

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Śremie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Śrem

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i 3 odwołania;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Śremie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1986/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Śrem (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Stała pielęgnacja i bieżące utrzymanie zieleni miejskiej Śremu - 5 części” (wewnętrzny identyfikator: BP.271.15.2024.BS). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 marca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 52/2024 pod numerem 152763-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 6 czerwca 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Śremie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Hortus Usługi Ogrodnicze P.S. (dalej jako „Hortus”) jako najkorzystniejszej w części nr 2- „Stała pielęgnacja i bieżące utrzymanie zieleni w Miejskim Parku im. Powstańców Wielkopolskich w Śremie”. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z wyborem oferty złożonej przez Hortus jako najkorzystniejszej na wykonanie części nr 2 zamówienia pomimo, że oferta złożona przez tego Wykonawcę na wykonanie części nr 2 zamówienia nie powinna w ogóle brać udziału w czynności oceny punktowej dokonywanej przez Zamawiającego, ponieważ Wykonawca ten w oparciu o treść złożonych w toku postępowania dokumentów podmiotowych nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 4.5 SWZ, dotyczącego liczby zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę pracowników za pomocą, których będzie realizował zamówienie w związku ze złożeniem ofert na kilka części zamówienia;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z wyborem oferty złożonej przez Hortus jako najkorzystniejszej na wykonanie części nr 2 zamówienia pomimo, że treść tej oferty w zakresie czasu reakcji na interwencyjne zgłoszenie była niezgodna z pkt 21.2. SWZ, w którym Zamawiający określił dwa przedziały czasowe liczone od chwili zgłoszenia zdarzenia przez Zamawiającego (12 godzin i 24 godziny) i pomimo tej niezgodności Zamawiający przyznał Wykonawcy 40 pkt. za czas reakcji;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b oraz pkt 8) ustawy Pzp w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty złożonej przez Hortus z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 4.5 SZW, tj. niewykazanie wymaganej przez Zamawiającego ilości osób zatrudnionych do realizacji zamówienia w związku ze złożeniem oferty na więcej, niż jedna część zamówienia oraz przyjęciem przez Zamawiającego oferty zawierającej rażąco niską cenę i koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4.art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez Hortus i dokonanie wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają wyłącznie ogólności, a koszty pracy pracowników zostały podane bez kosztów pracodawcy i nie wiadomo czy są podane jako kwota netto czy brutto, a Zamawiający nie podjął dalszych czynności wyjaśniających prowadzących do prawidłowej oceny i zweryfikowania czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie gwarancji prawidłowego wykonania umowy i czy posiada zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę wymaganą liczbę pracowników za pomocą, których będzie realizował zamówienie. Wyliczenia wynagrodzenia za podany czas pracy jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami o wynagrodzeniu minimalnym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Hortus jako najkorzystniejszej w części nr 2 zamówienia, odrzucenia oferty Hortus w części nr 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, pkt 5) i pkt 8) ustawy Pzp jako złożonej przez Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jego oferta zawiera rażąco niską cenę i jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą ww. wniosku Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu sformułowania wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiocie złożenia dodatkowych wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie przedstawionym 4.5 SWZ odnośnie wymogów związanych z zatrudnieniem przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane dla Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę oraz w zakresie dotyczącym kosztów pracy i cen podanych w wyjaśnieniach z dnia 26.04.2024 r. , w tym określenia czy podane w wyjaśnieniu wartości są podane jako kwoty netto czy brutto i jaki jest miesięczny koszt dla wymaganej przez SWZ liczby pracowników, w tym całkowity koszt pracodawcy związany z zatrudnieniem pracowników na pełen etat, przy uwzględnieniu przepisów o wynagrodzeniu minimalnym.

Zamawiający w dniu 24 czerwca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż w ustawowym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, a w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty swojego konkurenta, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący podczas rozprawy wskazał, iż zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w zakresie dotyczącym wymogu zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, w związku z czym wycofał zarzuty nr 1 i 3 odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, ust. 2 tego przepisu stanowi zaś, że cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Powyższe odnosi się odpowiednio do cofnięcia odwołania w części. W tym stanie rzeczy postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i 3 podlegało umorzeniu na podstawie art. 520 ust. 1 w zw. z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania zostały skierowane na rozprawę.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożone przez wykonawcę Hortus oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu załączonego przez Odwołującego do odwołania, tj. wydruku informacji z portalu biznes.gov.pl, na okoliczność wysokości łącznych kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 4.1. SWZ przedmiotem zamówienia jest stała pielęgnacja i bieżące utrzymanie zieleni miejskiej Śremu – 5 części. Przedmiotem części 2 jest stała pielęgnacja i bieżące utrzymanie zieleni w Miejskim Parku im.

Powstańców Wielkopolskich w Śremie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 2b do SWZ.

W pkt 21 SWZ Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert – cenę (waga 60%) oraz czas reakcji na interwencyjne zgłoszenie (waga 40%). Punkty w kryterium czas reakcji na interwencyjne zgłoszenie miały zostać przyznane zgodnie z wzorem: „Czas zaoferowany przez Wykonawcę, liczony od chwili zgłoszenia zdarzenia przez Zamawiającego: 12h – 40 pkt, 24h – 20 pkt, Powyżej 24h – 0 pkt”.

W postępowaniu w zakresie części 2 zamówienia wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego (cena 948 888 zł, czas reakcji na zgłoszenie 12 godzin) oraz oferta wykonawcy Hortus Usługi Ogrodnicze P.S. (cena 702 000 zł, czas reakcji na zgłoszenie 2 godziny).

Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2024 r., uznając, że zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, wezwał wykonawcę Hortus na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Wezwanie dotyczyło m.in. części 2 zamówienia. Treść wezwania sprowadzała się do przywołania okoliczności wynikających z art. 224 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na to pismo wykonawca Hortus złożył wyjaśnienia wskazując, że w swojej firmie kupia się na optymalizacji kosztów poprzez efektywne wykorzystanie zasobów ludzkich i technicznych. Personel jest wykwalifikowany i doświadczony, co pozwala zminimalizować koszty pracy przy jednoczesnym zachowaniu wysokiej jakości usług. Po drugie, wykonawca posiada specjalistyczny sprzęt, który pozwala efektywnie wykonywać różnorodne prace, takie jak utrzymanie czystości, pielęgnacja trawników, czy też wycinanie drzew i krzewów. Dzięki temu może wykonywać prace szybciej i sprawniej, co przekłada się na niższe koszty operacyjne. Wreszcie, dzięki długoletniemu doświadczeniu w branży oraz współpracy z wieloma klientami, wykonawca potrafi dokładnie oszacować koszty związane z realizacją różnorodnych zadań, co pozwala zaproponować konkurencyjne ceny bez utraty jakości usług. Do wyjaśnień dołączono ofertę cenową na nasadzenia wieloletnie i jednoroczne. W wyjaśnieniach przedstawiono poniższą kalkulację:

I. Kalkulacja kosztów pracowniczych:

1. Koszty utrzymania czystości i porządku:

– Koszt jednego pracownika na miesiąc: $24 \text{ godz.} \times 30,42 \text{ zł/godz} = 730,08 \text{ zł}$.

– Koszt dla dwóch pracowników: $730,08 \text{ zł/pracownik} \times 2 = 1460,16 \text{ zł}$.

– Koszt za 36 miesięcy: $1460,16 \text{ zł/m-c} \times 36 \text{ m-c} = 52 565,76 \text{ zł}$.

2. Koszty pielęgnacji trawnika:

– Koszt dla dwóch pracowników: $32 \text{ godz.} \times 30,42 \text{ zł/godz} \times 2 = 1946,88 \text{ zł}$.

– Koszt za 36 miesięcy: $1946,88 \text{ zł/m-c} \times 36 \text{ m-c} = 70 087,68 \text{ zł}$.

3. Koszty pielęgnacji i wycinki drzew i krzewów:

– Koszt dla dwóch pracowników: $32 \text{ godz.} \times 30,42 \text{ zł/godz} \times 2 = 1946,88 \text{ zł}$.

– Koszt za 36 miesięcy: $1946,88 \text{ zł/m-c} \times 36 \text{ m-c} = 70 087,68 \text{ zł}$.

4. Koszty nasadzeń wieloletnich:

– Koszt dla dwóch pracowników: $8 \text{ godz.} \times 30,42 \text{ zł/godz} \times 2 = 486,72 \text{ zł}$.

– Koszt za 36 miesięcy: $486,72 \text{ zł/m-c} \times 36 \text{ m-c} = 17 521,92 \text{ zł}$.

5. Koszty nasadzeń jednorocznych:

– Koszt dla dwóch pracowników: $8 \text{ godz.} \times 30,42 \text{ zł/godz} \times 2 = 486,72 \text{ zł}$.

– Koszt za 36 miesięcy: $486,72 \text{ zł/m-c} \times 36 \text{ m-c} = 17 521,92 \text{ zł}$.

6. Koszty elementów małej architektury:

– Koszt dla dwóch pracowników: $64 \text{ godz.} \times 30,42 \text{ zł/godz} \times 2 = 3893,76 \text{ zł}$.

– Koszt za 3 lata: $3893,76 \text{ zł/m-c} \times 3 = 11 681,28 \text{ zł}$.

7. Pozostałe koszty:

– Koszt dla dwóch pracowników: $8 \text{ godz.} \times 30,42 \text{ zł/godz} \times 2 = 486,72 \text{ zł}$.

– Koszt za 36 miesięcy: $486,72 \text{ zł/m-c} \times 36 \text{ m-c} = 17 521,92 \text{ zł}$.

Suma wszystkich kosztów pracowniczych wynosi: $52 565,76 \text{ zł} + 70 087,68 \text{ zł} + 70 087,68 \text{ zł} + 17 521,92 \text{ zł} + 17 521,92 \text{ zł} + 11 681,28 \text{ zł} + 17 521,92 \text{ zł} = 256 988,16 \text{ zł}$

II. Koszty zakupów:

1. Obliczenie kosztów paliwa:

$120 \text{ litrów miesięcznie} \times 7 \text{ zł za litr} \times 36 \text{ miesięcy} = 30 240,00 \text{ zł}$

2. Koszty wywozu śmieci

Obliczenie kosztów wywozu śmieci: $600 \text{ zł miesięcznie} \times 36 \text{ miesięcy} = 21 600 \text{ zł}$

3. Obliczenie kosztów farby:

Roczne zużycie: 3 litry Cena jednej sztuki: 30 zł

Łączny koszt za roczne zużycie: 3 litry × 30 zł/sztuka = 90 zł 3 litry × 30 zł/sztuka = 90 zł

Koszt farby dla całego okresu umowy 36 m-c wynosi 270 zł.

4. Koszty bieżących napraw

Obliczenie kosztów bieżących napraw:

Roczny koszt napraw: 3000 zł Liczba lat: 3

Łączny koszt napraw przez trzy lata: 3000 zł × 3 = 9000 zł

Łączny koszt bieżących napraw przez trzy lata wynosi 9000 zł.

Łączny koszt zakupów: 1. Koszt paliwa: 30 240,00 zł, 2. Koszt wywozu śmieci: 21 600 zł. 3. Koszt farby: 270 zł, 4.

Koszty bieżących napraw: 9000 zł

30 240 zł + 21 600 zł + 270 zł + 9 000 zł = 61 110,00 zł

Całkowity koszt zakupów wynosi 61 110,00 zł.

II. Nasadzenia Wieloletnie

Obliczenie kosztów nasadzeń:

1. Gledycja trójcierniowa (obwód pnia 10-12 cm): 5 sztuk * 460 zł = 2300 zł

2. Lipa drobnolistna (obwód pnia 10-12 cm): 5 sztuk * 530 zł = 2650 zł

3. Dąb szypułkowy (obwód pnia 12-14 cm): 5 sztuk * 670 zł = 3350 zł

4. Paliki stabilizowane: 45 sztuk * 17,90 zł = 805,50 zł

5. Pólpalisada: 45 sztuk * 5,50 zł = 247,50 zł

6. Taśma do wiązania drzewek: 50 metrów * 1,40 zł/metr = 70 zł

Łączny koszt nasadzeń wynosi:

2300 zł + 2650 zł + 3350 zł + 805,50 zł + 247,50 zł + 70 zł = 9 423,00 zł

Całkowity koszt nasadzeń wieloletnich wynosi 9 423,00 zł.

I. Nasadzenia jednoroczne

1. Aksamiłka rozpierschłta: 60 sztuk * 3 zł = 180 zł * 3 lata = 540 zł

2. Nawożenie: 1000 zł

3. Kora i ziemia: 2000 zł

Łączny koszt nasadzeń jednorocznych wynosi: 540 zł + 1000 zł + 2000 zł = 3540 zł

Całkowity koszt nasadzeń jednorocznych to 3540 zł

I. Obliczenie całkowitego kosztu

Podsumowanie wszystkich kosztów:

Koszty pracownicze: 256 988,16 zł Koszty zakupów: 61 110,00 zł Koszty nasadzeń wieloletnich: 9 423,00 zł Koszty

nasadzeń jednorocznych: 3 540,00 zł

Razem: 256 988,16 zł + 61 110,00 zł + 9 423,00 zł + 3 540,00 zł = 331 061,16 zł

Całkowity koszt wszystkich wydatków wynosi 331 061,16 zł.

Zamawiający w dniu 28 maja 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Hortus jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, która otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z wyborem oferty złożonej przez Hortus jako najkorzystniejszej na wykonanie części nr 2 zamówienia pomimo, że treść tej oferty w zakresie czasu reakcji na interwencyjne zgłoszenie była niezgodna z pkt 21.2. SWZ, w którym Zamawiający określił dwa przedziały czasowe liczone od chwili zgłoszenia zdarzenia przez Zamawiającego (12 godzin i 24 godziny) i pomimo tej niezgodności Zamawiający przyznał Wykonawcy 40 pkt. za czas reakcji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający decydując się na przyznanie ofercie Hortus maksymalnej liczby punktów w kryterium czasu reakcji i w konsekwencji na wybór tej oferty, naruszył wskazany przepis ustawy Pzp.

Po pierwsze podkreślić należy, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi przede wszystkim wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i opisanym

w dokumentach zamówienia obligatoryjnym wymaganiom. Pozacenowe kryteria oceny ofert stanowią wymagania dodatkowe (wyższe lub inne niż wymagania minimalne wynikające z opisu przedmiotu zamówienia), których niespełnienie nie jest równoznaczne z tym, że oferta nie odpowiada warunkom zamówienia. Skutkiem takiej sytuacji jest co do zasady nieprzyznanie wykonawcy punktów w danym kryterium oceny ofert, a nie odrzucenie oferty.

Po drugie w ocenie Izby opis przedmiotowego kryterium oceny ofert pozwalał na uznanie, że podane tam wartości należy traktować jako przedziały czasowe, tj. czas reakcji do 12h skutkowało przyznaniem ofercie 40 pkt, czas reakcji powyżej 12h do 24 h – 20 pkt, czas reakcji powyżej 24h – 0 pkt. Wynika to zarówno z zasad logiki i doświadczenia życiowego, jak i z użytego w opisie kryterium sformułowania „powyżej 24h”. Zamawiający prawidłowo, zgodnie z regułą wnioskowania *a maiori ad minus*, przyjął, że jeśli wykonawca mógł zaoferować 12-godzinny czas reakcji, a nawet dłuższy niż 24-godzinny czas reakcji, to mógł również zaoferować czas krótszy. Brak jest racjonalnego uzasadnienia dla traktowania wskazanych w SWZ wartości w sposób sztywny, tj. w ten sposób, że można było zadeklarować tylko czas reakcji 12h, 24h lub wyższy. Z perspektywy Zamawiającego krótszy czas reakcji jest niewątpliwie pożądany, natomiast z perspektywy wykonawcy dla oceny oferty nie miało znaczenia czy zadeklaruje się czas reakcji na poziomie 2 godzin czy 12 godzin. Wykonawca Hortus deklarując czas reakcji w wymiarze 2 godzin działał *de facto* na swoją niekorzyść, ponieważ jego oferta otrzymałaby tyle samo punktów, gdyby zadeklarował 12 godzin. Rację ma zaś Zamawiający, że wykonawca w takiej sytuacji będzie zobligowany na etapie realizacji zamówienia dochować zadeklarowanego czasu reakcji. Niemniej wyżej opisany stan faktyczny nie wpisuje się w dyspozycję normy określonej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Za niezasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego w zakresie zarzutu nr 4, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez Hortus i dokonanie wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają wyłącznie ogólniki, a koszty pracy pracowników zostały podane bez kosztów pracodawcy i nie wiadomo czy są podane jako kwota netto czy brutto, a Zamawiający nie podjął dalszych czynności wyjaśniających prowadzących do prawidłowej oceny i zweryfikowania czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie gwarancji prawidłowego wykonania umowy i czy posiada zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę wymaganą liczbę pracowników za pomocą, których będzie realizował zamówienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Wykonawca, chcąc wyeliminować ryzyko odrzucenia jego oferty, powinien udzielić zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w wezwaniu.

Odwołujący zarzucając naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie dowiódł, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Hortus nie uzasadniały zaoferowanej ceny. Po pierwsze nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wyjaśnienia ww. wykonawcy są ogólne i nierzetelne. Wykonawca Hortus przedstawił w wyjaśnieniach szczegółową kalkulację ceny, w której opisał konkretne przyjęte koszty pracownicze, koszty zakupu materiałów, nasadzeń, wywozu śmieci, paliwa czy napraw. Odwołujący w zasadzie nie zakwestionował większości tych kosztów, nie podważył realności przyjętych założeń, wskazując jedynie na brak dokładnego wyjaśnienia kosztów pracowniczych. Z takim stanowiskiem również nie sposób się zgodzić, gdyż wykonawca Hortus przedstawił rozbudowaną kalkulację kosztów pracowniczych z podziałem na koszty utrzymania czystości i porządku, koszty pielęgnacji trawnika, koszty pielęgnacji i wycinki drzew i krzewów, koszty nasadzeń wieloletnich, koszty nasadzeń jednorocznych, koszty elementów małej architektury i pozostałe koszty. W odniesieniu do każdej z powyższych kategorii wykonawca Hortus podał szacowaną pracochłonność i przyjętą stawkę godzinową. Odwołujący nie podważał przyjętej przez wykonawcę Hortus pracochłonności. W ocenie Izby Odwołujący nie podważył też realności przyjętej przez tego wykonawcę stawki godzinowej wynagrodzenia pracowników. Nie zostało wykazane, aby podana w wyjaśnieniach jednolita uśredniona stawka godzinowa 30,42 zł (abstrahując od tego czy byłaby to kwota netto czy brutto) została przyjęta na poziomie, który nie gwarantował zgodności z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (nawet z uwzględnieniem ewentualnych 8 nadgodzin, na

które wskazywał Odwołujący). Odwołujący pominął ponadto okoliczność, iż wykonawca Hortus założył bardzo dużą rezerwę finansową, na którą wskazuje różnica pomiędzy ceną oferty a całkowitym kosztem realizacji zamówienia opisanym w wyjaśnieniach. Zdaniem Izby w takim stanie rzeczy, mając na uwadze ryczałtowy charakter ceny ofertowej, brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie uwzględnił podczas wyliczeń pełnych kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem pracownika, czy też innych niezbędnych do realizacji zamówienia kosztów. Przy czym Izba stwierdziła, że podnoszone podczas rozprawy twierdzenia o tym, że wykonawca Hortus w kalkulacji ceny ofertowej nie uwzględnił szeregu koniecznych do poniesienia kosztów, takich jak koszty amortyzacji, podatków, koszty finansowe, koszty energii i wynajmu pomieszczeń biurowych, koszty obsługi księgowej, prawnej czy informatycznej, koszty materiałów, wymiany opon, zakupu oleju, zakupu środków czystości i środków BHP, zakupu części samochodowych, czy też koszty właścicielskie, należy uznać za spóźnione. Okoliczności te nie zostały podniesione w odwołaniu, zgodnie zaś z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów (w tym podstaw faktycznych), które nie były zawarte w odwołaniu. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż Odwołujący powołując się na tego rodzaju koszty nie przedstawił żadnych wymiernych danych, tj. nie wskazał z jakim faktycznie nakładem finansowym się one wiążą, jaką wysokość kosztów należało w tym zakresie uwzględnić w cenie ofertowej. Tym samym i tak nie byłoby możliwe skonfrontowanie tych twierdzeń z ceną oferty wykonawcy Hortus.

Izba podkreśla na koniec, iż dokonując oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych twierdzeń, nie mówiąc o dowodach, które podważyłyby rynkowy charakter ceny zaoferowanej przez wykonawcę Hortus. Nie odniósł się przy tym w ogóle do tego, czy cena oferty wykonawcy Hortus jako całość może być uznana za cenę gwarantującą należyłą realizację zamówienia, co było okolicznością istotną zważywszy na fakt, że cena oferty miała charakter ryczałtowy.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Przewodnicząca:.....