

WYROK

Warszawa, dnia 8 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.N. ASKIN z siedzibą w Pasłęku

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej z siedzibą w Pasłęku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.N. ASKIN z siedzibą w Pasłęku, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.N. ASKIN z siedzibą w Pasłęku, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.N. ASKIN z siedzibą w Pasłęku na rzecz zamawiającego Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej z siedzibą w Pasłęku kwotę 4 255 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 1350/24

Uzasadnienie

Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej z siedzibą w Pasłęku (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni miejskiej w Pasłęku”; numer postępowania nadany przez zamawiającego: ZGKiM.271.1.2024.AK (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 35/2024 100925-2024 w dniu 19 lutego 2024 r.

W dniu 12 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku (dalej „PUK” lub „przystępujący”).

W dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.N. ASKIN z siedzibą w Pasłęku (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PUK pomimo, iż przedmiotowa oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę i, której złożenie, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie

oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;

- 2.art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji w sprawie wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
- 3.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od wykonawcy PUK rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazane przez PUK informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej);
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
- 6.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 7.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne ustalenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy przekazane przez PUK informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej;
- 8.art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie ogólnych (nieprecyzyjnych) wyjaśnień i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty; (2) powtórzenia czynności: badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej; (3) odrzucenia oferty złożonej przez PUK i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez PUK. Zaproponowana przez tego wykonawcę cena realizacji usługi wynosi 697 000,00 zł brutto i była to najniższa cena spośród wszystkich złożonych ofert. Zamawiający na sfinansowanie usługi przeznaczył kwotę 1 188 816,00 zł brutto. Cena oferty jest zatem niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 41,37%. PUK zaproponował cenę prawie połowę niższą od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Dalej odwołujący zauważył, że zamawiający wezwał PUK do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten udzielił jedynie ogólnikowych wyjaśnień, nieuzasadniających rzetelnie i kompleksowo tak nisko wycenioną ofertę.

Odnosząc się po kolei do argumentów podniesionych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień: PUK wskazał, że nie planuje zatrudniać dodatkowych osób, ponieważ posiada 45 pracowników zatrudnionych na umowie o pracę z wieloletnim doświadczeniem i kwalifikacjami w utrzymaniu zieleni na terenie miasta i cmentarzy komunalnych. W ocenie odwołującego powyższy argument uzasadniający tak niską cenę oferty jest co najmniej chybiony. Przy założeniu, że PUK, jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, w sposób rozsądny i rentowny planuje i wykorzystuje moce przerobowe swoich pracowników, to przy dodatkowym zleceniu, pracownicy będą obciążeni pracą w większym stopniu, co może przełożyć się na jakość wykonywanych usług, zmęczenie i absencje chorobowe pracowników. Oznacza to, że w praktyce PUK albo zatrudni więcej osób (co wykonawca wyklucza) albo nie będzie przyjmował innych zleceń, aby móc w stanie obsłużyć zamówienie. Nawet, jeśli PUK nie planuje zatrudniać dodatkowych osób, to i tak ponosi stałe koszty zatrudnienia pracowników, takie jak wynagrodzenia, składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, urlopy itd., które powinny być wzięte pod uwagę przy kalkulacji ceny. Niewłaściwe uwzględnienie kosztów pracowniczych przy wycenie zamówienia może prowadzić do naruszeń podczas realizacji zamówienia, np. do ograniczania prac pielęgnacyjnych, w celu zaoszczędzenia kosztów wynagrodzeń pracowników. Dodatkowo, z wyjaśnień PUK nie wynika, aby wszyscy obecnie zatrudnieni pracownicy posiadali odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje do wykonywania wszystkich prac objętych zamówieniem. Może to prowadzić do konieczności przeszkolenia pracowników lub zlecenia części prac podwykonawcom, co przekłada się na dodatkowe koszty obsługi zamówienia.

Prace związane z utrzymaniem zieleni miejskiej charakteryzują się sezonowością. W okresach wzmożonych prac, może brakować pracowników do pracy (przy uwzględnieniu innych zleceń, które realizuje PUK), co może prowadzić do opóźnień w realizacji zamówienia. A okoliczność, że w przypadku miesięcy zimowych, potencjalnie umożliwiających zaoszczędzenie kosztów na ewentualne straty i zmiany w cenach towarów i usług, na co powołuje się PUK w dalszej części wyjaśnień, nie znajduje uzasadnienia, ponieważ podczas miesięcy zimowych PUK w dalszym ciągu będzie zobowiązany do utrzymywania pracowników (jeśli pracują na stałe) i ponoszenia kosztów ich zatrudnienia.

PUK wskazał ponadto, że wieloletnie doświadczenie PUK pozwoliło na zidentyfikowanie oszczędności w ramach

zamówienia, cena oferty uwzględnia zysk z analogicznego projektu pielęgnacji zieleni w Pastłku w 2023 roku, doświadczenie pozwala na efektywne wykorzystanie zasobów ludzkich przy uwzględnieniu topografii miasta, a analiza prac z 2023 wykazała potencjał oszczędności poprzez optymalizację wykorzystania sprzętu i materiałów zgromadzonych w magazynach PUK.

Odwolujący zwrócił uwagę, iż osiągnięcie oszczędności może być uzależnione od czynników zewnętrznych, na które PUK nie ma wpływu: warunki pogodowe, ceny materiałów, dostępność pracowników. Skupianie się na oszczędnościach może prowadzić do zaniedbania jakości wykonywanych prac. Doświadczenie z poprzedniego roku nie musi przekładać się w bardzo znacznym stopniu na trafność oszacowania ceny w 2024 r. PUK za wykonanie zamówienia o zbliżonym zakresie prac w 2023 roku zaproponował 360 000,00 zł brutto za 9 miesięcy utrzymania terenów zieleni miejskiej, co daje kwotę 40 000,00 zł brutto miesięcznie. PUK za wykonanie zamówienia w latach 2024/2025 zaproponował cenę 697 000,00 zł brutto za 20 miesięcy utrzymania terenów zieleni miejskiej, co daje kwotę 34 850,00 zł brutto miesięcznie. A zatem PUK skalkulował cenę oferty w taki sposób, że średnio zaniżył kwotę miesięcznej obsługi zadania w porównaniu z rokiem poprzednim o 5 150,00 zł brutto. Wynika z tego, że najprawdopodobniej kosztem zysku, PUK obniżył szacowaną ofertę o 12,87% miesięcznie, co - przy wzrastających kosztach cen i usług - podważa zasadność tak skalkulowanej ceny.

Powyższe, zdaniem odwołującego, należy umieścić również w kontekście prac objętych zamówieniem: zakres prac został zwiększony o dwukrotne odkrzaczenie/ koszenie skarpy o powierzchni 27 592 m², nasadzenia (krzewy, drzewa) oraz zwiększony teren do wykaszania (co miesiąc). Nie można również pominąć kosztów wzrastających choćby utrzymania pracowników (minimalne wynagrodzenie w 2023 roku wynosiło: 3 490,00 zł oraz 3 600,00 zł), zaś w 2024: 4 242,00 zł oraz roczny wzrost towarów i usług (media, składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, inflacja itd.) Odwołujący zwrócił także uwagę na różnicę w zakresie prac zaplanowanych z 2024 i 2025 roku, który jest znacznie szerszy na rok 2025 i stąd cena oferty winna uwzględniać także tę okoliczność.

Odwolujący przypomniał, że w odpowiedzi na jego pismo z dnia 26 marca 2024 r., zamawiający wskazał, że zaproszenie do złożenia ofert na wiosenne utrzymanie i pielęgnację terenów zieleni miejskiej otrzymał PUK, a cena za którą PUK podjęło się zadania wynosi 59 184,00 zł brutto. Przy przyjęciu dwumiesięcznego okresu wykonywania prac, cena wyniosłaby miesięcznie 29 592,00 zł brutto. Zakres robót obejmuje jedynie wiosenne wygrabianie liści, cięcie żywopłotów, zgrabianie odciętych pędów, pielęgnację rabat roślinnych bylin i krzewów, cięcie wiosenne róż wraz z usunięciem kopczyków, cięcie odmładzające róży pomarańczowej. Kwota ta wskazuje, że mniejszy zakres prac został oszacowany na bardzo podobnym poziomie kosztów, jak utrzymanie całoroczne zieleni miejskiej.

Możliwość skorzystania ze zgromadzonych sprzętów i materiałów nie oznacza, że PUK nie poniesie żadnych kosztów w tym zakresie. PUK ponosi stałe koszty utrzymania i przechowywania sprzętów i materiałów, koszty składek na ubezpieczenie sprzętu, koszty nabycia części zamiennych w przypadku usterki czy naprawy sprzętu. Ponadto, nie wszystkie posiadane materiały (przeznaczone do zasiewów i nasadzeń) mogą nadawać się do wykonania zamówienia, czego PUK również nie wykazuje. Wykonawca powinien również uwzględnić możliwość zniszczenia lub uszkodzenia materiałów siewnych w przypadku ich niewłaściwego przechowywania. Niewłaściwe uwzględnienie kosztów sprzętu i materiałów przy wycenie zamówienia może prowadzić do naruszeń podczas realizacji zamówienia, np. do ograniczania prac pielęgnacyjnych w celu zaoszczędzenia kosztów.

Odwolujący w dalszej części odnosił się do wyjaśnień złożonych przez PUK dotyczących tego, że jak twierdził PUK cena jego oferty nie uwzględnia kosztów zakupu dodatkowego sprzętu do realizacji zadania, ponieważ posiada już kompletny potencjał techniczny, wykorzystywany wcześniej do pielęgnacji zieleni miejskiej i cmentarzy komunalnych w Pastłku. PUK wskazał listę posiadanego sprzętu, a także fakt, że posiada własny warsztat wykwalifikowanym mechanikiem. Odwołujący zwrócił uwagę, że posiadany sprzęt może być już wyeksploatowany i wymagać wymiany lub naprawy w najbliższym czasie. Koszty takich napraw lub zakupu nowego sprzętu nie zostały uwzględnione w cenie oferty, co może prowadzić do dodatkowych kosztów po stronie PUK. Poiadany sprzęt może nie być wystarczająco wydajny do wykonania wszystkich prac objętych zamówieniem. Może to prowadzić do opóźnień w realizacji zamówienia lub do konieczności wynajęcia dodatkowego sprzętu od innych firm, co generuje dodatkowe koszty. PUK nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na posiadane przez siebie sprzęty i narzędzia. Co do kosztów warsztatu i mechanika - nie wyklucza to konieczności ponoszenia przez PUK stałych kosztów wynagrodzenia pracownika, kosztów nabycia części zamiennych, mediów, prowadzenia własnego warsztatu. PUK nie podał również informacji o kosztach utrzymania posiadanego sprzętu, takich jak paliwo, oleje, naprawy, amortyzacja. Te koszty również powinny być uwzględnione w cenie oferty. PUK jest uzależniony od posiadania wykwalifikowanego mechanika do naprawy i serwisu sprzętu, a w przypadku nieobecności mechanika z powodu choroby czy urlopu może dochodzić do przestojów w pracy i opóźnień w realizacji zamówienia.

PUK wskazał, że prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów i posiadanie specjalistycznego sprzętu do ich obsługi ma pozytywny wpływ na minimalizację kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Posiadanie i

utrzymanie specjalistycznego sprzętu, takiego jak nowoczesne śmieciarki, wiąże się ze znacznymi kosztami stałymi, niezależnie od ilości realizowanych zleceń. W kalkulacji oferty należy uwzględnić koszty amortyzacji, serwisu, napraw, ubezpieczeń oraz wynagrodzenia dla wykwalifikowanej obsługi. Te koszty muszą zostać rozłożone na wszystkie realizowane zlecenia. Ponadto konieczne jest wykazanie, że moce przerobowe posiadanego sprzętu są wystarczające do obsługi zlecenia objętego zamówieniem. Nadwyżka mocy przerobowych będzie generować niepotrzebne koszty i stratę, a niedobór może prowadzić do konieczności wynajęcia usług zewnętrznych, co również generuje dodatkowe koszty.

Dalej PUK wskazał, że cena oferty jest ryczałtowa, co oznacza jej rozłożenie na cały okres trwania umowy, czyli około 20 miesięcy. W czasie prac ograniczonych (grudzień 2024 r., styczeń 2025 r., luty 2025 r.) wykonawca powstałe oszczędności chce przekazać na pokrycie ewentualnych podwyżek cen w pozostałym zakresie. Tak oszacowana cena nie pozwala na dokładne oszacowanie kosztów poszczególnych prac pielęgnacyjnych. Może to prowadzić do sytuacji, w której wykonawca będzie skupiał się na pracach tańszych, zaniedbując te, które są droższe. Może to również stwarzać możliwości naruszeń ze strony wykonawcy, polegających na celowym ograniczaniu zakresu prac pielęgnacyjnych w miesiącach zimowych, aby zaoszczędzić środki. Tak jak również wskazał odwołujący wcześniej, miesiące zimowe - być może związane z mniejszą ilością pracy - nie eliminują konieczności ponoszenia stałych kosztów utrzymania pracowników i konserwacji sprzętu.

PUK wskazał, że dokładność wyliczeń ceny za wykonanie zamówienia wynika z tego, że PUK jest spółką kapitałową, a zarząd zgodnie z prawem nie może działać na szkodę firmy i jej udziałowców. Obowiązek działania na korzyść przedsiębiorstwa nie jest znacznym czynnikiem wpływającym na cenę. Nawet jeśli zarząd działa w dobrej wierze i nie ma zamiaru działać na szkodę firmy, cena może być zaniżona z innych powodów, np. z powodu błędów w kalkulacji, chęci osiągnięcia jak największego zysku, wykluczenia innych wykonawców z przetargu. Ponadto, prawo przewiduje mechanizmy obronne chroniące firmy przed niekorzystnymi działaniami zarządu, tj. rada nadzorcza, zgromadzenie wspólników, odpowiedzialność cywilna członków zarządu. Zwrócił również uwagę na powiązania osobowo -kapitałowe w PUK: wspólnikami, posiadającymi całość udziałów są rodzice członka zarządu Krystyna i R.N., a prezesem zarządu jest ich syn J.N..

Odwołujący, jako podmiot posiadający doświadczenie w realizacji tego typu usług stwierdził, iż kalkulacja ceny przez PUK nie uwzględnia wielu istotnych czynników, które zostały wskazane powyżej. W przypadku ceny zaoferowanej przez PUK usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Wyjaśnienia złożone przez PUK w żadnym stopniu nie uwzględniają w sposób należyty podstawowych chociaż kosztów związanych z realizacją usług (koszt pracowników, koszty paliwa, koszt amortyzacji, koszty utylizacji odpadów, koszty nabycia sadzonek, kory, nawozów, ziemi kwiatowej, części zamiennych do narzędzi ogrodniczych i sprzętów). W oferowanej cenie musi zostać uwzględniony przez wykonawcę co najmniej minimalny zysk wykonawcy, chociażby na poziomie 1%.

W ocenie odwołującego z powyższej argumentacji wynika bezspornie, iż realizacja usług objętych zamówieniem, przy cenie zaproponowanej przez wybranego wykonawcę PUK, jest nierealna. Ustawa Pzp nie precyzuje, jaką cenę należy uznać za rażąco niską, ani też kiedy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i podjęcia przez wykonawcę działań, które służą wyeliminowaniu z rynku przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną. Jednakże zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp szczególne prawdopodobieństwo wystąpienia ceny rażąco niskiej zachodzi m.in. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu). Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie różnica ta wynosi 41,37%, a zatem nie dość że przekracza wartość wskazaną w ustawie, to przekracza ją w sposób znaczny tj. o 11,37%.

Tym samym, w oparciu o przedstawione ustalenia faktyczne należy uznać, że oferta PUK przewiduje świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów - zawiera „rażąco niską cenę”. Za rażąco niską powinna być bowiem uznana cena oferty odbiegająca swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne (zob. m.in. wyr. KIO z 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 22/17, Legalis). Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne.

Wątpliwości co do rynkowości ceny oferty wzmacnia okoliczność, że prace - w mniejszym zakresie, realizowane w 2023 r. - PUK wycenił na poziomie 40 000,00 zł brutto, przy założeniu uzyskania zysku ze zlecenia, zaś za prace - o większym zakresie, do realizacji w latach 2024/2025 - na poziomie 34 850,00 zł brutto.

Niewątpliwie wskazane powyżej okoliczności potwierdzają, że cena zaproponowana przez PUK jest ceną poniżej

kosztów realizacji usługi i będzie realizowana ze stratą.

Odwolujący zaznaczył, że co prawda zamawiający zwrócił się do PUK o wyjaśnienia dotyczące ceny wskazanej w jego ofercie, jednakże udzielone wyjaśnienia są bardzo ogólne i nie wykazują zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny i w związku z tym nie można ich uznać za wyjaśnienia merytoryczne. Udzielenie samej odpowiedzi przez wykonawcę, nie oznacza, że wykonawca spełnił swój obowiązek polegający na udzieleniu wyjaśnień, jego wyjaśnienia potwierdziły rynkowość zaoferowanej usługi, a tym samym rozwiały wszelkie wątpliwości zamawiającego.

PUK nie przedłożył dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przewidywanych przez art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy (których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego według właściwych przepisów). Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować i akceptować wszystkich wypowiedzi wykonawcy, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Ustawa Pzp wymaga od zamawiającego, aby podjął się on rzeczywistego wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Tym samym w niniejszej sprawie po stronie zamawiającego zaistniał obowiązek odrzucenia oferty PUK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na nieudzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, uwzględniających obiektywne czynniki, o których mowa art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, opisane wyżej okoliczności stanowią spełnienie również dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 7 ustawy Pzp. Wątpliwości zamawiającego w omawianej sprawie powinny wynikać m.in. z okoliczności, iż cena wybranej oferty jest o prawie 41,37% niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę cenę oferty wykonawcy w 2023 r. tj. 360 000,00 zł za rok, to - bazując na dotychczasowym swoim doświadczeniu - PUK winien oszacować cenę na poziomie przynajmniej równym, jak nie wyższym (w świetle wzrastających kosztów towarów i usług), a nie niższym, tj. na poziomie 348 000,00 zł za rok.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku.

Zamawiający w dniu 7 maja 2024 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pismo procesowe - Odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Wobec tego, że odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania odwołania, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwolujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta nie została odrzucona, a w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę jego oferta miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez zamawiającego i załączone do pisma procesowego - Odpowiedzi na odwołanie oraz przez przystępującego złożone na posiedzeniu, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w § IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) są 2 zadania dotyczące bieżącego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni miejskiej. Zadaniem Nr 1 jest usługa polegająca na: 1) koszeniu trawników - (parki, zieleńce miejskie, trawniki w pasach drogowych); 2) pielęgnacji istniejących nasadzeń (pielęgnacja krzewów, nasadzeń); 3) założeniu i utrzymaniu łąki kwietnej; 4) cięcia żywopłotów (pielęgnacyjne i formujące); 5) odchwaszczaniu żywopłotów; 6) prac porządkowych na

terenach zielonych; 7) nasadzeniu kwiatów jednorocznych z pelargonii bluszczolistnej (kaskadowe konstrukcje kwiatowe, kwietniki wiszące); 8) odmładzaniu krzewów liściastych; 9) objęcie pielęgnacją młodych drzew; 10) przeprowadzeniu zabiegów pielęgnacyjnych w obrębie korony drzew metodą alpinistyczną. Zadaniem Nr 2 jest usługa polegająca na koszeniu trawników i utrzymaniu porządku na trawnikach zlokalizowanych w ciągach dróg wojewódzkich nr 513 ul. Sprzymierzonych (od znaku pionowego D-42 „teren zabudowy” do ronda Itzehoe) oraz nr 505 ul. Kraszewskiego (od granic administracyjnych miasta do ronda Itzehoe) w Pasłęku. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w SWZ - Opis Przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z § VI SWZ wymagany termin realizacji zamówienia: od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2025 r.

Do SWZ załączono między innymi wzór umowy - Załącznik nr 1 do SWZ. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy zamawiający ustalił, że z tytułu realizacji przedmiotu umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z § 1 umowę tworzą między innymi kosztorysy ofertowe (formularze stanowiły Załącznik nr 2A - Formularz Kosztorysu Ofertowego na rok 2024 oraz Załącznik nr 2B - Formularz Kosztorysu Ofertowego na rok 2025).

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 22 marca 2024 r. W odpowiedzi na Ogłoszenie o zamówieniu swoje oferty złożyło czterech wykonawców: (1) odwołujący za cenę 819 905,42 zł; (2) przystępujący za cenę 697 000,00 zł; (3) B.Ł. z siedzibą w Pasłęku za cenę 1 134 249,96 zł; (4) Firma Handlowo-Usługowa WITAND A.H. z siedzibą w Kwidzynie oferując cenę 1 366 380,30 zł.

Ponadto ustalono, że zamawiający pismem z dnia 26 marca 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny. Wskazał, że zaoferowana przez niego cena jest o ponad 30% niższa, w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. od ceny ustalonej przed wszczęciem postępowania, oraz niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Poprosił, aby wraz z powyższymi wyjaśnieniami, wykonawca przedstawił kosztorysy ofertowe, których formularze stanowią załączniki nr 2A i 2B do SWZ, na podstawie których została wyliczona cena realizacji zadania.

Zaznaczył, że wyjaśnienia oraz przedstawione dowody (tj. wszelkie dokumenty potwierdzające składane wyjaśnienia) muszą być wyczerpujące i powinny odnosić się do wyliczenia ww. ceny, w szczególności w zakresie opisanym w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając skierowane do PUK wezwanie zamawiający wskazał, że w związku z jego udziałem w postępowaniu poddał analizie złożoną przez niego ofertę. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1 169 329,87 zł brutto, natomiast ze względu na fakt, że zamówienie będzie realizowane w latach 2024-2025, kwota brutto przeznaczona na sfinansowanie zamówienia określona została w wysokości 1 188 816,00 zł, z uwzględnieniem waloryzacji. Oferta PUK zawiera cenę realizacji zamówienia w kwocie 697 000,00 zł brutto. Zaoferowana cena jest o ponad 30% niższa zarówno od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług (1 169 329,87 zł), tj. od ceny ustalonej przed wszczęciem postępowania o udzieleniu niniejszego zamówienia publicznego, jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

Zastosowanie ma zatem art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wymagający, by zamawiający żądał od wykonawcy wyjaśnień. Wykonawca złożył wyjaśnienia w formie oświadczenia własnego oraz przedstawił kosztorysy ofertowe, których formularze stanowią załączniki nr 2A i 2B do SWZ, na podstawie których została wyliczona cena realizacji zadania.

Izba ustaliła także, że w terminie wskazanym przez zamawiającego, w piśmie z dnia 2 kwietnia 2024 r. przystępujący złożył swoje wyjaśnienia. W pierwszej kolejności wymienił główne czynniki, które miały wpływ na wyliczenie ceny tj. koszty zatrudnienia, posiadany sprzęt do wykonania zadania oraz kilkuletnie doświadczenie w wykonywaniu zamówień związanych z utrzymaniem zieleni. Koszty zakupów, dostaw i usług zewnętrznych brały mniejszy udział w wyliczeniu ceny ponieważ PUK od wielu lat współpracuje z firmami z lokalnego rynku i posiada u nich preferencyjne warunki zakupu ich towarów, dostaw i usług.

Wskazał, że na chwilę obecną zatrudnia 45 pracowników na podstawie umowy o pracę, w związku z czym nie planuje się zatrudnienia dodatkowych osób. Wśród zatrudnionych osób są pracownicy z wieloletnim doświadczeniem i kwalifikacjami związanymi z utrzymaniem zieleni nie tylko na terenie miasta ale również na terenach cmentarzy komunalnych. Zadeklarował, że planuje wykorzystać swoje zasoby osobowe do wykonania zamówienia pn. „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni miejskiej w Pasłęku” bez dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem.

Wieloletnie doświadczenie związane z pielęgnacją zieleni pozwoliło na ocenę, które czynności związane z wykonaniem zamówienia pn. „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni miejskiej w Pasłęku” mogą wygenerować oszczędności pozwalające na zaoferowanie lepszych warunków cenowych niż konkurencja. Przy wyliczeniu ceny brał również pod uwagę fakt, że jego Przedsiębiorstwo wykonało analogiczną usługę utrzymania i pielęgnacji zieleni miejskiej w Pasłęku w roku 2023, z którego odnotował znaczny zysk. W wyniku realizacji zamówienia w poprzednim roku zdobył wiedzę na temat topografii miasta, terenów objętych przedmiotem zamówienia oraz tego jak skutecznie wykorzystać

posiadane zasoby ludzkie do zakresu prac związanych z wykonaniem zadania. Po przeanalizowaniu prac związanych z utrzymaniem terenów zielonych w Pasłęku w roku 2023 wie, że w przypadku niektórych prac można poczynić duże oszczędności angażując większą ilość sprzętu, który znajduje się w jego zasobach. Dodatkowo jest w stanie ograniczyć wydatki na takie materiały jak: kora, ziemia kwiatowa czy nawozy, ponieważ na magazynie posiada spory ich zapas.

Podczas wyliczeń ceny nie brał pod uwagę kosztów związanych z zakupem dodatkowego sprzętu do wykonania zadania, ponieważ posiada kompletny potencjał techniczny, który wcześniej był wykorzystywany nie tylko do prac związanych z utrzymaniem zieleni miejskiej ale również do utrzymania terenów zielonych na cmentarzach komunalnych w Pasłęku. Wymienił także posiadany przez niego sprzęt, który jest jego własnością, i nie jest w dzierżawie ani w leasingu. Zadeklarował, że Spółka posiada również warsztat i wykwalifikowanego mechanika. Dzięki temu we własnym zakresie wykonuje wszelkie naprawy oraz serwis sprzętu, co przyczynia się do kolejnych oszczędności i nie generuje dodatkowych kosztów.

Kolejnym czynnikiem, mającym wpływ na minimalizację kosztów związanych z wykonaniem zamówienia jest to, że prowadzi działalność w zakresie odbioru odpadów. Posiada sprzęt niezbędny do wykonania usług związanych z załadunkiem, transportem i utylizacją odpadów powstających przy wykonywaniu ww. zamówienia. Specjalistyczny sprzęt w postaci nowoczesnych śmieciarek do przewozu odpadów ulegających biodegradacji o dużym zgnioście powoduje oszczędności związane nie tylko z czasem wykonania usługi ale również minimalizuje koszty związane z wywozem odpadów do minimum.

Zwrócił uwagę na fakt, iż cena oferty jest ceną ryczałtową tzn. podzielona będzie przez okres trwania umowy, czyli przez okres około 20 miesięcy. Oznacza to, że w czasie trwania umowy znajdują się miesiące, w których nie wykonuje się praktycznie żadnych prac dotyczących pielęgnacji zieleni: grudzień 2024 r.; styczeń 2025 r.; luty 2025 r. W swoich kalkulacjach brał zatem pod uwagę oszczędności wynikające z ww. trzech miesięcy, które to zamierza spożytkować na koszty związane z ewentualnymi podwyżkami cen w okresie realizacji zadania.

Dodatkowym bardzo znaczącym faktem przemawiającym za tym, że wyliczenia dotyczące oferowanej ceny za wykonanie zamówienia zostały dokładnie przeanalizowane jest to, że jest Spółką kapitałową i zgodnie z prawem Zarząd nie może działać na szkodę Przedsiębiorstwa i jego Udziałowców. Do pisma załączone zostały dowody (Załącznik 1- Oświadczenie Szop Market - Agroma Olsztyn Grupa Sznajder Sp. z o.o.; Załącznik 2 Oświadczenie Heops; Załącznik 3 - Oświadczenie E.S.; Załącznik 4 - Oświadczenie Sklep wielobranżowy T.S.; Załącznik 5 - Oświadczenie zysk przedsiębiorstwa) oraz kosztorysy ofertowe, których formularze stanowiły załączniki nr 2A i 2B do SWZ, na podstawie których została wyliczona cena za realizację zadania.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 12 kwietnia 2024 r. poinformował o wyborze oferty PUK jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 22 kwietnia 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp będące podstawą orzekania.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty; (3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Z kolei art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wskazuje, że 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że warunkiem wykazania niezgodności z ustawą zachowania zamawiającego w odniesieniu do zarzutów odwołania, jest wykazanie przez odwołującego, zgodnie z ciężarem dowodzenia wynikającym z zasad ogólnych, także z uwzględnieniem art. 537 pkt 1 ustawy Pzp istnienia rażąco niskiej ceny w zakresie, czy to w odniesieniu ceny całkowitej zaoferowanej przez przystępującego, czy też nierealności, nierynkowości elementów składowych ceny, które wpływają na cenę ofertową powodując, że jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie.

Mając na uwadze opisane wyżej reguły dowodowe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego zasadności podniesionych zarzutów i z tego powodu odwołanie podlegało oddaleniu.

Wprawdzie to na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień spoczywa obowiązek złożenia rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, a niewywiązanie się z tego obowiązku powinno skutkować odrzuceniem oferty, tym niemniej ocena złożonych wyjaśnień nie może abstrahować od specyfiki konkretnego zamówienia, jego stopnia skomplikowania, czynników cenotwórczych mających zasadniczy wpływ na koszty realizacji zadania, jak też sytuacji rynkowej. Stopień skomplikowania takich zamówień, jak np. roboty budowlane czy prace projektowe albo specjalistyczne usługi informatyczne uzasadnia oczekiwanie od wyjaśnień innego stopnia szczegółowości, niż w przypadku zamówień takich, z jakim mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie (czynności utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni), obejmujących wyspecjalizowane, ale jednocześnie stosunkowo proste czynności, na których cenę nie wpływają skomplikowane czynniki kosztotwórcze. W takich sytuacjach nawet określone braki wyjaśnień, które jednak nie powodują uzasadnionych wątpliwości co do realności ceny, powinny być oceniane z uwzględnieniem zasady proporcjonalności.

Ponadto wskazać należy, że jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania prawidłowości ceny (który należy rozumieć jako ciężar wykazania, że złożone zamawiającemu wyjaśnienia potwierdzały prawidłowość ceny), stosownie do art. 537 pkt 1 ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia odwołującego z obowiązku sformułowania konkretnych i precyzyjnych twierdzeń co do podstaw faktycznych podnoszonych zarzutów. Przepisu art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień, sprowadzającym się do wskazywania jakich to elementów w treści tychże wyjaśnień zabrakło.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący w istocie ograniczył się do ogólnej krytyki wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz do przedstawienia teoretycznych wywodów i licznych cytatów z orzecznictwa, nie sformułował jednak twierdzeń podważających realność ceny i nie zakwestionował konkretnych elementów wyceny. Odnosił się wprawdzie do zaproponowanej przez tego wykonawcę ceny, jako całości podnosząc, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za taką kwotę, jednakże pomimo, że miał możliwość zapoznania się ze szczegółową kalkulacją ceny ofertowej (zamawiający zobligował bowiem PUK do przedłożenia kosztorysów na rok 2024 i 2025), nie zakwestionował żadnej z podanych tam cen jednostkowych. Jest to o tyle niezrozumiałe, że sam takie kosztorysy sporządził, celem ich przedłożenia na wezwanie zamawiającego, a tym samym mógł w sposób łatwy wskazać w zakresie którego elementu kalkulacji doszło do rażącego zaniżenia ceny, jak też przedstawić w tym zakresie swoje wyliczenia. W treści odwołania takiego odniesienia brakuje.

Odwołujący ogranicza się wyłącznie do krytyki w zakresie treści przedłożonych przez PUK wyjaśnień. Izba, odnosząc się do tak sformułowanych zarzutów zwraca uwagę, że każdym wyjaśnieniem złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia można wytknąć mniejsze lub większe niedoskonałości, jednak dopiero przełożenie ich na realność zaoferowanych cen może prowadzić do stwierdzenia obowiązku odrzucenia oferty. Odwołujący natomiast nie zakwestionował merytorycznie żadnej z cen jednostkowych zaoferowanych w przedłożonych kosztorysach, trudno zatem uznać, że zaoferowana cena całkowita jest niewiarygodna i nie pozwala na realizację zamówienia, zgodnie z przepisami oraz z wymaganiami zamawiającego.

Nie budzi w okolicznościach niniejszej sprawy wątpliwości, że różnica między zaoferowanymi cenami a wartością zamówienia obligowała zamawiającego do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, w ramach której na PUK spoczywał ciężar wykazania realności ceny. Nie sposób jednak nie zauważyć, na co wskazywał zamawiający w swoim piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie, że uwzględniając średnią cenę złożonych w postępowaniu ofert na kwotę 1 004 383,92 zł., wynikającą z ofert 4 firm ubiegających się o to zamówienie, oferta złożona przez PUK była niższa

od tej średniej o 30,60%, ale oferta odwołującego także niższa o 18,37%. Nie sposób też nie dostrzec, że cena jednej z ofert znacząco odbiegała od pozostałych cen ofertowych, trudno zatem jednoznacznie stwierdzić, iż musiały w tym postępowaniu zaistnieć, a PUK miał obowiązek je wykazać jakieś nadzwyczajne okoliczności, które takie obniżenie umożliwiły.

Należało wziąć także pod uwagę okoliczność, na którą to zwracał uwagę PUK w swoich wyjaśnieniach, że cena za realizację zamówienia jest ceną ryczałtową, a otrzymane wynagrodzenie należy podzielić przez okres trwania umowy. Powyższe oznacza, że wynagrodzenie miesięczne, wynikające ze złożonej przez PUK oferty wynosi 29 041,67 zł natomiast w przypadku odwołującego wynosi 34 162,73 zł. Przy tym w czasie trwania umowy zdarzają się takie miesiące, podczas których nie wykonuje się żadnych prac (grudzień 2024 r. - luty 2025 r.), co przyznał sam odwołujący na rozprawie. Stąd sporządzana przez wykonawcę kalkulacja opiera się w dużej części na przyjętych przez danego wykonawcę założeniach co do sposobu wygospodarowania oszczędności w okresie, kiedy prace nie będą w ogóle realizowane. Potwierdza powyższe również stanowisko odwołującego, który wprawdzie w odwołaniu wskazywał, że zakres robót do wykonania na rok 2025 jest szerszy niż w roku 2024, to jednak skalkulował to wynagrodzenie na poziomie niższym niż przystępujący (wartość kosztorysowa prac w ofercie odwołującego jest taka sama na rok 2024, jak na rok 2025 i wynosi 409 952,71 zł, z kolei PUK sporządził na rok 2025 kosztorys na kwotę 418 200,00 zł), zaś pytany na rozprawie wyjaśnił, że kalkulacja na rok 2025 wynika z możliwości wygospodarowania oszczędności w okresie zimowym. Przeczy to prezentowanej przez odwołującego tezie o tym, że za wskazaną kwotę nie jest możliwe zrealizowanie zakresu opisanego przez zamawiającego w SWZ.

Dodatkowo stanowisko o rynkowym poziomie ceny oferowanej przez PUK potwierdza dowód przedłożony przez zamawiającego, załączony do pisma procesowego - Odpowiedzi na odwołanie w postaci opinii kosztorysanta budowlanego Krzysztofa Litkowskiego (odpowiedzialnego za oszacowanie wartości zamówienia na potrzeby niniejszego postępowania). Jak wynika z jej treści, po zapoznaniu się z kosztorysem przystępującego, złożonym na etapie postępowania wyjaśniającego stwierdził on m.in., „że pomimo zaistnienia znacznie niższych cen ofertowych niektórych pozycji od wyceny kosztorysu inwestorskiego doświadczony wykonawca dysponujący wykwalifikowanym personelem, profesjonalnymi narzędziami i niezbędnym zapleczem technicznym, przy umiejętnej organizacji pracy jest w stanie wykonać określone czynności uzyskując przy tym korzystny dla siebie wynik finansowy”. Tym samym nie sposób jest stwierdzić, że cena zaproponowana przez PUK, chociaż jest ceną niską, jest także rażąco niska, a więc taka za którą nie jest możliwa realizacja prac objętych zamówieniem.

Odnosząc się z kolei do złożonych przez przystępującego, na wezwanie zamawiającego, wyjaśnień dotyczących zaproponowanej przez niego w ofercie ceny stwierdzić należy, że te odpowiadają na zadane przez zamawiającego pytania, wskazują na okoliczności i czynniki, mające wpływ na kalkulację ceny jego oferty, jak też przedstawiają szczegółowe wyliczenia w zakresie ceny ofertowej. Izba, odnosząc treść tych wyjaśnień do przedmiotu zamówienia oraz wysokości zaoferowanych w tym postępowaniu cen, nie dopatrzyła się podstaw do uznania wyjaśnień za uzasadniające odrzucenie oferty PUK.

Dodatkowo, jak już zauważono wcześniej, zarzuty odwołania w zakresie przedłożonych wyjaśnień, jak też kalkulacji należy uznać za wyjątkowo ogólne i pozbawione konkretnych zastrzeżeń, kwestionujących realność ceny. Uzasadnienie odwołania w tym zakresie sprowadza się do ogólnikowych twierdzeń oraz przytoczenia stanowisk orzecznictwa i doktryny. Twierdzenia odwołującego odnoszą się wprawdzie do poszczególnych okoliczności, wskazywanych przez przystępującego, które mają wpływ na możliwość obniżenia ceny ofertowej, ale sprowadzają się nie tyle do kwestionowania ich jako takich, ale opisywania czego w istocie w tych wyjaśnieniach zabrakło. Nie może to być wystarczającym argumentem, jako że w tym przypadku jest jedynym, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d UZNK, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 UZNK. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu, ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego

hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

W tym przypadku odwołujący, na którym w powyższym zakresie spoczywał ciężar dowodu w myśl art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązki dowodowe nie sprostął. Odwołujący swoje stanowisko opierał na twierdzeniach, że PUK złożył ofertę w postępowaniu, która to oferta zawiera rażąco niską cenę za realizację zamówienia. Przy tym odwołujący w żaden sposób nie podważył prawidłowości przyjętych przez przystępującego na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej założeń i kosztów, tym samym nie sposób uznać, aby wykazał on, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty PUK, wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę wyjaśnienia w przedmiocie RNC złożone przez PUK w postępowaniu, dokonał wyboru złożonej przez tego wykonawcę oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....