

Sygn. akt:KIO 478 /21  
KIO 489 /21

**WYROK**  
z dnia 22 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik**  
**Danuta Dziubińska**  
**Anna Osiecka**

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez:

A. Wykonawcę **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach, sygn. KIO 478/21;**

B. Wykonawcę **Zielony Ogród spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie, sygn. KIO 489/21;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Włocławek – Urząd Miasta Włocławek**, przy udziale:

A. Wykonawcy **Garden Designers D. i Wspólnicy spółki jawnej z siedzibą w Lublinie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO 478/21, KIO 489/21 po stronie Zamawiającego.**

B. Wykonawcy **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO 489/21, po stronie Zamawiającego,**

**orzeka:**

1. W sprawie o sygn. KIO 478/21:

1.1. uwzględnia odwołanie odwołującego **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach** w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy Garden Designers D. i Wspólnicy spółki jawnej z siedzibą w Lublinie, jako zawierającą rażąco niską cenę i jako niezgodną z treścią SIWZ.

1.2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, 1a i 3 ustawy Pzp oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnoszących się do oferty Apis Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu.

1.3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. W sprawie o sygn. KIO 489/21 oddala odwołanie odwołującego **Zielony Ogród spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie.**

3. Kosztami postępowania obciąża:

3.1. w sprawie o sygn. KIO 478/21 odwołującego **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach** w części dwie piąte i zamawiającego **Gminę Miasto Włocławek – Urząd Miasta Włocławek** w części trzy piąte i:

3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach** (sygn. KIO 478/21) tytułem wpisu od odwołania,

3.3. zasądza od zamawiającego **Gminy Miasto Włocławek – Urzędu Miasta Włocławek** na rzecz odwołującego **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach** kwotę **8160 zł 00 gr** (słownie osiem tysięcy sto sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izbą,

3.4. w sprawie o sygn. KIO 489/21 obciąża odwołującego **Zielony Ogród spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie** i:

3.5. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Zielony Ogród spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie** (sygn. KIO 489/21), tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

Sygn. akt:KIO 478 /21  
KIO 489 /21

**Uzasadnienie**

Gmina Miasto Włocławek – Urząd Miasta Włocławek (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa i przebudowa parku (budowa toalet publicznych z infrastrukturą techniczną, budowa i przebudowa układu komunikacyjnego parku wraz z oświetleniem) w ramach zadania: Zagospodarowanie Parku im. H. Sienkiewicza od ul. Kardynała Wyszyńskiego do ul. Okrzei. Strona Południowa.”, nr BZP.271.61.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 listopada 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 612896-N-2020.

**KIO 478/21**

W dniu 15 lutego 2021 r. wykonawca G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach (dalej: „Odwołujący Gardens”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wyborze oferty Apis Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu (dalej „Apis”) jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której to oferta Odwołującego, jako oferta niepodlegająca odrzuceniu, pozostawała najkorzystniejsza,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Apis mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a Apis nie przedłożył odpowiednich wyjaśnień, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Apis mimo, iż oferta ta jest niezgodna z SIWZ,
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty Apis z uwagi na błędne zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8%, co miało wpływ na wycenę oferty,
- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty Garden Designers D. i Wspólnicy Sp.j. (dalej „Garden Designers”) mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a Wykonawca nie przedłożył odpowiednich wyjaśnień, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska,
- 6) zaniechaniu odrzucenia oferty Garden Designers z uwagi na błędne zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8%, co miało wpływ na wycenę oferty,
- 7) zaniechaniu odrzucenia oferty Garden Designer mimo, iż oferta ta jest niezgodna z SIWZ,
- 8) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp ocenie wyjaśnień złożonych przez Apis oraz Garden Designers w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp,
- 9) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący Gardens zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych zaniechaniem odrzucenia oferty Apis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Garden Designers jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) naruszenie art. 87 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Garden Designers w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ wykonawca ten zastosował błędną stawkę podatku VAT,
- 4) naruszenie art. 87 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Apis w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ wykonawca ten zastosował błędną stawkę podatku VAT,
- 5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Apis w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z SIWZ,
- 6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Garden Designers w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z SIWZ,
- 7) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez jego niewłaściwe zastosowanie zaniechaniem podania wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego, przyczyn w oparciu, o które Zamawiający uznał, że oferta złożona przez Apis oraz oferta złożona przez Garden Designers nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący Gardens wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie niniejszego odwołania i uwzględnienie go w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 9 lutego 2021 r., polegającej na wyborze oferty Apis jako najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Apis,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Garden Designers,
- 5) nakazanie Zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych w pkt. 3 i 4 powyżej,
- 6) nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców w postępowaniu oraz poinformowanie wykonawców o czynnościach o których mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, ponadto Odwołujący wniósł o:
  - 7) przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania, jak również dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w odwołaniu,
  - 8) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący Gardens wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący Gardens wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia z tego tytułu zysku. W przypadku, gdyby Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, odrzucił oferty Apis oraz Garden Designers, oferta Odwołującego Gardens zostałaby ofertą najkorzystniejszą, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Ad. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych zaniechaniem odrzucenia oferty Apis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Gardens w pierwszej kolejności wskazał, że nie zgadza się z twierdzeniami Apis, iż oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia została skalkulowana na poziomie wyższym niż stawki rynkowe. Powyższe wykonawca Apis wskazał jako dodatkowy argument, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a badanie rażąco niskiej ceny powinno nastąpić w oparciu o średnią arytmetyczną wszystkich ofert.

Odwołujący Gardens wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt

4 ustawy Pzp wyraźnie wynika, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest, w ocenie Odwołującego Gardens, wartość zamówienia z podatkiem VAT, wobec czego jeśli cena zaferowana przez Apis faktycznie w sposób znaczący odbiegała od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że cena ta jest ceną rażąco niską. Odwołujący Gardens wskazał, że Apis nie przedstawił ponadto jakichkolwiek dowodów potwierdzających jego twierdzenia w powyższym zakresie, zatem w ocenie Odwołującego Gardens stanowiły one jedynie argumentację stworzoną na potrzeby udzielenia przez Apis wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Stanowisko to potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Odwołującego Gardens nie można wobec tego uznać, aby porównanie ofert sporządzone przez Apis mogło stanowić jakikolwiek dowód, że oferta tego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej. Dokument ten nie powinien zostać, zdaniem Odwołującego Gardens, wzięty pod uwagę przez Zamawiającego w toku oceny wyjaśnień złożonych przez Apis. Porównanie to, w ocenie Odwołującego Gardens, należy traktować tylko jako opracowanie własne Apis, zawierające ponadto czysto subiektywną ocenę prawidłowości oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Jak podkreślił Odwołujący Gardens, kwestia sposobu oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego nie była przedmiotem jakichkolwiek wcześniejszych zarzutów ze strony Apis.

Odwołujący Gardens wskazał ponadto, że do udzielonych wyjaśnień, Apis przedłożył kalkulację ceny ryczałtowej opracowaną w oparciu o przedmiary robót w formie kosztorysu uproszczonego. Kosztorys ten w części możliwej do analizy potwierdza (Kosztorys ofertowy - Zieleń), w ocenie Odwołującego Gardens, że cena zaferowana przez Apis jest ceną rażąco niską. Powyższe twierdzenie Odwołujący Gardens wywodzi z następujących okoliczności:

1) Apis nie ujął w wycenie wszelkich wymaganych przez Zamawiającego kosztów, tj.:

- a) kosztów dojazdów, delegacji, zakwaterowania, ochrony i zabezpieczenia placu budowy,
- b) kosztów zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia,
- c) kosztów robót przygotowawczych,
- d) kosztów związanych z zabezpieczeniem placu budowy,
- e) kosztów związanych z utrzymaniem dróg,
- f) opłat za media, ubezpieczenia,
- g) opłat za zajęcie pasa drogowego itp.

2) Apis w wycenie oferty ujął ceny dumpingowe i niemożliwe do wynegocjowania (poniższe wyliczenie obejmuje jedynie te pozycje, które Odwołujący Gardens był w stanie odczytać), tj.:

- a) koszty związane z utylizacją odpadów - opłata za utylizację gruzu została określona na poziomie 1,10 zł/m<sup>3</sup>, wywóz 16,00 zł/m<sup>3</sup> na IOkkm, pozycje: 16, 17, 182, 183, 191, 192, 199, 200, 232, 233, 245, 246,
- b) pozycja nr 170 prefabrykowana toaleta montaż + dostawa - wycena 55 000, 00 zł netto/szt. co stanowi cenę nierealną, ponieważw najtańsze toalety na rynku to koszt ok. 90 000, 00 zł netto/szt.,
- c) niedoszacowana pozycja nr 23 - podbudowa z kruszywa naturalnego - koszt 23,43 zł/m<sup>2</sup> - cena poniżej kosztów,
- d) pozycja nr 30 - obrzeże betonowe - 8x30 koszt w ofercie 4,4 zł/m - cepa znacząco poniżej kosztów zakupu obrzeża bez uwzględnienia kosztów wbudowania,
- e) pozycja nr 185 - balustrady ochronne z pochwytem - cena 385 zł/m<sup>b</sup> - znacząco poniżej kosztów rynkowych,
- f) pozycja nr 207 - pergola - cena 2200 zł - znacząco poniżej kosztów rynkowych,
- g) pozycja nr 60 oraz nr 65 - drenaże oraz obsypka kruszywem dowiezionym cena 66 zł/m<sup>3</sup> - cena znacząco poniżej kosztów zakupu materiału bez uwzględnienia kosztów wbudowania,
- h) pozycja nr 71 - ścieki uliczne z kamienia cena 27,50 zł - poniżej kosztów materiałów,
- i) funkcjonują 2 ceny na rozścielenie ziemi urodzajnej: w kosztorysie podwykonawcy - pozycja nr 67 dział VIII zieleń cena 65 zł/m<sup>3</sup>, w ofercie Apis pozycja 256 cena 33 zł/m<sup>3</sup>.

W odniesieniu do pkt. 2 lit. i) powyżej, Odwołujący Gardens wskazał, że bazując na tej cenie różnica w błędnym według Apis oszacowaniu ilości ziemi przez Zamawiającego, która to okoliczność była podnoszona w wyjaśnieniach Apis z dnia 10 grudnia 2020 r., wynosi, nie 1 000 000, 00 min zł, a 424 332,81 zł netto.

Jak wskazał Odwołujący Gardens powyższe okoliczności, w tym w szczególności wskazane w pkt. 1) lit. a) - g) dodatkowo potwierdzają w jego ocenie zasadność zarzutu nr 5 Odwołującego, który szczegółowo został przedstawiony w dalszej części odwołania.

Odwołujący Gardens wskazał, że pozostała część przedłożonego przez Apis kosztorysu nie jest możliwa do zweryfikowania (str. 14-18 pisma Apis z dnia 9 grudnia 2020 r.). Uzasadnione wątpliwości Odwołującego Gardens budzi wobec tego możliwość i realność zweryfikowania wyjaśnień Apis przez Zamawiającego, co stanowi obowiązek Zamawiającego. Jak zwrócił uwagę Odwołujący Gardens kwestia ta nie stanowiła podstaw ponownego wezwania Apis do uzupełnienia i uszczegółowienia złożonych pierwotnie wyjaśnień. Powyższe może prowadzić do wniosku, że Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny złożonych przez Apis wyjaśnień, pomimo ciężącego na nim w tym zakresie obowiązku. Ponadto, powyższe oznacza, że Apis nie udowodnił, że zaferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, co warunkuje skuteczność złożonych wyjaśnień.

W dalszej kolejności Odwołujący Gardens wskazał, że Apis poinformował Zamawiającego, że korzystał z tarczy anty kryzysowej oraz pomocy de minimis, co pozwoliło na pozyskanie dodatkowych funduszy na realizację przyszłych Inwestycji i przyczyniło się do zmniejszenia ich kosztów. Wyjaśnienia Apis, w ocenie Odwołującego Gardens, pozostają bezprzedmiotowe w tym zakresie. W ocenie Odwołującego Gardens otrzymanie przez Apis takiej pomocy nie mogło w jakikolwiek sposób wpłynąć na możliwość obniżenia kosztów realizacji tego konkretnego zamówienia, a nawet gdyby założenie takie było możliwe - Apis w żaden sposób nie wykazał, aby taki wpływ faktycznie zaistniał, w tym nie przedłożył wymaganych przez Zamawiającego dowodów na tę okoliczność. Gdyby przyjąć, że uzyskana pomoc mogła przyczynić się do zmniejszenia kosztu realizacji zamówienia, część tych kosztów musiałby ponieść sam Apis, kosztem uzyskania mniejszego zysku z realizacji zamówienia, bądź też przy założeniu, że zysku tego Apis w ogóle nie osiągnie. Jak argumentował Odwołujący Gardens, nie jest również wykluczone, że przy takim założeniu, Apis nie tylko nie osiągnie zysku, ale także zrealizuje zamówienie dodatkowo finansując je ze środków spółki albo ze środków pozyskanych z innych zamówień (które być może były poprawnie wycenione przez Apis). Co istotne, sposób udzielenia wyjaśnień przez Apis w powyższym zakresie, budził również wątpliwości Zamawiającego, który zwrócił się o uzupełnienie/uszczegółowienie tych wyjaśnień. W ramach kolejnych wyjaśnień Apis wskazał jednak, wbrew pierwotnemu stanowisku, że pomoc z PFR (Tarcza finansowa) oraz pomoc de minimis nie wpłynęły bezpośrednio na zmniejszenie kosztów realizacji tego zamówienia. Już ta sprzeczność stanowisk prezentowanych przez Apis powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Apis wskazał dodatkowo, że uzyskanie pomocy z PFR pozwoliło na uzyskanie preferencyjnych cen materiałów budowlanych. Jednak, poza tymi twierdzeniami, Apis nie przedstawił żadnych dowodów,

które potwierdzałyby tę okoliczność. Do pisma z dnia 12 stycznia 2021 r. Apis załączył wyłącznie tabelę zawierającą listę przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez Apis, która co do zasady zawiera informacje o rozłożeniu na raty płatności zaległości podatkowych, informacje o dotacjach, pożyczkach oraz zwolnieniach z podatków. Z dokumentu tego w żaden sposób nie można wywnioskować, w ocenie Odwołującego Gardens, aby pomoc ta pozwoliła na uzyskanie preferencyjnych cen materiałów budowlanych, co miało w sposób bezpośredni przełożyć się na obniżenie zaoferowanej ceny. Zamawiający uznał zatem za wystarczające oświadczenia własne Apis, które nie były poparte żadnymi dowodami, co potwierdza zasadność odwołania w tym zakresie.

Następnie Odwołujący Gardens podniósł, że Apis wskazał, iż posiada własną kadrę pracowniczą, której wynagrodzenie przekracza ustaloną minimalną wysokość wynagrodzenia, co w ocenie Apis wpłynęło na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Uzasadnienie to budzi znaczne wątpliwości Odwołującego Gardens z uwagi na jego wewnętrzną sprzeczność. W ocenie Odwołującego Gardens dyskusyjne jest twierdzenie, zgodnie z którym, wyższe wynagrodzenie przysługujące pracownikom Apis, ma wpływ na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Sytuacja taka ewentualnie mogłaby mieć miejsce, jeżeli Apis dysponowałby kadrą pracowniczą, której wynagrodzenie nie przekracza minimalnych wysokości. Wyjaśnienia Apis również w tym zakresie budziły wątpliwości Zamawiającego, więc Zamawiający wezwał Apis do przedstawienia wysokości należnego pracownikom wynagrodzenia wraz ze wskazaniem wysokości stawki roboczogodziny, jaką Apis przyjął przy realizacji zamówienia. W toku ponownych wyjaśnień z dnia 12 stycznia 2021 r. Apis powołał się jedynie na postanowienia rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej „RODO”), a także wskazał, że stawka roboczogodziny wynosi 18,50 zł. W skład tej stawki mają wchodzić, według Apis, wszelkie koszty związane z zatrudnieniem. Ponowne wyjaśnienia wykonawcy potwierdzają więc, w ocenie Odwołującego Gardens, że zaoferowana cena nosi znamiona rażąco niskiej. Zdaniem Odwołującego Gardens, Apis nie wykazał Zamawiającemu, że jest w stanie zrealizować zamówienie po zaoferowanej cenie. Jak wskazał Odwołujący Gardens, Zamawiający otrzymał informacje, których żądał, a mimo tego, dokonał wyboru oferty Apis jako najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do kwestii powołania się przez Apis na wymogi RODO, które nie uniemożliwiają - wbrew twierdzeniom Apis - przedłożenia informacji dotyczących wynagrodzenia poszczególnych pracowników Apis. W takiej sytuacji należy po prostu dokonać anonimizacji danych osobowych pracowników. Odwołujący Gardens zauważył, że Apis wskazał równocześnie, że obniżenie ceny oferty było możliwe z uwagi na stałą współpracę wykonawcy z podwykonawcami, który zrealizują przedmiot zamówienia z uwzględnieniem wypracowanych przez lata cen. Z kolei w ofercie Apis podał, że podwykonawcy są nieznanymi na etapie ofertowania, co po raz kolejny potwierdza, w ocenie Odwołującego Gardens, że argumentacja ta została przez Apis opracowana na potrzeby wyjaśnień.

Odwołujący Gardens wskazał, że oferta Ebben, na którą powołuje się Apis, dotyczy tylko drzew, a nie dotyczy krzewów, co było wcześniej podnoszone przez Apis (sprzeczność twierdzeń). Ponadto, oferta Ebben nie jest kompletna, ponieważ nie zawiera kosztów transportu drzew z Holandii do Polski, co w przypadku transportu drzew jest bardzo cenotwórcze. Zaoferowane ceny wyrażone w walucie euro w przeliczeniu na złotówki nie są konkurencyjne, jak twierdzi Apis. W ocenie Odwołującego Gardens są to ceny rynkowe, za które w polskich szkółkach bez problemu można zakupić drzewa, a co więcej, można tego zakupu dokonać po niższych cenach niż wskazane przez Ebben.

W zakresie oferty podwykonawcy „Usługi ogrodnicze i leśne” Odwołujący Gardens argumentował, że nie jest ofertą, która mogła znacznie wpłynąć na obniżenie wyceny całej oferty. Oferta podwykonawcy wynosi ok. 2 617 231,01 zł - jest to oferta bardzo wysoka w stosunku do ceny końcowej całego zamówienia zaoferowanej przez Apis. W ocenie Odwołującego Gardens sugeruje to zastosowanie przez Apis tzw. inżynierii cenowej polegającej na zawyżeniu prac ze stawką VAT w wysokości 8% z jednoczesnym zaniżeniem prac ze stawką VAT w wysokości 23% celem obniżenia końcowej ceny brutto.

Odwołujący Gardens wskazał, że dla porównania, oferta Garden Desingers dla zakresu zieleń wynosi 1.523 884,21 (oferta podwykonawcy 1311 571,16 zł). Kwestia stosowanej przez Apis oraz Garden Designers stawki VAT również stanowi zarzut Odwołującego, który został szczegółowo opisany w dalszej części odwołania.

Zatem, wątpliwości Odwołującego Gardens, w analizowanym zakresie, budzi zasadność powołania się przez Apis na podjęcie współpracy z wieloma podwykonawcami, podczas gdy Apis faktycznie był w stanie przedstawić dowód potencjalnej współpracy z jednym podwykonawcą. Wątpliwości te nie zostały w żaden sposób wyjaśnione przez Zamawiającego, co po raz kolejny dowodzi, że oferta Apis powinna zostać odrzucona z uwagi na niewykazanie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Garden Designers jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący Gardens niemal tożsame wątpliwości budzą wyjaśnienia złożone przez Garden Designers. W treści wyjaśnień z dnia 10 grudnia 2020 r. Wykonawca wskazał, że zaoferowana przez niego cena nie stanowi wartości niższej niż 30% średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, jednak zdaniem Odwołującego Gardens, wykonawca ten całkowicie pominął, że podstawą wezwania Zamawiającego było stwierdzenie, że oferta ta jest niższa aż o 46,44% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Jak zwrócił uwagę Odwołujący Gardens, w swych wyjaśnieniach z dnia 10 grudnia 2020 r. Garden Designers przedstawił poszczególne czynniki cenotwórcze, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zdaniem Odwołującego Gardens, na szczególną uwagę zasługują zaprezentowane i w kalkulowane koszty plac, które przedstawiają się następująco:

a) najniższe miesięczne wynagrodzenie za pracę w roku 2020 - 2.600 zł brutto (zdaniem Odwołującego Gardens błędnie wskazane przez wykonawcę jako 26000 zł brutto) - obowiązujące od stycznia 2020 r.,  
b) minimalna stawka godzinowa - 17,00 zł brutto - obowiązująca od stycznia 2020 r.

Jak wskazał Odwołujący Gardens, Garden Designers pominął jednak, że zamówienie realizowane będzie w roku 2021, zatem w wycenie oferty powinien przyjąć, że minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2021 wynosi 2800 zł brutto, a minimalna stawka godzinowa 18,30 zł brutto, co wynika wprost z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wartość kosztów pracy 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.

Odwołujący Gardens odniósł się do twierdzeń Garden Designers, zgodnie z którymi na wysokość ceny oferty wpływ miały także koszty pośrednie, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty zakupu czy zysk. Jak podkreślił Odwołujący Gardens, wykonawca ten nie udowodnił, że koszty te zawierają elementy wskazywane przez wykonawcę

czy wymagane przez Zamawiającego. Oświadczenie własne wykonawcy nie jest, w ocenie Odwołującego Gardens wystarczające w tym zakresie, co Zamawiający całkowicie pominął. Powyższe prowadzi do wniosku, że oferta Garden Designers powinna zostać odrzucona również z tego powodu, ponieważ wykonawca nie sprostął żądaniom Zamawiającego, a więc można przyjąć, że nie udzielił żądanych wyjaśnień.

Odwołujący Gardens nie podziela też stanowiska Garden Designers, który argumentował, że wieloletnia współpraca z Safeplace pozwala na uzyskanie korzystnych warunków cenowych, Odwołujący Gardens podniósł, że zaferowane przez potencjalnego podwykonawcę warunki cenowe nie mogły zostać poddane przez niego analizie, ponieważ oferta Safeplace załączona do pisma wykonawcy z dnia 10 grudnia 2020 r. jest całkowicie nieczytelna. Wątpliwości Odwołującego Gardens budzi realność weryfikacji tej oferty przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego Gardens wyjaśnienia zawierające oświadczenie wykonawcy Garden Designers, że w wycenie oferty uwzględnił on wszystkie wymagania wskazane w SIWZ i fakt, że Park H. Sienkiewicza jest obiektem parkowym wpisanym do rejestru zabytków wraz z załączonym oświadczeniem Safeplace z dnia 21 stycznia 2021 r. nie są wystarczające. Złożenie oświadczenia przez potencjalnego podwykonawcę Garden Designers zostało poddyktowane wyłącznie wezwaniem Zamawiającego i nie jest, zdaniem Odwołującego Gardens, wykluczonym że oświadczenie to zostało sporządzone jedynie na potrzeby rzekomego udowodnienia, że cena wykonawcy nie jest rażąco niska. Jak wskazał Odwołujący Gardens, gdyby wycena ta była sporządzona prawidłowo, to Zamawiający nie miałby wątpliwości co do tego, czy wykonawca uwzględnił w wycenie oferty wszystkie wymagane przez Zamawiającego koszty.

W ocenie Odwołującego Gardens, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych potwierdził się. Powyższe dotyczy zarówno oferty złożonej przez Apis, jak i oferty Garden Designers.

Ad. zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Apis oraz Garden Designers w sytuacji, w której oferty tych wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny ze względu na zastosowanie błędnej stawki VAT.

Jak wskazał Odwołujący Gardens, powołując się na orzecznictwo Izby, wykonawcy mogą zastosować stawkę VAT wedle obowiązujących przepisów w sytuacji, w której zamawiający nie określi w SIWZ konkretnej stawki. Natomiast, jak wskazał Odwołujący Gardens, jeśli wykonawca stosuje nieprawidłową stawkę VAT (w sytuacji, w której zamawiający określił tę stawkę w SIWZ), oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu. Jak zaznaczył Odwołujący Gardens, zastrzeżenie to dotyczy również oferty złożonej przez Apis. Konkluzja związana z zastosowaniem przez Apis błędnej stawki VAT wynika z analizy kosztorysów przedłożonych przez tego wykonawcę w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Po zsumowaniu wszystkich pozycji kosztorysu, przy uwzględnieniu ceny netto i po dodaniu do tej ceny podatku od towarów i usług w wysokości wymaganej przez Zamawiającego, okazuje się, że cena ta nie uwzględnia podatku w tej żądanej wysokości. Wniosek ten pozostaje szczególnie istotny właśnie z uwagi na daleko idące skutki niezastosowania się Apis do wymogów Zamawiającego, o których mowa wyżej.

Odwołujący Gardens podkreślił, że Zamawiający ustalił stawkę VAT na poziomie 23%. Wniosek ten wynika z udostępnionych wykonawcom dokumentów, w tym zwłaszcza z przedmiaru robót i kosztorysu inwestorskiego, zgodnie z którym Zamawiający w pozycji VAT wskazał stawkę 23%. Ponadto, zgodnie z SIWZ Rozdział XII [Opis sposobu obliczania ceny] wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, a więc kosztorysu inwestorskiego (pkt 4 Rozdziału XII SIWZ).

Jak wskazał Odwołujący Gardens, potwierdzenie ww. stanowiska stanowi już jednoznaczne określenie przez Zamawiającego rodzaju zamówienia. Zamawiający wskazał, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem o roboty budowlane. Nie ma zdaniem Odwołującego Gardens wątpliwości co do tego, że tego rodzaju zamówienie wymaga zastosowania przez wykonawców stawki VAT na poziomie 23%. Nie jest prawidłowym, twierdzenie, że jedynie część zamówienia stanowi realizację robót budowlanych, a część zamówienia dotyczy gospodarki drzewostanem i zakładania zieleni, co w ocenie Garden Designers ma uzasadniać zastosowanie różnych stawek VAT.

Ponadto jak wskazał Odwołujący Gardens, powyższe wynika też z samego opis zadania, którego przedmiotem pozostaje rozbudowa i przebudowa parku. Treść Rozdziału III SIWZ [Opis przedmiotu zamówienia], wskazuje szczegółowy zakres robót budowlanych do wykonania (pkt 1.1), w pkt. 7 Zamawiający wskazał kody CPV. Słownik CPV opiera się na strukturze drzewa obejmującej kody, które stanowią opis dostaw, robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zatem, pierwszy kod CPV użyty przez Zamawiającego w celu opisu rodzaju zamówienia dotyczy robót budowlanych. Jest to główny rodzaj zamówienia. Pozostałe rodzaje prac do wykonania również należałyby zakwalifikować jako roboty budowlane. Dodatkowo, wzór formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) nie uwzględnia możliwości zastosowania przez wykonawców różnych stawek VAT. Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców łącznej ryczałtowej ceny całkowitej oferty brutto, co oznacza, że wykonawca powinien uwzględnić wyłącznie jedną stawkę VAT wynoszącą 23%. Również jednoznaczne określenie przez Zamawiającego, że wynagrodzenie należne wykonawcy ma charakter ryczałtowy wydaje się, że potwierdza brak, możliwości stosowania różnych stawek VAT. Gdyby celem Zamawiającego było umożliwienie wykonawcom stosowania odmiennych stawek VAT, to, zdaniem Odwołującego Gardens, uprawnienie takie Zamawiający zapewne ująłby w dokumentacji zamówienia albo po prostu w żadnym dokumencie nie wskazywałby, że zastosowanie powinna mieć stawka w wysokości 23%. Skoro natomiast Zamawiający nie skorzystał z takiego uprawnienia i nie umożliwił tego rodzaj zamówienia publicznego, który stanowią roboty budowlane, w ocenie Odwołującego niedozwolonym jest stosowanie stawek VAT w zależności od uznania wykonawcy.

Jak wskazał Odwołujący Gardens, ze świadczeniem usług kompleksowych mamy do czynienia w sytuacji istnienia w danej transakcji świadczeń złożonych, gdzie obok świadczenia głównego występuje także świadczenie pomocnicze, ukierunkowane na ułatwienie realizacji świadczenia głównego. Sklasyfikowanie szeregu czynności jako usługi kompleksowej ma w ujęciu praktycznym o tyle kluczowe znaczenie, iż zasady opodatkowania takiej usługi są wyznaczone przez, świadczenie główne wchodzące w jej skład. Jak wskazał Odwołujący Gardens, w przypadku usług kompleksowych nie opodatkujemy oddzielnie wszystkich świadczeń wchodzących w ich skład, lecz traktujemy te świadczenia jako całość, opodatkowaną według reżimu właściwego dla świadczenia wiodącego. W przypadku usługi kompleksowej, ustalając sposób jej opodatkowania podatkiem VAT (m.in. obowiązek podatkowy oraz stawkę podatku), wymagane jest od świadczącego zidentyfikowanie, któremu z szeregu świadczeń można przypisać wiodący charakter.

Ponadto Odwołujący Gardens wskazał, że kwestia opodatkowania usług kompleksowych niejednokrotnie była przedmiotem rozstrzygnięć TSUE, który zwrócił uwagę na pewne elementy niezbędne, których zaistnienie warunkuje wystąpienie świadczenia złożonego. W tym zakresie Odwołujący Gardens przywołał stanowisko wyrażone w wyroku ETS z 27 października 2005 r., Levob Verzpkeringen BV i 0V Bank NV vs. Staatssecretaris van Financien, sygn. C-41/04

Jak wskazał Odwołujący Gardens Trybunał orzekł, że mamy do czynienia z jednym świadczeniem, zwłaszcza w przypadku, gdy kilka elementów powinno zostać uznanych za konstytutywne dla świadczenia głównego, podczas gdy, przeciwnie, jedno lub więcej świadczeń powinno być postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los prawny świadczenia głównego. Podobnie jest w przypadku, jeśli dwa lub więcej świadczeń (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako przeciętny konsument, są tak ściśle związane, że stanowią one obiektywnie jedno tylko nierozdzielalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałyby charakter sztuczny. Jak wskazał Odwołujący Gardens w tożsamym sposobie kwestia świadczeń kompleksowych traktowana jest zatem przez organy podatkowe, które wskazują, że na usługę złożoną składa się kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze.

Natomiast, jak wskazał Odwołujący Gardens, za usługę należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej. Pojedyncza usługa traktowana jest zatem jak element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej. Co do zasady, każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Z ekonomicznego punktu widzenia usługi powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Istnienie jednego świadczenia złożonego nie wyklucza jednak zastosowania do poszczególnych jego elementów odrębnych cen. Jeżeli w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu czynności kompleksowej. Nie ma przy tym znaczenia subiektywny punkt widzenia dostawcy lub odbiorcy świadczeń. Powołujący się na wypracowaną linię orzecznictwa, Odwołujący Gardens wskazał przesłanki, których wystąpienie warunkuje uznanie, iż szeregowi świadczeń można przypisać kompleksowy charakter. Świadczenie kompleksowe na gruncie VAT wystąpi w sytuacji, gdy:

1) dwie lub więcej czynności są ze sobą powiązane w tak ścisły sposób, że obiektywnie można je uznać za jedno świadczenie, zaś dzielenie tego świadczenia na oddzielne elementy miałyby sztuczny charakter;

2) jednej czynności można przypisać wiodący charakter (świadczenie główne) podczas gdy pozostałe czynności mają charakter pomocniczy (świadczenia pomocnicze), ukierunkowane są na ułatwienie realizacji świadczenia głównego i ich opodatkowanie następuje według zasad przewidzianych dla świadczenia głównego.

Ponadto w ocenie Odwołujący Gardens nieprawidłowo określona stawka VAT nie kwalifikuje się do poprawienia. Tym samym zamawiający nie dysponuje narzędziami, które pozwoliłyby mu na jakąkolwiek ingerencję w tym zakresie, a w szczególności zmianę stawki.

W tym zakresie Odwołujący Gardens wskazał na uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. wskazując, że Sąd Najwyższy uznał, iż określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Co do zasady więc w przypadku źle zastosowanej stawki VAT w obecnym stanie prawnym należy odrzucić ofertę.

Zatem, w ocenie Odwołującego Gardens, Zamawiający dopuścił się naruszenia przytoczonego wyżej przepisu ustawy Pzp, ponieważ nie odrzucił oferty Apis oraz oferty Garden Designers mimo, że oferty te zawierały błąd w obliczeniu ceny, który nie mógł być poprawiony.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Apis i Garden Designers w sytuacji, w której oferty te są niezgodne z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego Gardens z wyjaśnień Apis z dnia 10 grudnia 2020 r. wynika jednoznacznie, że przedłożony kosztorys w zakresie możliwym do weryfikacji (Zieleń) nie uwzględnia wszystkich wymaganych przez Zamawiającego pozycji podlegających wycenie. Jak wskazał Odwołujący Gardens, w kosztorysie tym Apis nie uwzględnił:

- a) kosztów dojazdów, delegacji, zakwaterowania, ochrony i zabezpieczenia placu budowy,
- b) kosztów zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia,
- c) kosztów robót przygotowawczych,
- d) kosztów związanych z zabezpieczeniem placu budowy,
- e) kosztów związanych z utrzymaniem dróg,
- f) opłat za media, ubezpieczenia

Natomiast z Rozdziału XII SIWZ wynika w ocenie Odwołującego Gardens, że cena oferty powinna powyższe koszty uwzględnić.

Odwołujący Gardens prezentuje stanowisko, zgodnie z którym powyższe uchybienia powinno skutkować odrzuceniem oferty Apis ponieważ nie spełnia ona wymagań SIWZ.

Ponadto w ocenie Odwołującego Gardens, oferta Garden Designers również nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Mając na uwadze, iż minimalne koszty zatrudnienia pracownika w ramach umowy o pracę kształtują się tak, jak Odwołujący Gardens wykazał wyżej i wynikają z pewnych stałych czynników określonych w przepisach prawa, Odwołujący Gardens stwierdził, że oferta wykonawcy Garden Designers pozostaje w tym zakresie sprzeczna z SIWZ.

Skoro bowiem wykonawca wyjaśnił, że przyjął, iż minimalne wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę wynosić będzie 2600 zł brutto, a minimalna stawka godzinowa wynosić będzie 17,00 zł brutto, mimo że zamówienie realizowane będzie w 2021 roku, w którym to stawki te są znacznie większe, to oznacza to nie tylko tyle, że skalkulowana kwota nie wystarcza na pokrycie wszystkich minimalnych kosztów zatrudnienia. Co więcej, oferta ta nie spełnia wymagań Zamawiającego i nie pozwala na realizację zamówienia w ramach podanej kwoty.

W tym przypadku dochodzi w ocenie Odwołującego Gardens do oczywistej sprzeczności oferty z SIWZ, w tym zwłaszcza z:

- a) Rozdziałem III pkt. 8 SIWZ,
- b) Rozdziałem III pkt. 9 SIWZ,
- c) Załącznik nr 8 do SIWZ - § 17 wzoru umowy

Mając zatem na uwadze treść art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, Zamawiający obowiązany jest do jej odrzucenia.

Ad zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez jego niewłaściwe zastosowanie i niewypełnienie wymagań wskazanego przepisu, tj. brak wymaganego prawem uzasadnienia

faktycznego, przyczyn w oparciu, o które Zamawiający uznał, że oferty Apis i Garden Designers Zamawiający uznał, że oferta złożona przez Apis oraz oferta złożona przez Garden Designers nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Odwołujący Gardens, powołując się na orzecznictwo Izby wskazał, że wyrazem zasady przejrzystości jest właśnie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez Zamawiającego procedur przetargowych. Wobec powyższego wykonawca dopiero po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Odwołujący Gardens podkreślił, że wykonawca ma prawo posiadania pełnej wiedzy jakimi przesłankami kierował się Zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego Gardens, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego uznał, że oferty złożone przez Apis oraz Garden Designers nie zawierają ceny rażąco niskiej oraz jakie były przyczyny uznania złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień za wystarczające, wobec czego zarzut ten jest zasadny.

15 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o uwzględnienie zarzutów nr 1 i 5 oraz o oddalenie odwołania w pozostałej części.

#### **KIO 489/21**

W dniu 15 lutego 2021 r. wykonawca Zielony Ogród spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie (dalej: „Odwołujący Zielony Ogród”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, zarzucając:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie przejrzystości i proporcjonalności postępowania, a także zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez błędny opis przedmiotu zamówienia, który wskazuje zawyżone pozycje przedmiarowe;
- 3) naruszenie art. 32 ust. 1 i art. 33 ustawy Pzp przez przyjęcie błędnego szacunku wartości zamówienia publicznego;
- 4) naruszenie art. 90 w związku z art. 89 ust. 1 pkt.4 ustawy Pzp przez nieuznanie wyjaśnień oraz dowodów Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 5) naruszenie art. 91 ustawy Pzp przez wybranie najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty Odwołującego.

Odwołujący Zielony Ogród wniósł o :

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) uwzględnienie wyjaśnień Odwołującego Zielony Ogród w zakresie rażąco niskiej ceny ewentualne ponowne wezwanie Odwołującego Zielony Ogród do złożenia wyjaśnień w tym zakresie;
- 3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego Zielony Ogród;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Zielony Ogród kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący Zielony Ogród wskazał, że pismem z dnia 9 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował go o odrzuceniu oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący Zielony Ogród wskazał, że w uzasadnieniu Zamawiający powoływał się na fakt zbyt ogólnych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w przedmiotowym zakresie. Odwołujący Zielony Ogród nie zgadza się z taką oceną i wyjaśnił, że w pismach z dnia 9.12.2020 r. i 10.12.2020 r. wyraźnie wskazał okoliczności oraz przyczyny, dla których zaferował cenę w kwocie 6738000,00 zł brutto oraz stoi na stanowisku, że cena ta została dokładnie skalkulowana w przedmiarze i kosztorysie oferty.

Odwołujący Zielony Ogród podkreślił, że Zamawiający kwestionowaną cenę oferty brał pod uwagę w kontekście wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Wartość zamówienia przyjęta przez Zamawiającego wynosiła 13 715 976,08 zł brutto. Natomiast ceny ofert wskazane w pkt. 1 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oscylują w granicach od 12 000 000,00 zł do 6 000 000,00 zł przy czym na 5 ofert aż 4 oferentów złożyło ofertę znacznie poniżej szacowanej wartości zamówienia co skłoniło Zamawiającego do żądania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Pismo Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2020r (wg rozdzielnika) pokazuje ilu Wykonawców złożyło ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do szacunku Zamawiającego.

Odwołujący Zielony Ogród wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp do ustalenia rażąco niskiej ceny Zamawiający ma dwa sposoby badania : pierwszy w oparciu o szacunek zamówienia publicznego zrobiony z należytą starannością (art. 32 i 33 ustawy Pzp) lub drugi w oparciu o średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert. W stosunku do szacunkowej wartości zamówienia publicznego ustalonej przez Zamawiającego Odwołujący Zielony Ogród przyznał, że złożył ofertę z ceną niższą o 50,87 %. Jednakże, jak wskazał Odwołujący Zielony Ogród, cena ta nie odbiegała od cen innych wykonawców takich jak: Apis czy Garden Designers. Jeżeli zatem do oceny rażąco niskiej ceny Zamawiający przyjmą średnią arytmetyczną złożonych ofert wówczas cena Odwołującego jest tylko o 24 % niższa od pozostałych Wykonawców.

Odwołujący Zielony Ogród wskazał, że w pismach Zamawiającego z dnia 17.12.2020 r. i 18.12.2020 r. także wskazano jego ofertę jako zawierającą cenę umożliwiającą wykonanie zamówienia. Natomiast w piśmie Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2020 r. Komisja Przetargowa uwzględniła Odwołującego jako Wykonawcę, który powinien być brany pod uwagę w celu złożenia wyjaśnień. Jednakże w piśmie Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2021 r. już Odwołujący nie był brany pod uwagę. Komisja nie uwzględniła żadnych pozycji przedmiarowych ani kosztorysowych, które Odwołujący mógłby wyjaśnić. Jak wskazał Odwołujący Zielony Ogród kolejne wyjaśnienia kierowano do Apis oraz Garden Designers, przy czym w aktach postępowania nie wskazano, dlaczego w dalszej procedurze wyjaśnień pominięto Odwołującego Zielony Ogród.

Odwołujący Zielony Ogród jest przekonany o tym, że Zamawiający nie dokonał rzetelnego sprawdzenia jego oferty oraz załączonych dokumentów w tym kosztorysu, ponieważ w całym postępowaniu nie pytano o żadną pozycję związaną z wycenieniem ceny. Zamawiający powinien spełnić swoje obowiązki przez przeprowadzenie uczciwego, rzetelnego zbadania złożonej oferty i wyjaśnień Odwołującego Zielony Ogród.

Zdaniem Odwołującego Zielony Ogród, Zamawiający nie sprostął swoim obowiązkom, ponieważ nie przeprowadził rzetelnej procedury wyjaśniającej względem Odwołującego, lecz faworyzował innych Wykonawców w tym zakresie, kierując do nich kolejne wezwania z pominięciem Odwołującego Zielony Ogród. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia powinien przestrzegać zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 p.z.p.).

Ponadto, jak wskazał Odwołujący Zielony Ogród, skierowane do niego wezwania do złożenia wyjaśnień, były ogólnie sformułowane bez wskazania konkretnych pozycji lub obszarów, które budzą ewentualne wątpliwości Zamawiającego. Tym samym Odwołujący Zielony Ogród nie miał żadnej świadomości co szczególnie budzi wątpliwości Zamawiającego.

Odwolujący Zielony Ogród zwrócił uwagę, że wykonawca Apis wskazał Zamawiającemu na błąd w pozycji 67 przedmiaru robót, gdyż Zamawiający do wyliczenia szacunkowej wartości zamówienia przyjął błędną ilość rozścielenia ziemi, ponieważ założył ilość 14 287,8 m<sup>3</sup> a powinno być jedynie 1 428,78 m<sup>3</sup> przy czym dla potrzeb działalności gospodarczej wykonawców przyjmuje się metraż ujęty w m<sup>2</sup> a nie m<sup>3</sup>. Odwołujący Zielony Ogród wyjaśnił, że również wychwytał ten błąd, ale także inne błędy w szacowaniu zamówienia i załączył zweryfikowane przedmiary.

W ocenie Odwołującego Zielony Ogród jest wielce prawdopodobne, że szacunkowa wartość zamówienia jest obliczona błędnie przez Zamawiającego i nie została zrobiona z należytą starannością co wywołało tak olbrzymi rozdźwięk pomiędzy złożonymi ofertami przez Wykonawców a założeniami poczynionymi przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zielony Ogród dowodem na powyższe może być pismo Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2020r. nr I.PPI.7011.73.2020 UID 731436, gdzie Pan Dariusz Olejnik jako przedstawiciel Zamawiającego sugeruje tzw. przeszacowanie zamówienia publicznego.

W tej sytuacji Zamawiający nie miał prawa opierać się tylko na szacowanej wartości zamówienia i w stosunku do niej analizować złożonych ofert, gdyż było to obarczone błędem.

Natomiast w ocenie Odwołującego Zielony Ogród złożone przez niego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są bardzo dokładne i wyczerpujące i oceniane prawidłowo a nie dowolnie powinny rozwiać wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i odrębnymi przepisami. Ocena Zamawiającego, zgodnie z którą nie zasługują one na uwzględnienie z powodu ich ogólności jest, zdaniem Odwołującego Zielony Ogród, nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego.

Odwolujący Zielony Ogród wskazał również, że jest znany Zamawiającemu jako Wykonawca (co przywołał w pismach wyjaśniających rażąco niską cenę) i miało decydujące znaczenia dla oceny :

- jakim sprzętem posługuje się Odwołujący
- jaki ma potencjał kadrowy
- jakie ma upusty oraz możliwości handlowe
- jaką ma bazę magazynową
- czym się zajmuje.

Odwolujący Zielony Ogród wyjaśnił, że nie dalej jak w 2019 r. zakończył wykonywanie prac dla Zamawiającego w postępowaniu przetargowym pt. : „Utworzenie Parku na Słodowie oraz rewaloryzacja zieleni Parku im. H. Sienkiewicza we Włocławku” i wszystkie ww. okoliczności znajdowały się w posiadaniu Zamawiającego, gdyż były wykazywane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwolujący wskazał na brzemienie §9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r w sprawie rodzaju dokumentów, zgodnie z którym w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Odwolujący Zielony Ogród stoi na stanowisku, że Zamawiający ma doskonałą wiedzę na temat sytuacji ekonomicznej i gospodarczej Odwołującego, ponieważ współpracował z nim na bieżąco. Oceny czy dokumenty są aktualne dokonuje Zamawiający zatem, jeśli otrzymał od Odwołującego Zielony Ogród wyraźną informację iż stan sprzętowy, magazynowy oraz podwykonawczy jest Zamawiającemu znany należało wezwać Odwołującego do złożenia konkretnych dowodów albo wskazanie choćby okoliczności jakie ten ma udowodnić.

Odwolujący Zielony Ogród stoi na stanowisku, że skoro poinformował Zamawiającego jaki posiada sprzęt to zrobił to w celu wykazania się jakością techniczną udziału w postępowaniu. Zatem argumentacja Zamawiającego na str. 3 uzasadnienia odrzucenia oferty iż : „wykonawca przedstawił jedynie jaki ma sprzęt ale nic poza tym. Nie wykazał nawet czy ten sprzęt będzie wykorzystany do realizacji zamówienia..” jest absurdalna.

Odwolujący Zielony Ogród uważa, że był uprawniony do dokonania anonimizacji dokumentów handlowych związanych ze współpracą z innymi podmiotami gospodarczymi. Ponadto Odwołujący Zielony Ogród wskazał, że złożył do wyjaśnień przedmiary oraz listy referencyjne oraz maile handlowe, ustosunkował się do poszczególnych czynników, które miały wpływ na kalkulowanie ceny stąd argumentacja na str. 4 uzasadnienia, jest jego zdaniem chybiona.

Odwolujący Zielony Ogród wskazał, że badanie rażąco niskiej ceny przy rozliczeniu kosztorysowym polega na odniesieniu się do cen zaofferowanych przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym. Podstawą wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny jest zaniżenie ceny oferty (lub kosztu) lub jej istotnych części składowych. Ustalenie, które części składowe ceny (lub kosztu) są istotne, powinno się odbywać nie tylko przez przyrównanie ich procentowego udziału w cenie oferty. Trzeba je także odnieść do przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący Zielony Ogród wskazał, że nie powinien być zmuszany do tego, by domyślić się wyjaśnienia jakich kwestii oczekiwał zamawiający.

Odwolujący Zielony Ogród wskazał, że pytania, jakie w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinien zadać zamawiający zależą od wielu czynników. Przede wszystkim istotna jest kwestia wynagrodzenia — przy wynagrodzeniu kosztorysowym od razu wiadomo, które pozycje są zaniżone i powinny zostać wyjaśnione. Przy ryczałcie najczęściej pierwszym krokiem będzie wezwanie wykonawcy do przedłożenia rozbicia ceny ryczałtowej na poszczególne elementy, które się na nią składają. Kwestie, które ma wyjaśnić wykonawca, są też zależne od rodzaju zamówienia. Przy usługach i robotach budowlanych istotne są koszty osobowe związane z ich realizacją. W robotach budowlanych ważna jest także kwestia dostępności i cen materiałów budowlanych. Znaczenie mają koszty prac, jakie wykonawca planuje zlecić podwykonawcom. Jeśli przedmiotem zamówienia są dostawy, to znaczenie będzie mieć np. możliwość uzyskania przez wykonawcę rabatów u producenta dostarczanych przedmiotów.

W ocenie Odwołującego Zielony Ogród nie jest możliwe przedstawienie jednego uniwersalnego zestawu pytań, jakie powinien zadać zamawiający przy wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny. Odwołujący Zielony ogród odwołał się do komunikatu Komisji Europejskiej dotyczącego możliwości udziału podmiotów z państw trzecich w europejskim rynku zamówień publicznych (New guidance on the participation of third country bidders in the EU procurement market, <https://ec.europa.eu/growth/content/new-guidance-participation-third-country-bidders-eu-procurement-market>), gdzie zaleca się poruszenie następujących kwestii:

- 1)w jaki sposób oferent obliczył ogólnie ceny i koszty,
- 2)w jaki sposób oferent ustalił określoną cenę za konkretny przedmiot,
- 3)czy cena pozwala spełnić wszystkie wymogi prawne i umowne,
- 4)czy cena pozwala na spełnienie wszystkich wymaganych standardów pracy i ochrony środowiska,
- 5)w jaki sposób finansowana jest oferta?

Jak wskazał Odwołujący Zielony Ogród, Komisja Europejska wskazuje także, aby zamawiający nie wahał się poprosić o wszelkie informacje, które uważa za istotne do zweryfikowania ceny oferty. W zaleceniu podkreślono również, że instytucja zamawiająca ma prawo poprosić wykonawcę o konkretny dowód na potwierdzenie, że jego oferta jest prawidłowo skalkulowana. Możliwość żądania dowodów znajduje oparcie również w przepisach ustawy Pzp. W ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny zamawiający nie musi poprzestać na jednokrotnym wezwaniu. Dyrektywa unijna 2014/24/UE w art. 69 ust. 3 mówi, że zamawiający w „drodze konsultacji” ocenia dostarczone przez wykonawcę informacje o zaoficerowanej cenie.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący Zielony Ogród zwrócił uwagę, że nie otrzymał od Zamawiającego żadnych szczegółowych i precyzyjnych informacji pozwalających badanie oferty pod kątem rzetelnie skalkulowanej ceny oferty.

Zdaniem Odwołującego Zielony Ogród, Zamawiający przez swoje działania i zaniechania naruszył interes publiczny, ponieważ prawidłowa ocena (a nie dowolna) wyjaśnień Odwołującego powinna doprowadzić do uznania ich prawidłowości i rzetelności, a tym samym wyboru oferty Odwołującego, który zaoficerował najkorzystniejsze finansowe warunki realizacji zamówienia przy jednoczesnym zagwarantowaniu jakości, pełności i rzetelności wykonania zadania.

15 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako „nowa ustawa Pzp”.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego charakterze uczestników postępowania, przez:

A. Wykonawcy Garden Designers D. i Wspólnicy spółki jawnej z siedzibą w Lublinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 478/21, KIO 489/21 po stronie Zamawiającego (dalej również jako „Przystępujący Garden Designers”),

B. Wykonawcy G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Gardens” Zakład Kształtowania Zieleni G. S. z siedzibą w Promnicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 489/21, po stronie Zamawiającego (dalej również jako Przystępujący Zielony Ogród),  
jest skuteczne.

Natomiast zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę Apis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu, po stronie Zamawiającego z uwagi na okoliczność, iż wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2021 r., tj. z przekroczeniem 3 dniowego terminu o którym mowa w art. 525 ust. 2 nowej ustawy Pzp, nie mogło zostać uznane przez Izbę za skuteczne. Tym samym wykonawca ten nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania. Podkreślenia wymaga, że nie ma znaczenia, iż zgłoszenie przystąpienia, którego wysyłanie za pomocą systemu ePUAP zostało rozpoczęte na kilka minut przed upływem terminu na jego wniesienie, finalnie zostało dostarczone do Prezesa Izby zaledwie 21 sekund po północy. Izba podkreśla, że choć rzeczywiście termin na zgłoszenie przystąpienia upływa z końcem dnia, to jednak wykonawca, który jest profesjonalistą, musi liczyć się z tym, że czekając do ostatniej chwili z taką czynnością ponosi ryzyko, że nie uda się jej przeprowadzić z sukcesem w terminie. Tak jak Izba wskazała wcześniej, nie ma w tym przypadku znaczenia, że wpływ miał miejsce zaledwie 21 sekund po upływie terminu. Termin na zgłoszenie przystąpienia wynika bowiem wprost z ustawy i nie ma podstaw, aby robić od tego przepisu wyjątki, w szczególności w sytuacji gdy nie wystąpiły przyczyny obiektywne, tzw. „siła wyższa”, polegająca na awarii systemu ePUAP. Niedochowanie terminu w tej sprawie jest wyłącznie wynikiem zachowania Wykonawcy, który powinien był przewidzieć, że skoro zamierza przestać duży objętościowo plik zawierający załączniki, to nie należy tej czynności rozpoczynać na 13 minut przed upływem terminu. Ponadto Izba odsyła do treści art. 508 nowej ustawy Pzp, gdzie została uregulowana forma wnoszenia pism w postępowaniu odwoławczym, z czego wprost wynika, że wniesienie pisma, w tym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, za pomocą systemu ePUAP, jest tylko jedną z możliwości, ale nie jedyną, jakie mają wykonawcy.

W tym miejscu Izba wskazuje, że wobec złożonego podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu w części odwołania złożonego w sprawie o sygn. akt KIO 478/21, tj. w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Apis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Apis w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z SIWZ, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

W Rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), w pkt 8 Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Zamawiający, stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy PZP, wymaga, aby wszystkie osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku – Kodeks pracy, zostały zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Wykonawca lub podwykonawca zatrudni ww. osoby na okres realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia na to miejsce innej osoby.”

W Rozdziale XII SIWZ został zawarty „Opis sposobu obliczenia ceny”, gdzie Zamawiający wskazał m.in., że:

„1. Przed obliczeniem ceny oferty Wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się z dokumentacją projektową, zwracając szczególną uwagę, czy dokumentacja zawiera w swej treści wszystkie niezbędne rozwiązania do wykonania przedmiotu zamówienia oraz czy przedmiar robót obejmuje zakres rzeczowy zgodny z dokumentacją.

2. Przez dokumentację projektową należy rozumieć materiały udostępnione przez Zamawiającego.
  3. Zamawiający informuje o hierarchii dokumentów składających się na dokumentację projektową:
    - 1) projekt budowlany;
    - 2) projekt wykonawczy wraz ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych;
    - 3) przedmiary robót.
  4. Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji.
  5. Zamawiający zaznacza, że przedmiar robót ma charakter pomocniczy. W przypadku różnic występujących w ilościach poszczególnych pozycji przedmiarowych w cenie oferty należy ująć te wynikające z dokumentacji budowlanej." Natomiast w pkt 7 Zamawiający wskazał, że: „Całkowita cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również nie ujęte w dokumentacji projektowej, a niezbędne do prawidłowego wykonania zadania m.in.: podatek od towarów i usług (VAT), wszelkie roboty przygotowawcze, roboty związane z zabezpieczeniem placu budowy, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, utrzymanie dróg dojazdowych do placu budowy, koszty utrzymania zaplecza (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), koszt ogrzewania obiektu dla celów realizacji robót oraz w zakresie niezbędnym do utrzymania ich substancji w stanie niepogorszonym, dozоровanie budowy, ubezpieczenie budowy, koszt obsługi geodezyjnej, koszty zajęcia pasów drogowych.”
- W pkt 10 Zamawiający przesądził o tym, że: „Całkowita cena oferty brutto będzie ceną ryczałtową i nie będzie podlegała waloryzacji przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem została zamieszczona dokumentacja postępowania, w tym SIWZ z załącznikami, gdzie znajduje się folder „Dokumentacja” a w nim m.in. folder „Kosztorys ofertowy”, w którym znajdują się dwa pliki „3818\_Park\_Kosztorys\_[Ofertowy]” oraz „kosztorys\_ofertowy\_zielen”. Jak wynika z treści kosztorysu inwestorskiego znajdującego się w pliku „3818\_Park\_Kosztorys\_[Ofertowy]”, Zamawiający wskazał tam stawkę VAT w wysokości 23%, natomiast w kosztorysie ofertowym dotyczącym branży zieleni, w miejscu przewidzianym na wpisanie stawki VAT, Zamawiający nie wskazał konkretnej wartości, lecz zostawił wykropkowane miejsce w następujący sposób: „podatek VAT .....%”.

Jak wynika z przesłanej przez Zamawiającego do Izby dokumentacji postępowania, Zamawiający wobec trzech wykonawców wszczął procedurę wyjaśniającą w zakresie rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Pismami z 7 grudnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców:

- 1)Odwolującego Garden Designers,
- 2)Odwolującego Zielony Ogród,
- 3)Apis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Jarosławiu,

„o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w tym 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 2018 r. poz. 2177);
- 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.”

Wszystkim wykonawcom Zamawiający wyznaczył taki sam termin na udzielenie wyjaśnień, tj. do dnia 10 grudnia 2020 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wszyscy wykonawcy w określonym przez Zamawiającego terminie udzieliли wyjaśnień oraz załączyli dowody.

### **Izba zważyła, co następuje.**

#### **KIO 478/21**

Odwolanie podlega uwzględnieniu w części z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust 1 i 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Garden Designers jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty Garden Designers w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z SIWZ.

Zarzuty potwierdziły się i w tym zakresie odwołanie podlegało uwzględnieniu. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczył powołania się przez Przystępującego Garden Designers w wyjaśnieniach z 10 grudnia 2020 r. na stawki minimalnego wynagrodzenia obowiązujące w 2020 r., mimo iż na dzień składania oferty wiadome były stawki obowiązujące w 2021 r., co nie zostało przez Przystępującego Garden Designers uwzględnione przy kalkulacji ceny. Ponadto Odwołujący Zielony Ogród wskazał, że koszty pośrednie, koszty sprzętu, koszty zakupu czy zysk nie zostały przez Przystępującego Garden Designers udowodnione, a Zamawiający w tym zakresie polegał tylko na oświadczeniu własnym Przystępującego Garden Designers.

Jak wynika z treści wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Garden Designers pismem z 10 grudnia 2020 r., jako jeden z czynników cenotwórczych wykonawca ten wskazał stawkę roboczogodziny na poziomie 30 zł/godzina. Następnie Przystępujący Garden Designers wyjaśnił, że na koszt oferty składają się koszty robocizny, tj. koszty płac czyli najniższe miesięczne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2600 zł brutto obowiązujące od stycznia 2020 r. oraz minimalna stawka roboczogodziny obowiązująca od stycznia w wysokości 17,00 zł. Ponadto Przystępujący Garden Designers wyjaśnił, że „na tej podstawie obliczono stawkę roboczogodziny doliczając: koszty ewentualnych urlopów, koszty ewentualnego zastępstwa, koszty nadzoru wszelkie koszty pokrywane przez pracodawcę w związku z zatrudnieniem pracownika, koszty waloryzacji oraz koszty zapewnienia środków bezpieczeństwa w tym w czasie epidemii pracowników, koszty dopłat dla pracowników wysoko wykwalifikowanych i specjalistów co w rezultacie wpłynęło na osiągnięcie uśrednionej kwoty roboczogodziny w wysokości 30 zł”.

Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę regulowana jest przez rozporządzenie Rady Ministrów. Jest okolicznością bezsporną, że stawki w tym zakresie, jakie obowiązywały w roku 2020 r., to te same, na jakie powołał się Przystępujący Garden Designers w swoich wyjaśnieniach z 10 grudnia 2020 r., tj. 2 600 zł jako minimalne miesięczne wynagrodzenie oraz 17,00 zł jako minimalna stawka roboczogodziny. W tym miejscu wskazać należy, że wysokość tych stawek na rok 2021 została uregulowana rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., z dnia 15 września 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1596). Zgodnie z ww. rozporządzeniem od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2800 zł i minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł. Ogłoszenie o zamówieniu zostało w tym postępowaniu opublikowane 20 listopada 2020 r., zatem po dacie ogłoszenia stawek aktualnych na 2021 r. Wobec tego, przygotowując ofertę wykonawcy mieli wiedzę o tych stawkach i mając na uwadze, że zamówienie realizowane będzie od 2021 r., powinni byli, dochowując należytej staranności, uwzględnić tę okoliczność w cenach swoich ofert. Odnosząc się do argumentacji Przystępującego Garden Designers i Zamawiającego Izba wskazuje, że nie jest wystarczającym dla przesądzenia prawidłowości kalkulacji ceny w omawianym zakresie twierdzenie o uwzględnieniu waloryzacji wynagrodzenia. Przystępujący Garden Designers w swoich wyjaśnieniach sam bowiem wskazał, że stawka 30 zł jest stawką uśrednioną. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że różnicuje on wysokość wynagrodzenia w zależności od kwalifikacji personelu, o czym świadczy fakt, iż przyznał, że w uśrednionej stawce 30 zł przewidział również „dopłaty dla pracowników wysoko wykwalifikowanych”. Z powodu braku przedstawienia szczegółowej kalkulacji „średniej stawki 30 zł za godzinę pracy”, a także braku kalkulacji wynagrodzenia dla pracowników wysoko wykwalifikowanych oraz dla pracowników o niższych kwalifikacjach Izba nie jest w stanie zweryfikować i ocenić czy wartości, na które powołuje się Przystępujący Garden Designers, rzeczywiście zostały przez niego przewidziane oraz w jakiej wysokości. Istotnym brakiem złożonych przez Przystępującego Garden Designers wyjaśnień jest bowiem brak załączenia jakiegokolwiek własnej kalkulacji kosztów pracy, do czego był on zobowiązany na podstawie ustawy i do czego został również wezwany przez Zamawiającego. Nie jest z pewnością takim dowodem załączone „wyczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano – montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2020 r.” Wskazać bowiem należy, że jest to wyczenie rekomendowane przez związki pracodawców i nie odnosi się do sytuacji poszczególnych podmiotów, w tym Przystępującego Garden Designers. Świadczy o tym chociażby analiza wyszczególnionych w tym wyczeniu pozycji, które nie przystają do tych wskazanych w treści wyjaśnień Przystępującego Garden Designers, bowiem nie sposób z tego wyczenia uzyskać wiedzę w przedmiocie wysokości stawki, przewidzianej waloryzacji wynagrodzenia, dodatku dla pracowników wysoko wykwalifikowanych i specjalistów, czy kosztów środków bezpieczeństwa w związku z panującym stanem epidemii. W tym miejscu Izba wskazuje, że poważne wątpliwości budzi, czy w zakresie twierdzenia o przewidzeniu możliwości waloryzacji wynagrodzeń, są one wiarygodne mając na uwadze termin realizacji zamówienia określony w Rozdziale IV jako nie dłuższy niż 22 miesiące od dnia zawarcia umowy, skoro już „na starcie” Wykonawca musiałby dokonać waloryzacji założonego w ofercie wynagrodzenia.

Rację ma również Odwołujący twierząc, że także w pozostałym zakresie wyjaśnienia Przystępującego Garden Designers, jako nieoparte dowodami, nie zasługują na uwzględnienie. Jak już wcześniej wskazano, obowiązkiem wykonawcy wynikającym wprost z ustawy jest do wyjaśnień rażąco niskiej ceny załączyć stosowne dowody. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że nie chodzi o załączenie jakichkolwiek dowodów, lecz należy zamawiającemu przedłożyć takie dowody, które będą korespondować ze złożonymi wyjaśnieniami. Celem wykonawcy powinno bowiem być uwiarygodnienie złożonych wyjaśnień. Wobec tego, w sytuacji, gdy wykonawca wyjaśnia Zamawiającemu części składowe zaferowanej ceny, w ocenie Izby, złożenie kalkulacji cenowej, czy też zestawienia kosztów jest wręcz niezbędne. Wyjaśnienia powinny bowiem być dla Zamawiającego weryfikowalne, a te złożone przez Przystępującego Garden Designers w ocenie Izby takie nie były. Izba dostrzega, że Przystępujący Garden Designers złożył zestawienie kosztów, w tym wykazał zysk, podkreślić jednak należy, że podane dane liczbowe nie korespondują z udzielonymi wyjaśnieniami.

Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej wykonawca ponosi ryzyko udzielenia nierzetelnych wyjaśnień w ramach procedury wszczętej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (vide: wyrok z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt 2788/20). Reasumując, stwierdzić należy, że wobec zaniechania przedstawienia dowodów, na okoliczności przedstawione w swoich wyjaśnieniach, w szczególności dowodów odnoszących się do kosztów pracy, w tym elementów składowych stawki roboczogodziny w wysokości 30 zł, Izba nakazała odrzucenie oferty Przystępującego Garden Designers na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego jest również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę osób przy realizacji zamówienia na umowę o pracę, z uwzględnieniem stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Ad. zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Apis oraz Garden Designers w sytuacji, w której oferty tych wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny ze względu na zastosowanie błędnej stawki VAT.

Zarzuty nie potwierdziły się. Po analizie dokumentacji postępowania Izba doszła do przekonania, że nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego Gardens o tym, jakoby Zamawiający określił w treści SIWZ stawkę podatku VAT dla całego przedmiotu zamówienia na poziomie 23%. Przekonanie Odwołującego Gardens powstało w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego na stronie internetowej wraz z dokumentacją postępowania kosztorysy ofertowe, jednak uszło uwadze Odwołującego Gardens, że w treści samej SIWZ Zamawiający w żaden sposób się do tych kosztorysów nie odniósł i nie nadał im żadnej rangi. W szczególności pokreślić należy, że kosztorysów tych nie mieli wykonawcy obowiązku załączyć do oferty, nie było również obowiązku posłużenia się nimi przy kalkulacji ceny oferty, której *nota bene*, Zamawiający nadał charakter ceny ryczałtowej. Dlatego wywody Odwołującego Gardens w zakresie sposobu wypełnienia tych kosztorysów, choć nie bez racji, nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia zarzutu. Izba nie podziela również twierdzeń Odwołującego jakoby przedmiotem tego postępowania było świadczenie kompleksowe, co uzasadnia zastosowanie jednej stawki VAT w wysokości 23%, jako stawki wyznaczonej przez świadczenie wiodące, tj. roboty budowlane. Izba w tym miejscu wskazuje, że choć opis przedmiot zamówienia nie we wszystkich miejscach SIWZ jest spójny (tu można wskazać na użyte przez Zamawiającego kody CPV, z których żaden nie donosi się od zieleni), to da się z niego wywieść, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i dostawa zieleni, a nieścisłości, o których mowa mają raczej charakter marginalny i wynikają być może z pewnego braku dbałości o szczegóły. Jednak rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba miała przede wszystkim na uwadze czynność związaną z

szacowaniem przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia, gdzie sam Zamawiający już na tym etapie rozdzielił roboty budowlane i zieleni stosując odmienne dla tych zakresów stawki podatku VAT, czego dowodem jest kosztorys sporządzony przez Zamawiającego dla celów oszacowania wartości zamówienia. Ponadto Zamawiający przewidział 3 letni okres gwarancyjny na pielęgnację zieleni, co również pośrednio świadczy o tym, że przedmiot zamówienia nie miał charakteru kompleksowego.

W tym miejscu Izba wskazuje, że niedopuszczalna jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia sytuacja, w której wykonawcy kalkulują swoje oferty według odmiennych reguł, ponieważ prowadzi to do ich nieporównywalności. Podkreślić należy, że cena oferty powinna być wskazana w sposób prawidłowy, w tym powinna zostać zastosowana przez wykonawcę prawidłowa stawka podatku VAT. Wyjaśnienia wymaga, że ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców, oferty powinny podlegać tym samym regułom oceny. Żeby tak było oferty muszą dać się ze sobą porównać. Nie będziemy mieć do czynienia z porównywalnością ofert w sytuacji, gdy zostały one sporządzone według odmiennych zasad. Kwestia zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT w ocenie składu orzekającego wpisuje się w sytuację, w której oferty nie są sporządzone według tych samych zasad, a tym samym są nieporównywalne. Ponadto, jak zostało to wyjaśnione wyżej, Izba stoi na stanowisku, że w tym postępowaniu Zamawiający nie określił stawki podatku VAT, jaką do poszczególnych pozycji formularza ofertowego powinni zastosować wykonawcy w tym postępowaniu, wobec czego nie zachodzi możliwość poprawienia ofert w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por. uchwały SN z 20 października 2011 r. sygn. III CZP 52/11 i CZP 53/11).

Z uwagi na powyższe Izba podkreśla, że obowiązkiem zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest weryfikacja jaką stawkę podatku VAT zastosowali wykonawcy kalkulując cenę oferty, czy jest to stawka prawidłowa. Podkreślić bowiem należy, że w tym postępowaniu cena była jednym z kryteriów oceny ofert, z wagą 60%, wobec czego miała niebagatelną wpływ na ranking ofert. Natomiast konsekwencją niezastosowania prawidłowej stawki podatku VAT w treści oferty jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Wobec ustalenia przez Izbę, że w tym postępowaniu Zamawiający nie ustalił jednolitej stawki podatku VAT na poziomie 23 % dla całego zamówienia, zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wobec oferty wykonawcy Apis oraz wobec oferty Przystępującego Garden Designers podlegały oddaleniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych przez jego niewłaściwe zastosowanie i niewypelnienie wymagań wskazanego przepisu, tj. brak wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego, przyczyn w oparciu, o które Zamawiający uznał, że oferty Apis i Garden Designers Zamawiający nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Treść art. 92 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1)wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
  - 2)wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
  - 3)wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
  - 4)wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
  - 5)dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
  - 6)nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
  - 7)unieważnieniu postępowania,
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak wynika z lektury informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 9 lutego 2021 r. Zamawiający, jak słusznie podniósł Odwołujący, nie podał uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie przyczyn pozytywnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Apis i Przystępującego Garden Designers. W szczególności wskazać należy, że uzasadnienie to powinno zostać podane w zakresie oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, co wprost wynika z treści ww. przepisu.

#### **KIO 489/21**

Odwolanie podlega oddaleniu z następujących powodów. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień zarówno z 9 jak i 10 grudnia 2020 r. jakiej dokonał Zamawiający, była prawidłowa.

Jak już Izba wskazała w uzasadnieniu do sprawy o sygn. KIO 478/21, obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień oraz załączenie stosownych dowodów, tj. takich, które będą korespondować z udzielonymi wyjaśnieniami. Ponadto udzielone wyjaśnienia powinny uwzględniać wszystkie aspekty wezwania, nawet jeśli któryś z nich wykonawcy bezpośrednio nie dotyczy, również okoliczność ta powinna wynikać z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę. Wskazać bowiem należy, że co do zasady zamawiający raz kieruje do wykonawcy wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a skierowanie ewentualnego ponownego wezwania powinno służyć tylko wyjaśnieniu niejasności wynikających z pierwszych udzielonych wyjaśnień. Innymi słowy, ponowne wezwanie nie powinno dawać wykonawcy „drugiej szansy”, w sytuacji gdy odpowiadając na pierwsze wezwanie nie złożył on rzetelnych, kompleksowych (tj. adekwatnych do treści wezwania) i szczegółowych wyjaśnień, popartych adekwatnymi dowodami.

Analiza wyjaśnień udzielonych pismami z 9 i 10 grudnia 2020 r. przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 7 grudnia 2020 r. prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia te są lakoniczne i ogólnikowe i nie nawiązują do złożonych dowodów. Ponadto Odwołujący wskazał, że ustalając koszty pracy przyjął stawkę 17 zł netto za roboczogodzinę, nie przedstawiając przy tym żadnej kalkulacji w tym zakresie. Wobec czego nie sposób zweryfikować prawidłowość wskazanej stawki, w szczególności mając na względzie że zamówienie ma być realizowane w roku 2021 r., w którym obowiązują nowe stawki.

Izba ponownie wskazuje, że udzielone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego, ani nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia

wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. W udzielonych wyjaśnieniach Odwołujący podał m.in., że ze względu na stan pandemii i to, że okoliczność ta może negatywnie wpłynąć na liczbę zadań inwestycyjnych, chcąc zapewnić spółce portfel zamówień na satysfakcjonującym poziomie uwzględnił tę okoliczność w wycenie oferty, jednak nie wyjaśnił w jaki sposób ta kwestia przełożyła się na cenę oferty. Natomiast powołanie się na dotychczasową realizację zamówienia u Zamawiającego nie może być argumentem przemawiającym za tym, że również i to zamówienie Odwołujący da radę zrealizować. Jeśli uzyskane doświadczenie w jakikolwiek sposób przełożyło się na możliwość zaoferowania niższej ceny, kwestia ta powinna zostać szczegółowo wykazana i uzasadniona.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia są ogólne i nieoparte dowodami. Odwołujący wybiórczo załączył zanonimizowane oferty oraz załączył obmiary. Natomiast nie załączył chociażby kalkulacji ceny, gdzie pokazałby jak kształtowała się cena jego oferty, w tym jak otrzymane oferty, czy obniżenie kosztów pośrednich, bądź niższe koszty zakupu materiałów, na które to okoliczności Odwołujący powołuje się w wyjaśnieniach z 9 grudnia 2020 r., mają wpływ na zaoferowaną cenę. Wobec powyższego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp była prawidłowa.

Zarzut dotyczący błędnego szacunku wartości przedmiotu zamówienia, Izba uznała za niewykazany. W tym zakresie Odwołujący podał jedną, w jego ocenie, zawierającą błąd pozycję, co nie może przesądzić o zasadności zarzutu.

Podobnie w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stosując ten sam miernik przy ustaleniu czy zachodzą przesłanki do wezwania oraz kierując do nich wezwanie o analogicznej treści, co jest w ocenie Izby dopuszczalne w sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową. Wykonawcy mieli wyznaczony taki sam termin na złożenie wyjaśnień, natomiast okoliczność, że do Odwołującego nie zostało skierowane ponowne wezwanie nie może być w ocenie Izby upatrywana jako naruszenie art. 7 ustawy Pzp, bowiem to, czy istnieją podstawy do ponownego wezwania w zakresie złożonych wyjaśnień jest zdeterminowane treścią udzielonych wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie i ich oceną. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Zamawiającego była dla Izby przekonująca, a dokonana ocena, jak wskazano wcześniej, prawidłowa. Skoro, jak wskazano wyżej wyjaśnienia złożone przed Odwołującym były zbyt ogólne, ponowne wezwanie oznaczałoby w istocie danie Odwołującemu drugiej szansy na wykazanie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co jest w ocenie Izby niedopuszczalne.

Wobec powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

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

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**.....

.....

.....