Sygn. akt: KIO 562/21

WYROK

z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawcę Garte sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Swarzędzu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Swarzędz

przy udziale wykonawcy Ł. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PLANTIM Ł. P., Białężyn 38, 62-095 Murowana Goślina zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 562/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Swarzędz i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Garte sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Swarzędzu tytułem wpisu od odwołania,

2.2zasądza od Gminy Swarzędz na rzecz wykonawcy Garte sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Swarzędzu kwotę 11 154 zł 60 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz 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 562/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Gmina Swarzędz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Pielęgnację i utrzymanie terenów zieleni na terenie miasta i gminy Swarzędz", znak sprawy WRPZP.271-39/2020.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2020 r., pod numerem 770738-N-2020.

W dniu 17 lutego 2021 r. Odwołujący: Garte sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Swarzędzu powziął informację o wyborze najkorzystniej oferty wykonawcy Ł. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PLANTIM Ł. P. .

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 22 lutego 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań

Zamawiającego polegających na:

1.1.ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Ł. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PLANTIM Ł. P., zwanego dalej Plantim,

1.2.zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Plantim jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Plantim złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)odrzucenia oferty Plantim jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;

3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący w pierwszej kolejności należy wskazał, że oferta Plantim jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i jako taka była przez Zamawiającego poddana procedurze wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

P**odkreślił, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tworzy** domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

Argumentował, że powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca (Plantim) wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu **wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody.**

Zwrócił uwagę, że w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia.

W konsekwencji w razie złożenia odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami i potwierdzającymi je dowodami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy.

Zauważył, że **sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) jak i brak dowodów stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty** na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przenosząc powyższe uwagi na niniejsze postępowanie, przede wszystkim zwrócił uwagę na istotną rozbieżność pomiędzy ceną ofertową Plantim a wartością Zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego oraz cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców, bowiem Plantim zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 234.738,00 zł, co stanowi ledwie ok. 68 % wartości zamówienia, oszacowanej przez Zamawiającego na kwotę 345.000,00 złotych. Również cena Odwołującego była wyższa i wyniosła 326.592,00 zł.

Wyjaśnił przy tym, że w konsekwencji tych różnic, biorąc pod uwagę brzmienie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp, Zamawiający w dniu 15 stycznia 2021 r. wezwał Plantim do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zamówienia, w szczególności w zakresie opisanym w art. 90 ust.1 pkt 1-5 Pzp.

Zaznaczył, że Zamawiający wymagał, aby: „Wyjaśnienia winny zawierać wszystkie okoliczności, czynniki i elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę za wykonanie całości **przedmiotu zamówienia,** w szczególności: koszty pracy- wymaganych osób do realizacji przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem podstaw zatrudnienia, koszty dojazdu, koszty administracyjne, zysk Wykonawcy, podstawę zwolnienia z podatku od towarów i usług. W swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny Wykonawca musi wykazać, iż różnica pomiędzy ceną ofertową oraz ceną oszacowaną przez Zamawiającego jest uzasadniona względami obiektywnymi, które pozwalają na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty finansowej lub bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.”.

Według Odwołującego - w odpowiedzi na ww. wezwanie, Plantim, złożyło niezwykle lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia. Z pisma nie wynikało w żaden sposób, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. **Do pisma nie zostały złączone żadne dowody.**

Podniósł, że całe wyjaśnienia opierają się na twierdzeniach Plantim w głównej mierze skupiających się na metodach oszczędności.

Zarzucił, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach zupełnie pominął kwestie realnych kosztów jakie musi ponieść (wskazując je tylko wybiorczo i w sposób niepełny) oraz zysku.

Odnosząc się do poszczególnych punktów wyjaśnień stwierdził, co następuje.

Uwagi do punktu 1 wyjaśnień Plantim.

Wyjaśnił, że w punkcie 1 wyjaśnień (Oszczędność metody wykonaniu), Plantim wskazał, że w zakresie kosztów dojazdów oszczędności przynosi mu „innowacyjna” metoda organizowania transportu pracowników i materiałów poprzez używanie samochodów dostawczych o 7 - 9 miejscach dla pasażerów, przy jednoczesnej możliwości dowiezienia sprzętu i holowaniu przyczep. Metoda ta zdaniem Plantim redukuje koszty przejazdów o połowę w stosunku do metody dojazdu osobnym samochodem osobowym pracowników oraz dostawie samochodem ciężarowym sprzętu. **„W**

przypadku prac na terenie gminy Swarzędz szacowana ilość kilometrów w miesiącu to 2000 km przy dwóch osobnych samochodach oraz 1000 km przy jednym samochodzie. Oszczędność wynosi 1000 km miesięcznie co daje przy 10 miesiącach 10.000 km oraz oszczędność 16.000,00 zł netto przy stawce kilometrowej za samochód dostawczy 1,60 zł. Wartość brutto oszczędności wynosi 19.680,00 zł".

Wobec powyższych wyjaśnień zauważył, że powyższe wyliczenie jest niepełne. Nawet gdyby przyjąć, że faktycznie taka liczba kilometrów jest pokonywana w miesiącu to trzeba jeszcze doliczyć, do wykazanych kosztów dojazdu, odległości pokonywane w obrębie przedmiotu umowy plus wywóz odpadów.

Zaznaczył przy tym, że owych innowacyjnych metod transportu jednym pojazdem nie da się realnie wprowadzić.

W związku z tym przekonywał, że Plantim musi nie tylko zabrać pracowników i sprzęt, ale mieć miejsce na przewożenie odpadów (skoszona trawa, zgrabiane liście, odpady pozostające po przycinaniu krzewów itp.). Co więcej, zgodnie z umową wykonawca, ma obsługiwać 54 lokalizacje. Przywożąc jednorazowo 7-9 osób nie będą one pracowały w jednym miejscu. Muszą być rozwożone pomiędzy punktami, co zwiększa ilość kursów i koszty. Tak więc wyliczone przez Plantim 1000 km w miesiącu jest zaniżone. Odległość dzieląca najdalsze lokalizacji to ponad 10 km. Zważywszy na fakt, że wykonawca planuje używać do transportu 1 busa, będzie musiał rozwozić i zbierać pracowników z różnych lokalizacji. Przy 15 dniach pracy w miesiącu i 54 lokalizacjach, z zważywszy na cykliczność usług, na każdej lokalizacji należ być minimum lx w miesiącu, chociaż by w celu wykonania jednego z 11 planowanych rocznie koszeń. Oznacza to, że każdego dnia pracownicy będą musieli się pojawić na 2 do 4 lokalizacjach (54 lokalizacja/15 dni = 3,6). Oznacza to, że w ocenie Odwołującego będzie pokonywał dodatkowych minimum 20 do 40 km dziennie. Co w trakcie trwania całej umowy da kosz ok 6480 zł dodatkowo (30 km x 15 dni w miesiącu x 10 miesięcy = 4500 km X 1,6 zł -).

Zauważył również, że **Plantim** nie wykazał kosztów transportu odpadu **d o** biokompostowni. Przywołał okoliczność, że w dniu **11 l**ipca 2019 Zakład Zagospodarowywania Odpadów w Suchym Lesie (zlokalizowany najbliżej Swarzędza) poinformował dostawców o **zaprzestaniu przyjęcia odpadu o kodzie 20 02 01** od odbiorców profesjonalnych, co wymusiło wzrost kosztów i konieczność transportowania odpadów do najbliższych instalacji jakimi są biokompostownie w Genowefie (92,3km od Swarzędza) lub Jarocinie (65km od Swarzędza).

W związku z tym wskazał, że ustawa o odpadach, zapisami SIWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia pkt.1 Zamawiający definiuje konieczność wywozu odpadów w **tym samym dniu** i nie pozwala na jego pozostawienie w terenie. Plantim, deklarując wykonywanie robót zespołem do 9 osób, przy założonych normatywach wyliczonych na podstawie pkt 2. złożonych przez Plantim wyjaśnień rażąco niskiej ceny (262,5 rbh/ jedno koszenie całego zakresu) nie będzie – zdaniem Odwołującego - w stanie wykonać koszenia całego zakresu w ciągu 1 dnia (262,5 rbh / 8 rbh = 32,8 roboczodnia / 9 osób = 3,64 dnia).

Argumentował, że nawet jeżeli przyjmie się, że Plantim wykona koszenie w ciągu jednego dnia, ciąży na nim obowiązek odwiezienia całego pokosu. Przy ostrożnym założeniu pozyskania 0,51 pokosu z 1 m2 z całego zakresu uzyskamy 55.252 m2 x 0,5 dm3 = 27,5 m3 pokosu; Przy średnio wilgotnym pokosie (latem pokos będzie suchy, ale jesienią - mokry) 27,5 m3 to masa ok 4,5T. Do wywiezienia takiej objętości niezbędny jest samochód ciężarowy z kontenerem. Koszt transportu będzie następujący = 65 km x 2 = 130 km x 5 zł = 650 zł (transport) + koszt przyjęcia pokosu 4,5T x 410,4 zł brutto = 1846,80 zł. Reasumując - wywóz i utylizacja pokosu z jednego koszenia = (650 zł +1846,80 zł = 2496,80 x 11 koszeń daje kwotę 27 468,80 zł, której Plantim nie wykazuje.

Zauważył, że w koszty transportu wliczyć należy także takie elementy jak transport materiałów do wykonania usług (np. ściółki, mat przeciwśniegowych, nawozów itp.) oraz koszty wywozu i utylizacji odpadów zielonych. Plantim nie przedstawiał żadnych dowodów jakie koszty przyjął dla całej realizacji, opisując jedynie metody oszczędności. Powyższe uznać należy za niewystarczające.

Uwagi do punktu 2 wyjaśnień Plantim.

Zwrócił uwagę, że w punkcie 2 wyjaśnień (Rozwiązania techniczne), Plantim wskazał, że do realizacji zadania zamierza przeznaczyć kosiarki samozbierające skoszoną trawę do koszy. Systemy ten łącznie dają możliwość ograniczenia o 60% ilości pracowników. Zdaniem Plantim: „**Podczas trwania umowy przewidziane jest 11 koszeń**, **co daję koszt pracy na poziomie .88.974 zł. Przy zastosowaniu zautomatyzowanego zbierania 1 transportu skoszonej trawy koszt ten jest pomniejszony o kwotę 53,384.76 zł.".**

Według Odwołującego - również, jeżeli chodzi o rzekome oszczędności, które zostały założone przy wycenie oferty, złożone wyjaśnienia są dalece niewystarczające. Co prawda Plantim choć wskazuje, w jaki sposób miałoby uzyskać oszczędności rzekomo pozwalające na zaoferowanie tak niskiej ceny, jednak czyni to w sposób skrajnie wręcz

ogólnikowy (hasłowy). Przede wszystkim jednak Plantim manipuluje swoimi wyjaśnieniami, gdyż użycie tylko takich kosiarek nie jest całkowicie możliwe.

Stwierdził, że przy pielęgnacji zieleni miejskiej na terenie Swarzędza, trudno jest wykorzystywać maszyny o których pisze Plantim. Teren podlegający pielęgnacji składa się z 54 lokalizacji rozsianych po terenie miasta i gminy z czego w 32 lokalizacjach są trawniki podlegające koszeniu. O ile średnia wielkość trawnika podlegającego koszeniu to 1731,4 m^2, to 10 lokalizacji (32%) ma rozmiar do 500m^2, (najmniejsze 20 m2 - największe 500m^2). Są to lokalizacje na których używanie maszyn o których pisze Plantim jest nieuzasadnione ekonomicznie i logistycznie (koszty i czas przewozu dużej kosiarki, która nie ma prawa poruszania się po drogach publicznych są zbyt wysokie, a praca tak dużą kosiarką w małych, miejskich terenach niewygodna i niewydajna).

Zadeklarował, że dysponuje kosiarkami takimi jak Plantim oraz większymi, także zbierającymi pokos, a z jego doświadczenia, gdzie realizował to postępowanie w 2020 r, wynika, że tylko 8 lokalizacji pozwala na taką pracę sprzętem opisanym przez Odwołującego.

Zaznaczył, że 24 lokalizacje to takie, których obszar koszenia wynosi poniżej 2000m^2, a często jest to zakres zbliżony do 500m^2, posiada skarpy, teren, którym poruszanie się szerokim sprzętem nie jest możliwy i konieczne jest wykonanie zadań w sposób tradycyjny, czyli kosiarkami ręcznymi oraz kosami spalinowymi.

Nadto, wskazał, że obiekty podlegające koszeniu są rozrzucone po terenie gminy. Odległość pomiędzy najodleglejszymi z nich to 12 km (20 minuty - czas przejazdu w jedną stronę) Obszar wyznaczony przez krańcowe punktu zakresu robót w postępowaniu po ponad 4500 ha. Zważywszy na fakt, ze są one zlokalizowane po dwóch stronach przecinającej Swarzędz z w osi wschód-zachód zatłoczonej Drogi Krajowej DK92 - a miasto nie ma w infrastrukturze skrzyżowań bezkolizyjnych, tylko tradycyjne skrzyżowania z sygnalizacją, poruszanie się i logistyka koszenia w zakresie zarówno dowożenia pracowników i sprzętu do koszenia a także (o czym za chwilę) zbierania pokosu jest wysoce czasochłonna.

Dodatkowo, zwrócił uwagę, że Plantim pokazuje koszt czasu pracy zespołu równy 8h, a według map Google szacowany przejazd samochodu osobowego od siedziby wykonawcy, oddalonej od Swarzędza o 33 km wynosi 37min. (zwykły samochód bez przyczepy). Przejazd tam i z powrotem to to 74min.

Argumentował, że jeśli doliczymy ustawową przerwę w pracy (15min) to faktyczny czas pracy po odliczeniu przejazdów, przerw w pracy, przerw spowodowanych rozpakowaniem i załadunkiem sprzętu koszącego nie będzie dłuższy niż 6 godzin.

Ponadto, zważywszy na „innowacyjny" sposób dowozu pracowników jednym autem, Odwołujący ocenił, że logistyka polegająca na obsłudze całego zadania (transportu pomiędzy 54 lokalizacjami) pochłoną dodatkowych 10% strat czasu produkcyjnego.

Wskazał, że Plantim podaje koszt wynagrodzenia minimalnego w wysokości 18,30 zł/rbh, a uwzględniając konieczność zatrudnienia na umowę o pracę oraz koszty pracownicze rzeczywisty koszt Pracodawcy, uwzględniając minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w 2021 roku, wynosi 21 zł.

Podniósł, że zakładając czas dojazdów do Swarzędza **- 8hx21zł** = 168,00 zł / rbd, Logistyka wewnętrzna 5% czasu, 6 h efektywnej pracy = 168 /6 = 28 zł/rbh.

Na podstawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący stwierdził, że dokonał analizy założeń pracochłonności prac pielęgnacyjnych w następujący sposób:

Koszt pracy - z wyliczeń Plantim wynika ilości przejeżdżanych kilometrów (1000 km miesięcznie, 1 busem).

Na tej podstawie wnioskował, że Odwołujący zamierza pracować 15 dni w m-cu (odległość do siedziby to 33 km). 2 x 33 km = 66 km. 1000 km / 66 km = 15,6 przyjazdów.

Przyznał, że zważywszy na zakres prac, takie zaangażowanie jest w pełni uzasadnione. Przyjmując, że praca wykonywana jest przez zespół 7-9 osób (właściciele nie są kosztem wg Plantim) zatem pracuje 5-7 osób - do obliczeń przyjęto 6 osób. Zatem: 6os x 8h x 15 wyjazdów w miesiącu = 720 rbh x 10 miesięcy = **7200 rbh** Plantim deklaruje że po oszczędnościach koszt koszenia (robocizny) to 55 384,76 zł.

Odwołujący z tego można wywnioskował, że ilość roboczogodzin przeznaczonych na koszenie to wg Plantim: 53.384,76 zł / 18,30 zł/rbh = **2917,20 rb.** Jeżeli Odwołujący zakładał **2917,20 rbh** na koszenia, do **wykonania pozostałych czynności** pozostaje **4282,8 rbh (7200 rbh - 2917,2 rbh = 4282,8 rbh).**

W ocenie Odwołującego - dla wyliczenia realnego kosztu rbh przy założeniu dojazdów z odległej bazy, mają zastosowanie takie same reguły tzn. kosz roboczogodziny, przy zastosowaniu stawki minimalnej wynagrodzenia

(liczonej jako realny koszt pracodawcy)tj **21zł.**

Ponadto, zwrócił uwagę, że do pracy przy pielęgnacji zieleni, wymagani są operatorzy kosiarek, kierowcy z uprawnieniami do ciągnięcia przyczep, pracownicy z przeszkoleniami w zakresie m.in. stosowania środków ochrony roślin. Pracownicy z takimi uprawnieniami są opłacani znacznie wyżej niż na poziomie pensji minimalnej.

Zaznaczył przy tym, że podawana przez Plantim minimalna stawka wynagrodzenia jako koszt roboczogodziny nie znajduje potwierdzenia na rynku. Obecnie powszechne stawki kosztorysowe, nawet w usługach nisko wyspecjalizowanych są znacząco wyższe. I tak, dla porównania, stawka robocizny dla robót ogólnobudowlano-inwestycyjnych w skali kraju wynosi od 32 zł brutto (minimum) do 39,49 zł brutto (maksimum). Przy czym, dla województwa wielkopolskiego, stawki te kształtują się następująco - 38 zł brutto (minimum) do 47,66 zł brutto (maksimum). Dane pochodzą z katalogów RMS - „Bazy Cenowe Informacja Kwartalna dla I kw. 2021 roku" (wydawnictwo Sekocenbud).

Podsumowując, wskazał, że ilość czasu na koszenie roczne wg Odwołującego: z ostrożności założył ilość RBH już po oszczędnościach wg wyliczeń tego wykonawcy (2917,2 rbh/rok czyli 265,2 rbh/koszenie)- **2917,20 rbh x 28 zł/h = 81 681,60 zł.**

Podniósł, że do powyższego kosztu należy jeszcze doliczyć koszty paliwa do kosiarek, obsługi serwisowej oraz amortyzacji sprzętu.

Przy czym Odwołujący oszacował, na postawie jego doświadczeń, że powyższe koszty są na poziomie 10 % kosztów roboczogodziny.

Jest to kwota ponad 2xkrotnie wyższa niż wskazywana przez Platnim. Zważywszy na fakt, że opisywana optymalizacja koszenia jest niemożliwa do zrealizowania w warunkach w postępowaniu, koszt robocizny, a tym bardziej, całej usługi koszenia będzie znacząco wyższy.

Uwagi do punktu 3 wyjaśnień Plantim.

Nie zgodził się z argumentacją Plantim dotyczącą oszczędności kosztów pracy gdzie wskazano, że oszczędności te wynikają z faktu, że część prac wykonywana jest przez właściciela firmy i jego rodzinę.

Przekonywał, że pomijając całkowity brak wyliczenia, koszt pracy właściciela firmy i jego rodziny musi również być wliczany jako koszt realizacji przedmiotu umowy i powinien on odzwierciedlać z, jednej strony kwalifikacje i doświadczenie, z drugiej zaś fakt, że gdyby właściciel nie był zaangażowany w tą inwestycję mógłby realizować inną i na niej również zarabiać. Ponadto, jako właściciel firmy z przewidywanego dla siebie wynagrodzenia musi odliczyć koszty danin publicznoprawnych, takich jak składki na ZUS czy podatek dochodowy.

Zarzucił, że Plantim nie przedstawił jakichkolwiek kalkulacji kosztów pracy tzn. jakich pracowników zatrudnia, jakie mają wynagrodzenie, jakie są koszty pracy pracodawcy itp. i nie przedstawia też żadnych dowodów w tym zakresie.

Uwagi do punktu 4 wyjaśnień Plantim.

Zwrócił uwagę, że Plantim w punkcie 4 wyjaśnień (Cena oferty, a wzrost cen w wyniku inflacji) wskazał: „Cena oferowana w stosunku do ceny oferty najkorzystniejszej z wcześniejszego okresu dotyczących przedmiotowego zakresu prac tj. Pielęgnacji zieleni na terenie miasta i gminy Swarzędz jest wyższa od wskaźnika inflacji publikowanym przez GUS, który w 2020 roku wyniósł 3.2 **%.”.**

Wyjaśnił, że wykonawca powołuję się na cenę rozstrzygnięcia z **2019 roku** jaką była wartość 223 560 zł.

Podkreślił, że w 2019 roku ofertę taką złożyła firma „Ogrodnictwo K. Z.”, która w obecnym postępowaniu jest związana z firmą „Kwiaty i Zieleń”, wykluczoną za rażąco niska cenę.

Zaznaczył, że Plantim w swoich obliczeniach powiększa historyczną cenę o stawkę inflacji 3,25% za 2019r, wywodząc, że to uzasadnia jego cenę w roku 2021.

Według Odwołującego - jest to rozumowanie obarczone poważnym błędem, a Plantim zataja informację, że w 2020 roku Odwołujący wygrał przetarg oferując cenę 269.502,19zł, ale nawet powiększenie tej ceny o inflację, nie będzie miarodajne ze względu na istotne rozszerzenie zakresu zadania.

Argumentował, że gdyby jednak zastosować taki sam model wyliczenia, bazując jednak na cenie wygrywającej z 2020 roku, otrzyma się: 269 502,19 % 1,034 (inflacja 2020) = 278.665,26 zł.

Zdaniem Odwołującego - powyższe wyliczenie, nie może jednak zostać poddane ocenie, bez analizy przedmiotu zamówienia, bowiem pomiędzy 2019 rokiem, a obecnym przeznaczona ilość do pielęgnacji:

- krzewów liściastych wzrosła o: 20,59%,
- krzewów iglastych wzrosła o: 17,03%,

- mis drzew wzrosła o: 46,84%,

- powierzchnia rabat bylinowych i traw ozdobnych wzrosła o 77,61%, powierzchnia trawników wzrosła o 15,11%.

Uwagi do punktu 5 wyjaśnień Plantim.

Zarzucił, że porównanie w punkcie 5 wyjaśnień doświadczenia w dwóch gminach: Dopiewo i Czerwonak nie jest adekwatne do gminy Swarzędz z tego powodu, że zakres zadań powierzchni i skala tych zamówień jest nieporównywalna.

Zwrócił uwagę, że zakres prac wykonywanych dla Gminy Dopiewo był znacznie mniejszy. Przykładowo w Gminie Dopiewo zakres pielęgnacji objęte było łącznie 10.942 krzewy (14% tego co u Zamawiającego), 538 m^2 bylin (9% tego co u Zamawiającego), 13.024 m^2 pow. zadarnionej i trawnika (23% tego co u Zamawiającego).

Natomiast w Gminie Czerwonak, Plantim faktycznie świadczył usługi ale przez okres ok. 4 miesięcy. Dodatkowo gmina ta znajduje się bliżej siedziby Plantim, co przekłada się na koszty realizacji zadania.

Dodał, że takie porównanie w żaden sposób nie wyjaśnia przyjętej do oferty kalkulacji ceny.

Według Odwołującego - biorąc pod uwagę wskazaną powyżej rozbieżność pomiędzy ofertą Plantim oraz pozostałymi ofertami i wartością szacunkową zamówienia (czego wykonawca był świadom), Plantim powinno w sposób bardzo dokładny i szczegółowy przedstawić sposób kalkulacji ceny, a w szczególności właśnie oszczędności, które miałyby mu umożliwić wykonanie przedmiotu postępowania za znacznie niższą cenę. W ocenie Odwołującego - Plantim temu obowiązkowi nie podołało.

Zdaniem Odwołującego - powyższe okoliczności przekładają się na brak wiarygodności wyjaśnień oraz zaoferowanej ceny. Dla każdej z pozycji wskazanych w formularzu ofertowym w ramach wyjaśnień do wskazanej ceny jednostkowej wykonawca powinien wskazać, ile osób będzie realizowało te prace, w jakim wymiarze czasowym, za jakie wynagrodzenie, jaki będzie koszt materiałów i urządzeń, jaki będzie koszt związanego z tym transportu. Dodatkowo - jak sam wykonawca wskazał - powinien również wskazać koszty ogólne i pośrednie oraz założony zysk uwzględnione w zaoferowanej cenie jednostkowej. Plantim żadnej z tych okoliczności nie wskazało w sposób jasny i konkretny, przedstawiając wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia.

Podkreślił, że wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi dowodami, a tym samym należy je uznać wyłącznie za gołosłowne deklaracje.

Podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na Plantim spoczywał obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Ogólnikowe wyjaśnienia, na których poparcie nie przedstawiono żadnych dowodów nie mogły zostać uznane za skuteczne i obalające domniemanie z art. 90 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego, skoro Plantim jako podmiot profesjonalnie prowadzący swoją działalność nie wykazało, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, Zamawiający powinien był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym **zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.**

W dniu 26 lutego wykonawca Ł. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PLANTIM Ł. P., Białężyn 38, 62-095 Murowana Goślina, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofertę Przystępującego, wezwanie Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2021 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia z dnia 21 stycznia 2021 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 marca 2021 r., odpowiedzi Przystępującego na odwołanie z dnia 23 marca 2021 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie przetargowe zostało wszczęte w dniu 22 grudnia 2021 r., zaś postępowanie odwoławcze zostało wszczęte wskutek wniesionego odwołania w dniu 22 lutego 2021

r.

*W związku z tym wymaga wskazania, że stosownie do art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) d*o postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. *(tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.).*

*Natomiast w myśl przepisu art. 92 ust. 2 cytowanych wyżej przepisów intertemporalnych d*o postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, *wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021* r., *stosuje się przepisy ustawy*, *o której mowa w art. 1.* (tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.), zwanej dalej nową ustawą Pzp.

Następnie, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.2 i 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 362 868,01, 01 zł.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

1. oferta Przystępującego z ceną brutto: 234 738,00 zł,

2.oferta Odwołującego z ceną brutto: 326 592,00 zł,

3. oferta Kwiaty i Zieleń P. Z.-K. z siedzibą w Jasinie z ceną brutto: 8.945.144,25 zł,

Powyższe zestawienie cenowe wskazuje, że cena oferty Odwołującego była o ponad 30 % niższa od wartości przedmiotu zamówienia.

Opierając się o powyższy zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania w zakresie wyjaśnienia istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do ceny oferty Przystępującego, co uczynił w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r.

Powyższego stanowiska Izby nie zmieniło w żaden sposób wyjaśnienie Zamawiającego, że popełnił on błąd przy szacowaniu przedmiotu zamówienia, bowiem nie przedstawił on w tej mierze żadnych istotnych dowodów potwierdzających aktualizację tej wartości, a sytuacja złożenia dwóch ofert z niskimi cenami w tym samym przetargu nie może powodować zmiany tej wartości przy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec tego Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo skorzystał z dyspozycji przepisu art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

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.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych,

które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym Izba, ustaliła, że Zamawiającypismem z dnia 15 stycznia 2021 r. stosowne wezwanie do Odwołującego skierował wnioskując o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, wskazując w szczególności okoliczności wymienione w pkt 1-5 art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający w powyższym wezwaniu wskazał, że wyjaśnienia winny zawierać wszystkie okoliczności i elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w szczególności: koszty pracy – wymaganych osób do realizacji przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem podstaw zatrudnienia, koszty dojazdu, koszty administracyjne, zysk, podstawę zwolnienia z podatku od towarów i usług.

Jeżeli zatem Zamawiający takie wezwanie skierował do Przystępującego, to należało przyjąć, że zaoferowana przez Przystępującego cena wydawała mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami.

W dalszej kolejności, Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 21 stycznia 2021 r. złożył wyjaśnienia odnoszące się do:

1)oszczędności metody wykonania,

2)rozwiązania technicznego,

3)kosztów pracy,

4)ceny oferty, a wzrostu cen w wyniku inflacji,

5)doświadczenia w realizacji podobnych usług w 2020r.

W nawiązaniu do zgłoszonych zarzutów odwołania nie uszło uwadze Izby, że Przystępujący w pkt 3 dotyczącym kosztów pracy wskazał jedynie okoliczność, że część prac wykonywana jest przez właściciela firmy i jego rodzinę, co nie stanowi kosztu. Wobec tego oświadczył, że w oferowanej cenie wykonania przedmiotu zamówienia nie jest widoczna praca dwóch osób w okresie 10 miesięcy. Nadto, poinformował, że przyjmując do kalkulacji najniższe wynagrodzenie jest to kwota 56 000,00 zł.

Powyższa motywacja Przystępującego – zdaniem Izby - wskazuje na to, że w istocie koszty pracy nie zostały Zamawiającemu wykazane, a zostały przedstawione jedynie oszczędności w ramach bliżej nieokreślonych kosztów pracy. Przystępujący nie zadeklarował ile w istocie osób będzie wykonywać przedmiot zamówienia.

Poza tym, Izba nie dostrzegła w powyższych wyjaśnieniach Przystępującego żądanych przez Zamawiającego innych elementów kosztotwórczych, takich jak koszty administracyjne i zysk.

Rozpoznając przedmiotową sprawę w oparciu o powyższy materiał dowodowy należy zauważyć, że stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała, a jednak – według zapatrywania Izby – wyjaśnienia te nie były wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, z uwagi na niepodanie w nich elementów cenotwórczych takich jak koszty pracy, koszty administracyjne, a także zysku, czego żądał Zamawiający do oceny wyjaśnień.

W związku z powyższym, mając na uwadze, że koszt pracy stanowił istotną część składową ceny (sam Zamawiający na rozprawie w dniu 24 marca 2021 r. przyznał, że 90% wszystkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, to koszty pracowników) Izba wyraziła przekonanie, że brak kalkulacji tych kosztów nie mógł doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wobec tego – zdaniem Izby - Zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, co skutkuje również koniecznością przyjęcia, że Przystępujący nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena jest inna niż rażąco niska.

Na tle tej sprawy, Izba reprezentuje pogląd, że nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, bowiem wymagane przez Zamawiającego wyjaśnienia w żądanym przez niego

zakresie nie zostały w całości złożone, a te które przedstawił Przystępujący odnosiły się jedynie wyrywkowo do kwestii oszczędności metody wykonania i rozwiązań technicznych.

Z tego względu należało przyjąć, że przedłożone wyjaśnienia były niewyczerpujące i niepoparte żadnymi dowodami, uniemożliwiając Zamawiającemu jakąkolwiek ocenę oferty wykonawcy pod względem realności ceny.

Powyższy pogląd prawny Izby został oparty o jednolitą linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień.

Dodatkowo wymaga wskazania, że w swoim wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 wyraziła pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości.

W rozpoznawanej sprawie – zdaniem Izby – z racji nie wykazania w ogóle powyższych żądanych przez Zamawiającego kosztów należało przyjąć, że wyjaśnienia te nie były dostatecznie rzetelne.

Powyższego przekonania Izby nie mogą zmienić wnioskowane przez Przystępującego dowody, które nie zostały Zamawiającemu przedstawione w ramach prowadzonego przez niego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę. Izba nie znalazła również podstawy do przesłuchania Przystępującego w charakterze świadka w zakresie nabytego doświadczenia w Gminie Czerwonak, bowiem to doświadczenie w wyjaśnieniach w ogóle nie zostało opisane z udowodnieniem jego wpływu na koszty realizacji obecnego przedmiotu zamówienia i Zamawiający na etapie oceny ofert nie mógł odnieść się do tego zagadnienia.

Mając powyższe na uwadze zasadnym jest pogląd, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:……