie, mając na uwadze treść zawiadomienia z dnia 14.05.2020 r., w którym zamawiający określił termin podpisania umowy na dzień 20.05.2020 r. - w przypadku gdyby umowa została zawarta przed rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej - odwołujący wniósł o jej unieważnienie w całości.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zgodnie z aktami sprawy do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je ze zbrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po

wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Wypada zaznaczyć, że skład rozpoznający spór podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwałach

z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17 i sygn. akt III CZP 58/17 oraz w wyroku z 23 maja 2018 r. sygn. akt IV CSK 448/17, zgodnie z którym przez zaskarżenie wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć prawo odwołującego do kwestionowania zaniechania

przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego w przetargu, czy odrzucenia jego oferty.

Izba stwierdziła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Jak również stwierdzono, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. Zgodnie z dokumentacją postępowania:

1) przedmiotem zamówienia jest wykaszanie zieleni na terenach Gminy Miejskiej Kamienna Góra (pkt 3 SIWZ), co szczegółowo zostało opisane przez zamawiającego w części IV SIWZ, zaś istotne postanowienia umowy wskazano w części III SIWZ. W pkt 15 SIWZ zawarto opis sposobu przygotowania ofert, gdzie nakazano wykonawcom złożyć formularz oferty według wzoru z części

II SIWZ, a w pkt 17 wskazano opis sposobu obliczenia ceny;

2) zamawiający merytorycznie modyfikował treść dokumentacji postępowania w dniu 7 i 10 kwietnia 2020 r.

II. W toku przetargu, na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., zamawiający przeprowadził

postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny:

1) pismem z dnia 6 maja 2020 r. wezwano wykonawcę G. E. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU "DENDREX" G. E., Przedwojów nr 138, 58-400 Kamienna Góra (dalej zwanego jako „wykonawca Dendrex”) do

złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyczenia istotnych części składowych zaproponowanych cen w ofercie, w tym wątpliwości zamawiającego wzbudziły ceny jednostkowe z kalkulacji cenowej nr 2 poz. 20 teren działki nr 313/17 obr. 6 trasa turystyczna na Górze Parkowej w wysokości 50,00 zł za jedno wykoszenie powierzchni 15 234 m<sup>2</sup> i poz. 21 Góra Parkowa od ul. Piastowskiej w wysokości 4000,00 zł za jedno wykoszenie powierzchni 26 477 m<sup>2</sup>;

2) wykonawca Dendrex odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z dnia 10 maja 2020 r.

III. W dniu 14 maja 2020 r. zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Dendrex jako najkorzystniejszą w przetargu.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wykonawcy Dendrex dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do oceny czy zamawiający prawidłowo zweryfikował złożone przez wykonawcę

Dendrex wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny i czy nie zaniechał odrzucenia jego oferty, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 1-3 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.),

- do zweryfikowania czy zarzucane nieprawidłowe działania i zaniechania zamawiającego spowodowały, że w przetargu doszło do naruszenia zasad naczelných ustawy wskazanych w art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., a także czy jednostka zamawiająca nie naruszyła art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego i wybór oferty wykonawcy Dendrex, która zdaniem odwołującego powinna zostać odrzucona.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Dendrex, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą doprowadzić do wniosku, że w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, w ocenie składu orzekającego całość zebranego materiału procesowego, w sposób niebudzący wątpliwości, wskazuje na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie należało oddalić. Zamawiający bowiem prawidłowo zbadał i ocenił ofertę wykonawcy Dendrex jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty postawione w pkt

3, 4 i 6 petitum odwołania, tj. naruszenia: art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p. - poprzez nieprawidłowe uznanie, że wykonawca Dendrex w złożonych wyjaśnieniach wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny dla usługi z pozycji 20 i 21 kalkulacji cenowej nr 2 i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, art. 90 ust. 1 i ust. 1a p.z.p. - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Dendrex, pomimo że oferta zawiera rażąco niskie ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że ceny jednostkowe są niższe o 98,50 % od średniej arytmetycznej - dla usługi wykoszenia opisanej w poz. 20 i niższe o 44 % od średniej arytmetycznej - dla usługi wykoszenia opisanej w poz. 21, art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dendrex, pomimo że zawiera ona rażąco niskie ceny jednostkowe.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, skład orzekający wskazuje, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa w omawianej normie, zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. A także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie ustawodawca określił przesłankę ex lege do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p. - kwantyfikowaną trzydziestoprocentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert. Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. - ”obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy” - którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Z uwagi zaś na treść art. 90 ust. 3 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, zatem w wyniku negatywnej oceny przez

zamawiającego wyjaśnień wykonawcy dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 23 maja 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18, „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień

(art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”.

Dalej skład orzekający wskazuje, że czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, a także dla zamawiającego, ponieważ może przesądzić o odmiennym wyniku przetargu. Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga zatem ustalenia - w sposób jednoznaczny - że oferta zawiera cenę rażąco niską, zaś sankcja w postaci jej odrzucenia może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych wp.z.p.

Izba zaznacza również, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny i nie budzi wątpliwości fakt, że zarówno omawiane przepisy, jak i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, pozostawiają rozwinięcie tego pojęcia, jako klauzuli generalnej, orzecznictwu. Dlatego też, w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu potrzeba, należy kwestę rażąco niskiej ceny badać ad casum (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Ponadto, skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji, konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek - ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku - należy oceniać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Godzi się również zaznaczyć, że judykatura zwraca uwagę, że „dysproporcja cen zaferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Jak również, iż „co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty, jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytych wykonaniu przyszłej umowy (...). Z treści ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie same wytyczne zawiera ustawa Pzp, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca w sposób jednoznaczny i wyraźny zaakcentował, iż ocena oferty wykonawcy pod względem sprawdzenia, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny odnosi się każdorazowo do ceny całkowitej, obejmującej cały przedmiot zamówienia. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Izby.” (tak wyrok Sądu Okręgowego

w Krakowie z 24 czerwca 2019 r. sygn. akt II Ca 928/19). Skład rozpoznający spór powyższe poglądy podzieliła i przyjmuje za własne.

Przenosząc poczynione rozważania na kanwę rozpoznawanego sporu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jak niżej.

W pierwszej kolejności skład orzekający wskazuje, że nie podzieliła argumentacji odwołującego jakoby porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu, w tym: dla pozycji 20 ceny jednostkowej odwołującego w wysokości 3 199,14 zł (0,21 zł za m<sup>2</sup>) i wykonawcy „MAJK” Usługi Różne J. D. w wysokości 6 855,30 zł (0,45 zł za m<sup>2</sup>), a także dla pozycji 21 ceny jednostkowej odwołującego 5 560,17 zł (0,21 zł za m<sup>2</sup>) i wykonawcy „MAJK” Usługi Różne J. D. w wysokości 11 914,65 zł (0,45 zł za m<sup>2</sup>) oraz odpowiednich ich wielokrotności, do cen wykonawcy Dendrex w tych pozycjach mogło dać podstawę do przyjęcia, że cena Dendrex jest rażąco niska. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaferowanych cenach, czy przełożenie różnic cenowych na wartości procentowe, nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru. Nie świadczy to automatycznie o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki. Jak również z materiału

procesowego wynika, że odwołujący przyjął odmienne założenia dla wyceny swojej oferty, niż wykonawca Dendrex. Odwołujący założył, że wykoszenie każdej z 90 odrębnych lokalizacji może nie zostać wykonawcy zlecone, zaś Dendrex przyjął, że należy wykonać co najmniej raz koszenie na każdej z nich, co bezpośrednio miało wpływ na przyjęty przez niego sposób wyceny, a o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Dendrex w zakresie sposobu kalkulacji ceny, posiada on własny sprzęt do realizacji zamówienia, co ma bezpośredni wpływ na koszt realizacji umowy. Wykonawca dysponuje dwiema kosiarkami bijakowymi podłączonymi do ciągnika, z których jedna zbiera skoszoną trawę do kosza z wysokim wyspem, więc nie trzeba jej zagrabiać, co znacząco przyspiesza pracę, a więc ma wpływ na ilość niezbędnych roboczogodzin. Posiadany sprzęt pozwala na skoszenie 50% powierzchni zamówienia ciągnikiem z kosiarką bijakową, co zwiększa wydajność pracy i jednocześnie minimalizuje koszty. Przedstawiono też szczegółową kalkulację dla całej ceny ofertowej z podziałem na poszczególne koszty. Wskazany w wyjaśnieniach potencjał wykonawcy, obliczenia w zakresie globalnej ceny oferty oraz przyjęty zysk z wykonania całości zamówienia nie były przez odwołującego kwestionowane.

Wykonawca Dendrex w wyjaśnieniach wskazał, że cena za pozycję 20 - teren działki 313/17 i pozycję 21 - Górka Parkowa od ul. Piastowskiej (obie z kalkulacji cenowej nr 2 parki skwery i place zabaw) zostały obniżone, ponieważ wykonanie pełnego zakresu zamówienia zapewni wykonawcy zysk, tj. za wykaszanie pasów drogowych za jedno koszenie w kwocie 15 481,76 zł (92 890,56 zł za sześciokrotne wykoszenie), za wykaszanie pozostałych terenów za jedno koszenie w kwocie 9 735,02 zł (68 145,14 zł za siedmiokrotne wykoszenie). Wykonawca wskazał również, że nawet jeżeli wykosi jedynie te dwie pozycje, to zarobi (zysk w wysokości 1 605,34 zł). Dla obu przedmiotowych pozycji wskazano także kalkulację szczegółową obejmującą przyjętą ilość metrów, które skosi pracownik, czyli zakładaną ilość roboczogodzin dającą koszt pracy. Obliczono koszt paliwa, oleju, amortyzacji sprzętu i utylizacji odpadów, co dla pozycji 20 sumarycznie daje koszty sprzętu i robocizny w wysokości 1 492,06 zł, zaś dla pozycji 21 łączny koszt 952,60 zł. Izba stwierdziła, że liczony oddzielnie zysk dla pozycji 21 wynosi 3 047,40 zł, ale dla pozycji 20 nie ma zysku, jest koszt wykonawcy w wysokości 1 442,06 zł.

Nie było spornym między stronami, że przedmiot zamówienia stanowi 90 odrębnie wskazanych lokalizacji opisanych nazwą ulicy lub nieruchomości (lokalizacji terenu przeznaczonego do wykoszenia) i wykonawca powinien wycenić oddzielnie cenę jednostkową dla każdej z usług (kalkulacje szczegółowe nr 1 i nr 2), które będą stanowić podstawę do wypłacenia wynagrodzenia (§ 3 ust. 3 w zw. z § 2 ust 3 pkt 3.1. wzoru umowy), zgodnie ze zleceniem zamawiającego. Zaś dla porównania i oceny złożonych w przetargu ofert (pkt 19.3 SIWZ) i określenia wstępnej wartości wynagrodzenia (§ 3 ust. 1 wzoru umowy) zamawiający przyjął globalną cenę oferty za cały zakres zamówienia (cena łączna, pkt 4 formularza oferty). Odwołujący twierdził, że ceny jednostkowe są cenami odrębnymi, samodzielnymi dla danego obszaru i powierzchni, stąd w ocenie odwołującego cena za pozycje 20 i 21 wykonawcy Dendrex powoduje rażąco niską cenę oferty. Natomiast zamawiający podnosił, że pomimo odrębnych cen jednostkowych z formularzy, to istotną jest cena za całościowe jednokrotne wykonanie wykoszenia i nie jest możliwym, aby została zlecona do skoszenia np. jedna lokalizacja. Zatem zdaniem jednostki zamawiającej cenę oferty należy rozpatrywać z poziomu pełnego wykonania koszenia na całej powierzchni, a nie dla każdej jednej lokalizacji, więc założenie Dendrex z wyjaśnień ceny o całościowym koszeniu powierzchni zamówienia jest usprawiedliwione i należy badać globalną cenę jego oferty, która jest realna i pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Podnoszono także, że rozbitcie na poszczególne lokalizacje zostało dokonane ze względu na prawidłowe wyliczenie wartości ewentualnych kar umownych, aby nakładać kary nie od wartości całości zamówienia, a od wartości dla każdej lokalizacji.

Skład orzekający zauważa, że nawet przyjmując, że wykonawca wykona w ramach całej umowy tylko skoszenie spornych pozycji 20 i 21, co nie jest założeniem uprawnionym na kanwie dokumentacji przetargu, to wykonawca Dendrex otrzyma wynagrodzenie przewyższające jego koszty, więc trudno podzielić stanowisko o zaniżeniu ceny. Odwołujący nie zdecydował się we wniesionym środku zaskarżenia na podważenie wskazanych przez wykonawcę w kalkulacji składników cenotwórczych. W odwołaniu brak jest jakichkolwiek twierzeń, że podane poszczególne wartości są zaniżone, czy niewiarygodne. Izba również nie doszukała się nieprawidłowości w tym zakresie. Odwołujący zdaje się skupił na zarzucaniu, że są to ceny jednostkowe, które mogą spowodować sankcję w postaci odrzuceniu oferty, zaś argumentacja dotycząca konkretnych wartości z wyjaśnień wykonawcy Dendrex została sformułowana w sposób oszczędny. Odwołujący nie przedstawił przykładowo własnych kalkulacji, czy chociażby ogólnych założeń, że koszty pracy i koszty sprzętu z pozycji 20 i 21 są rażąco niskie. Stanowisko odwołującego jest bardzo ogólne, sprowadzające się do negowania wyjaśnień konkurencji i podnoszenia zaniżenia cen jednostkowych w korelacji z innymi ofertami, a także opiera się własnej interpretacji SIWZ co do zakresu robót, jaki zostanie zlecony. O ile ceny zaproponowane przez innych wykonawców mogą stanowić pewną

wytyczną co do poziomu kalkulacji ceny w postępowaniu, to jednak nie można zapominać, że każdy przedsiębiorca posiada własne warunki podmiotowe, które bezpośrednio wpływają na możliwość obniżenia ceny. W szczególności, że w postępowaniu objętym sporem na koszty realizacji umowy, której przedmiotem jest wykaszanie zieleni, składają się głównie koszty wynagrodzenia i koszty pracy sprzętu, w tym paliwo (zgodnie też z oszacowaniem wartości zamówienia przez zamawiającego z 23 marca 2020 r.). Odwołujący nie podnosił, że wykonawca Dendrex pominął jakiś koszt, albo że przyjęte poszczególne jednostkowe wartości są zaniżone. Sformułowanie skutecznego zarzutu musi opierać się na chociażby luźnym przybliżeniu co dokładnie w ocenie odwołującego zaniżono i jak wpływa to na cenę, albo dlaczego dany koszt może być zdaniem strony rażąco niski, co sumarycznie powoduje nieekwiwalentną cenę całej oferty. Jedyne czynniki kosztowe w postaci kosztów pracy, którego minimalny poziom został uregulowany przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa to wynagrodzenie, które także nie zostało zaniżone. Przyjęta przez Dendrex stawka jest zgodna z wysokością stawki roboczogodziny wynikającej z rozporządzenia z dnia 10 września 2019 r. Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1778). Wykonawca odwołujący wielokrotnie podnosił, że ceny Dendrex są nierealistyczne i niewiarygodne, tylko że nie zdecydowano się na chociażby podjęcie próby podważenia konkretnych kosztów ze spornych pozycji, czy też na zakwestionowanie obliczonego zysku, który wskazał wykonawca, nawet jeżeli zamawiający zleci mu skoszenie wyłącznie tych dwóch pozycji.

Następnie Izba zauważa, że zamówienie zostało tak skonstruowane przez zamawiającego, że żądano podania cen jednostkowych za daną lokalizację, co jednak nie oznacza, że wykonawcy zostanie zlecona do wykoszenia np. lokalizacja z pozycji 1, lokalizacja z pozycji 3, czy pozycji 15. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego złożonymi na rozprawie sześciokrotne koszenie pasów drogowych i siedmiokrotne koszenie parków, skwerów, placów zabaw, etc. jest ilością maksymalną, jaka może zostać zlecona wykonawcy. Zamawiający przewiduje jednokrotne świadczenie usługi w całym zakresie zamówienia, czyli wszystkie lokalizacje zostaną wykoszone, nie wiadomym jest za to wielokrotność koszenia (zależna od warunków atmosferycznych). Stanowisko jednostki zamawiającej ma odzwierciedlenie w materiale procesowym - zmiana SIWZ z dnia 7 kwietnia 2020 r., część IV SIWZ przedmiot zamówienia - „zamawiający zakłada maksymalnie 6 koszeń dla każdego obiektu w pasach drogowych (załącznik nr 2) i maksymalnie 7 koszeń dla każdego obiektu na pozostałych terenach (załącznik nr 1). Ilość koszeń może ulec zmianie w przypadku, gdy warunki pogodowe (w szczególności susza, wysokie temperatury) spowodują, że poszczególne obiekty nie będą wymagały wykaszania zieleni” (ilości maksymalne dodano także do dwóch szczegółowych formularzy cenowych oraz w § 1 ust. 3 i 4 wzoru umowy). W wyjaśnieniu SIWZ w przedmiocie zamówienia wskazano również, że „Zamawiający informuje, że w pasach drogowych przewidziane jest 67 312 m<sup>2</sup> powierzchni do wykoszenia, a na pozostałych terenach 67 552 m<sup>2</sup> powierzchni do wykoszenia” - z treści tej w odpowiedzi na odwołanie zamawiający słusznie wywodził, że wykonawca wykona jedną usługę, a nie 90 odrębnych usług (dla każdej lokalizacji), stąd wszystkie podane w formularzu ceny jednostkowe składają się na cały zakres zamówienia i nie można zakładać, że wykonana zostanie usługa np. tylko dla pozycji 20, albo tylko dla pozycji 21, co oznacza że nie można uznać ceny jednostkowej z kalkulacji za powodującą, że cała cena oferty jest rażąco niska. Innymi słowy, wykonawca ma uzasadnione podstawy, żeby zakładać, iż wykona co najmniej raz cały zakres koszenia (67 312 m<sup>2</sup> pasów drogowych i 67 552 m<sup>2</sup> parków, skwerów) za co otrzyma wynagrodzenie, w tym zakładany zysk. Zatem nawet jeżeli w jednej z pozycji kalkulacji szczegółowej zysk ten przewyższa koszty (pozycja nr 20 z kalkulacji nr 2), to i tak cena nie będzie rażąco niska, bo koszty należy liczyć dla całego koszenia, jak również zysk obliczony jest dla jednego pełnego koszenia na ww. powierzchni. Skład orzekający podzielił argumentację zamawiającego, że rozpatrywanie ceny oferty, jako ceny rażąco niskiej, należy odnieść do całości zamówienia, a nie dla poszczególnych pozycji i przy całościowej ocenie przedmiotu zamówienia nie ma podstaw do uznania, że wykonawca zaofერował nieekwiwalentną cenę. Zgodnie z brzmieniem dokumentacji postępowania - również pkt 17.1 i 17.3 SIWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny - nie sposób przyjąć, iż zarzucane ceny jednostkowe mogły mieć jakikolwiek wpływ na zaniżenie ceny oferty czy też na należyte wykonanie umowy. Odwołujący nie podważał także wysokości ceny globalnej wykonawcy Dendrex, wskazywano na zaniżone części składowe z pozycji 20 i 21 kalkulacji nr 2 pn. parki, skwery, place zabaw, etc.

Tym niemniej Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu i dokonano również weryfikacji czy nie doszło do tzw. nieuprawnionej manipulacji cenami, czy sprzedaży usług poniżej kosztów, co mogłoby stanowić naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 lub art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.).

Skład orzekający stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi koszenia, czyli czynniki kosztotwórcze w każdej pozycji (w każdej lokalizacji) są takie same -

praca sprzętu, utylizacji trawy i koszt wynagrodzenia. Zgodnie z niekwestionowanymi założeniami wykonawcy Dendrex koszt wykoszenia pozycji 20 wynosi 1442,06 zł, a koszt wykoszenia pozycji 21 to 952,60 zł, przy czym jedno wykoszenie parków, skwerów i placów zabaw to zysk wykonawcy na poziomie 9 735,02 zł (68 145,14 zł za siedmiokrotne wykoszenie), wobec wykazanego przez zamawiającego uzasadnionego założenia, że

zostanie dokonane koszenie wszystkich lokalizacji co najmniej raz wykonawca Dendrex osiągnie zakładany w kalkulacji ceny zysk, czyli nawet hipotetycznie nie dojdzie do możliwości sprzedaży poniżej kosztów świadczenia usługi.

W dokumentacji postępowania, w sposobie obliczenia ceny, zamawiający wskazał na konieczność uwzględnienia wszystkich kosztów w całkowitej cenie oferty (pkt 17.1 SIWZ). Cenę oferty należy obliczyć na podstawie całości kwot z kalkulacji nr 1 i nr 2 (pkt 17.3 SIWZ). Zatem zgodnie z brzmieniem SIWZ nie tylko badanie wystąpienia ceny rażąco niskiej powinno odbywać poprzez weryfikację, czy dojdzie do prawidłowego wykonania całego przedmiotu zamówienia za daną kwotę, a nie za cenę danej, wybranej lokalizacji, ale również na kanwie SIWZ sposób obliczenia ceny to konstrukcja całościowej ceny w stosunku do wszystkich wydatków, jakie musi poczynić wykonawca przy wykonywaniu zamówienia. Dalej Izba stwierdziła, że także najkorzystniejszą ofertę wybierano ze względu na cenę globalną oferty (pkt 19.3 SIWZ), a nie ceny jednostkowe. Nie mamy więc tutaj do czynienia z nieuprawnionym manipulowaniem ceną, w szczególności w celu uzyskania lepszej punktacji w kryterium oceny ofert. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że obniżył cenę w spornych pozycjach, ponieważ pozwała mu na to zakładany zysk za pełne koszenie, co w oparciu o dokumentację postępowania jest uprawnione. Kształtowanie strategii cenowej niewątpliwie mieści się w swobodzie przysługującej wykonawcy i wobec tego, że nie zostało to wykorzystane do nadużycia w postaci manipulacji kryterium oceny ofert, czyli nie ma wpływu na ranking ofert, ani nie powoduje zaoferowania ceny rażąco niskiej, nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, ani w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 3, ani art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Izba wskazuje również, że dla tej nieskomplikowanej usługi, składającej się z prostych czynności, wymagane jest posiadanie odpowiedniej kadry (którą narzucił zamawiający w warunku udziału w przetargu i weryfikowano ją w oparciu o treść wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia) oraz odpowiedniego sprzętu (co także narzucono w warunku udziału w przetargu i sprawdzano na podstawie wykazu narzędzi i urządzeń technicznych). Zatem przedmiot zamówienia został tak skonstruowany, że w ocenie sądu orzekającego jako adekwatny dowód wyjaśnienia kalkulacji ceny należy uznać oświadczenie własne wykonawcy, w postaci rozbudowanej kalkulacji wymaganych pozycji. W szczególności, że odwołujący nie podważał wysokości wyszczególnionych przez wykonawcę Dendrex kosztów. Natomiast w zakresie podnoszonego przez odwołującego braku dowodu dotyczącego bezzwrotnej pożyczki z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w ramach tzw. tarczy antykryzysowej w związku ze spadkiem obrotów Dendrex, z jednej strony spadek zysków stanowi notorium w związku z ogłoszonym w kraju stanie epidemii (rozporządzenie z Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U z 2020 r. poz. 491 ze zm.)), z drugiej zaś brak przedstawienia dowodu otrzymania państwowego wsparcia nie może świadczyć o cenie rażąco niskiej, gdyż faktycznie ceny były kalkulowane przez złożeniem ofert (termin składania ofert upłynął w dniu 16 kwietnia 2020 r.) i dodatkowe środki dla przedsiębiorcy obecnie mu przekazane mogą mieć ewentualnie wpływ na obecne niższe koszty prowadzenia działalności.

Konkludując, dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż jednostka zamawiająca prawidłowo oceniła złożone przez wykonawcę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Wyjaśnienia zawierają adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym jednoznacznie odpowiadają na treść wezwania do złożenia wyjaśnień. Wykonawca Dendrex przedstawił niezakwestionowaną zbiorczą kalkulację szczegółową i dwie kalkulacje dla spornych pozycji

20 i 21 z formularza cenowego nr 2, co prawidłowo wyjaśnia poziom przyjętej ceny i daje podstawy do stwierdzenia, że została ona obliczona w sposób rzeczywisty i ekwiwalentny. Założenie wykonawcy o minimalnym zakresie zamówienia, jaki zamawiający zleci do wykonania, a także o braku wystąpienia sytuacji, iż dojdzie do wykonania jedynie usługi 20 lub

21 z kalkulacji nr 2, powoduje, że prawidłowo obliczono zysk, także w oparciu o pkt 17.1 i 17.3 SIWZ. W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p. Postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone prawidłowo, więc nie doszło także do naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. Zatem zarzuty postawione w pkt 3, 4 oraz 6 petitum odwołania zostały przez Izbę oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutów nr 1, 2 i 5 z petitum odwołania - naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust.

1 i 3 p.z.p., poprzez naruszenie zasad konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a także zamiar udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy, oraz naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, wskutek wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Powyższe zarzuty zostały przez odwołującego powiązane z zarzutami omówionymi przez Izbę we wcześniejszej części uzasadnienia w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Dendrex z powodu rażąco niskiej ceny, które zostały przez skład orzekający oddalone. Wobec braku potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy zaniechań zamawiającego Izba oddaliła także zarzuty naruszenia art. 7 p.z.p., jako niepotwierdzone w ustalonym stanie rzeczy. Nie wykazano również, że wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, czy aby doszło do naruszenia generalnych zasad p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza pominęła wnioski dowodowe odwołującego w zakresie przesłuchania członka komisji przetargowej pani A.M. na okoliczność opracowania opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ w ocenie składu orzekającego dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 p.z.p.). Izba dysponuje pełną dokumentacją przetargu, który co do zasady jest pisemny, zatem okoliczności, na które miały zostać przeprowadzony dowód zostały stwierdzone na podstawie brzmienia SIWZ. Izba pominęła także wniosek o przesłuchanie pana G.E. na okoliczność ustalenia, że za kwotę brutto 50,00 zł można z zyskiem wykosić teren 15 234 m<sup>2</sup> przy założeniu że usługa zostanie wykonana tylko raz. Przedmiotem dowodu są fakty, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 190 ust. 1 p.z.p.), pan G.E. mógłby co najwyżej wyrazić swoją opinię, co jest nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Jak również swoje stanowisko osoba ta przedstawiła w złożonych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny. Natomiast dokumenty złożone przez odwołującego stanowiły dokumentację przetargu i już się ex lege znajdował w aktach sprawy (vide § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.)).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania - obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) złożył się uiszczony przez wykonawcę wpis od odwołania.

Skład orzekający nie uwzględnił wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego, gdyż do zamknięcia rozprawy nie przedłożono na tę okoliczność żadnego dokumentu. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty strony w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600,00 zł. Zatem w tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku i odwołania się do kwoty wynikającej z rozporządzenia, a warunkiem uwzględnienia wniosku strony jest przedłożenie do akt sprawy rachunku - dowodu poniesienia tych kosztów. W przypadku więc braku (lub niemożliwości przedłożenia takiego dowodu) Izba nie ma podstaw do uwzględnienia wniosku o zasądzenie kosztów wynikających z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: