Sygn. akt: KIO 1848/25

WYROK

Warszawa, dnia 6 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2025 r. przez wykonawcę P.G. z Kalisza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Garden Products.pl – P.G. w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Kalisz z udziałem wykonawcy Spółdzielnia Socjalna „Zielony Kalisz" przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Garden Products.pl – P.G. z Kalisza i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez tego 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.

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt: KIO 1848/25

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Kalisz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi prowadzone pod nazwą Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza, nr ref.: WGOŚ.2711.0001.2025 (dalej: Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2025 r. numer wydania S: 53/2025, numer ogłoszenia: 169243-2025.

Odwołujący wniósł 12 maja 2025 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1.wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części VII zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz", w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 11.2.2) i 11.2.6) SWZ;

oraz wobec zaniechania czynności:

2.odrzucenia oferty Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz", w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału określonych w pkt 11.2.2) i 11.2.6) SWZ;

3.odrzucenia oferty Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz", w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę, a ponadto cena ta ma charakter ceny dumpingowej;

ewentualnie

4.wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, ze szczególnym uwzględnieniem konieczności wyjaśnienia, czy zaproponowana stawka rbg pracownika przyjęta do skalkulowania oferty i wymieniona w pkt 35.1. i 35.2. formularza cenowego, a także pozostały ceny jednostkowe, których głównym kosztem jest koszt robocizny, są zgodne z: przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w szczególności czy nie jest 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; z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniu zarzuca naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 239 ust. 1 i art. 16 pkt 1 pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz", gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 11.2.2) SWZ oraz pkt 11.2.6) SWZ;

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. i art. 16 pkt 1 p.z.p., przez zaniechanie odrzucenia oferty Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz", gdy wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, albowiem koszt jednostkowy roboczogodziny pracy wskazany w pkt 35.1. i pkt 35.2. formularza cenowego, jest niższy niż koszt jednej godziny pracy brutto pracownika wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jednocześnie zaś koszt roboczogodziny ma wpływ na wszystkie pozostałe ceny jednostkowe robót wskazane w formularzu cenowym, gdyż jest to główny czynnik kosztotwórczy w zakresie usług objętych Postępowaniem,

3.art. 224 ust. 1 i ust. 3 pkt 4-6 w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, albowiem koszt jednostkowy rbg wskazany w pkt 35.1. i pkt 35.2. formularza cenowego, jest niższy niż koszt jednej godziny pracy brutto pracownika wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jednocześnie ma wpływ na wszystkie pozostałe ceny jednostkowe robót wskazane w formularzu cenowym, gdyż jest to główny czynnik kosztotwórczy w zakresie usług objętych Postępowaniem.

Wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia decyzji z 30.04.2025 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części VII Zamówienia;

odrzucenia oferty Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę;

dokonania ponownego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie:

unieważnienia decyzji z dnia 30.04.2025 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części VII Zamówienia;

wezwania wykonawcy Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" do wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztów, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, zwłaszcza w zakresie zgodności proponowanej stawki roboczogodziny z przepisami, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4-6 p.z.p.;

2.przeprowadzenie dowodu z dokumentów: wydruku ze strony Nadleśnictwa Kalisz //kalisz.poznan.lasy.gov.pl/nadlesnictwo, wydruku z CEIDG dot. R.M., wydruku ze strony, wszystkich (lit. a-c) celem wykazania kwalifikacji posiadanych przez R.M., braku możliwości zatrudnienia go na podstawie umowy o pracę przez Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz", braku możliwości osobistego nadzorowania i koordynacji realizacji zamówienia przez R.M., a w konsekwencji niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Spółdzielnię; d. wezwania do złożenia wyjaśnień z 7.01.2025 r., informacji o wyborze oferty z 18.02.2025 r., pisma Odwołującego z dnia 5.05.2025 r. - wszystkich celem wykazania stosowania rażąco niskich cen przez Spółdzielnię Socjalną „Zielony Kalisz", konieczności wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaniechania po stronie Zamawiającego;

W zakresie części VII Zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" (dalej: Spółdzielnia).

Oferta Spółdzielni otrzymała 100 punktów, a oferta Odwołującego otrzymała 87,71 pkt.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Spółdzielnia zaoferowała cenę netto 576.132,34 zł za realizację zamówienia w części VII.

Częścią oferty był FORMULARZ CENOWY składany na wzorze, w którym niespełna 200 pozycji (różnego rodzaju usług utrzymania zieleni) pogrupowano w 36 grup usług.

1.2.3.W części 35 (Prace dodatkowe w rejonie VII) znalazły się pozycje:

1)poz. 35.1. roboczogodzina pracownika;

2)poz. 35.2.1. roboczogodzina maszyn wraz z obsługą – samochód do 3,5 t,

3)poz. 35.2.2. roboczogodzina maszyn wraz z obsługą – rębak.

Pozostałe pozycje nie zawierały kosztu rbg pracownika, ale przeważająca większość pozycji obejmuje usługi, których głównym lub co najmniej istotnym czynnikiem kosztotwórczym pozostaje koszt świadczenia pracy przez pracowników. Zamawiający zastrzegł, że większość czynności Przedmiotu Zamówienia musi być wykonywana przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Spółdzielnia złożyła formularz POTENCJAŁ OSOBOWY.

W formularzu wskazała, że osobą wskazaną w zakresie części VII Zamówienia dla wykazania spełnienia warunków z pkt 11.2.2) oraz 11.2.6) jest R.M.. Ponadto dołączyła informację – pismo Wielkopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, Del. w Kaliszu z dnia 10.05.2021 r., dot. uprawnień i kompetencji R.M..

2.UZASADNIENIE ZARZUTÓW W ZAKRESIE NIESPEŁNIENIA WARUNKÓW Z PKT 11.2.2) I 11.2.6) SWZ I SPÓŁDZIELNIĘ, RELEWANTNE POSTANOWIENIA SWZ

W punkcie 11.2.2) SWZ zastrzeżono, że za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy skierują do realizacji zamówienia osobę posiadającą co najmniej wykształcenie średnie z zakresu ogrodnictwa (np. osoba z tytułem technika ogrodnika, technika architektury krajobrazu) lub posiadającą co najmniej 6 miesięczne doświadczenie w zakresie prac polegających na utrzymaniu zieleni, która sprawować będzie bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi.

W punkcie 11.2.6) SWZ w ramach warunków udziału w postępowaniu zastrzeżono, że za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy skierują do realizacji zamówienia osobę posiadającą uprawnienia wynikające z ustawy o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami art. 37b.

W punkcie 9.1. SWZ zastrzeżono, że Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących następujące czynności (w ramach wszystkich Części zamówienia): (…) koszeniu trawników, przycinaniu drzew i krzewów, odchwaszczaniu, pielęgnacji drzew, (…) koordynowania realizacji umowy. Obowiązek zatrudnienia obowiązuje przez cały okres wykonywania wyżej wymienionych czynności w trakcie trwania umowy.

W § 6 ust. 2 Wzoru umowy (właściwego w zakresie Części I-VII, IX- X), stanowiącego Załącznik do SWZ umieszczono miejsce do wskazania osoby, która sprawować będzie nadzór i kontrolę nad realizacją umowy ze strony Wykonawcy. W umowie nie zawarto odrębnych postanowień dotyczących koordynacji realizacji umowy ze strony Wykonawcy, czy też miejsca do wskazania koordynatora.

Dla wykazania spełnienia warunku z punktu 11.2.2) i 11.2.6) Spółdzielnia wskazała R.M. i dołączyła do formularza pismo Wielkopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, Delegatura w Kaliszu z dnia 10.05.2021 r. W piśmie wskazano, że R.M. posiada wykształcenie teoretyczne w zakresie leśnictwa oraz ochrony przyrody, a także, że prowadził prace konserwatorskie przy zabytkach będących parkami wpisanymi do rejestru.

R.M. zatrudniony jest w Pionie Zastępcy Nadleśniczego na stanowisku Starszego Specjalisty Służby Leśnej ds. stanu posiadania i łowiectwa. Ponadto prowadzi działalność gospodarczą SILVA-EXPERT R.M., a w jej ramach zajmuje się przygotowywaniem opracowań z zakresu ochrony przyrody, leśnictwa, drzew, w tym raportów środowiskowych.

R.M. jest cenionym leśnikiem, lecz nie spełnia on wymogów z pkt 11.2.2) SWZ, jak również nie jest to osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę zakres aktywności zawodowej nie sposób zakładać, że nawet w przypadku zawarcia umowy zostanie on zatrudniony przez Spółdzielnię.

Zamawiający rozróżnia wykształcenie z zakresu ogrodnictwa od wykształcenia z zakresu leśnictwa, na co jednoznacznie wskazuje pkt 11.2.4) SWZ.

Zamawiający w części opisowej w pkt 11.2.2) SWZ wskazał, że przez ,,prace polegające na utrzymaniu zieleni" należy rozumieć wykonanie prac obejmujących co najmniej: koszenie trawy oraz pielęgnacje roślin, a w szczególności: podlewanie, nawożenie, odchwaszczanie, cięcie, grabienie i okrywanie roślin na zimę. Z przedstawionych przez samą Spółdzielnię dokumentów dotyczących osoby skierowanej wynika, że ta nie zajmowała się czynnościami wymienionymi przez Zamawiającego, lecz ochroną zabytkowej zieleni oraz oceną dendrologiczną.

Zamawiający nie zdefiniował na czym ma polegać bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi.

Wydaje się, że bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi rozumieć należy jako kierownictwo nad pracownikami w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., a jednocześnie koordynację realizacji umowy w rozumieniu pkt 9.1. SWZ. Za

takim stanowiskiem przemawia też brak umieszczenia we Wzorze umowy jakichkolwiek postanowień dotyczących koordynacji realizacji umowy ze strony wykonawcy, przy jednoczesnym wskazaniu wprost w § 6 ust. 2 osoby, która ma sprawować nadzór nad realizacją umowy.

R.M. nie spełnia zatem wymogu z 11.2.2) SWZ, albowiem nie posiada on wykształcenia w zakresie ogrodnictwa, ani też doświadczenia w zakresie prac polegających na utrzymaniu zieleni, przy czym utrzymanie zieleni należy definiować w sposób wskazany w pkt 11.2.2.

Biorąc pod uwagę zakres prac części VII obejmującej zabytkowy Park Miejski nie sposób przyjąć, że osoba spełniająca się na tak licznych polach zawodowych może sprawować bezpośredni nadzór nad pracownikami oraz koordynować realizację umowy.

Spółdzielnia nie spełnia zatem warunku z pkt 11.2.2) SWZ.

R.M. w świetle pisma Konserwatora może posiadać uprawnienia do realizacji prac wymienionych w art. 37b ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, w myśl art. 37b ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2024 r. poz. 1292, dalej: u.o.z.).

Zgodnie z pkt 11.2.6) SWZ: za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy skierują do realizacji zamówienia osobę posiadającą uprawnienia wynikające z ustawy o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami art. 37b.

Art. 37b u.o.z. wyróżnia dwie sfery, dla których wymagane jest posiadanie szczególnych uprawnień. Jest to kierowanie pracami konserwatorskimi i pracami restauratorskimi (1 sfera) oraz wykonywanie prac o charakterze technicznym (2 sfera). Uznać należy, że osoba skierowana do realizacji zamówienia, o której mowa w art. 37b u.o.z., będzie wykonywać czynności wymienione w pkt 9.1.6) i 9.1.8) SWZ. Osoba ta musi być zatrudniona na podstawie umowy o pracę do realizacji zamówienia, o którym mowa w pkt 11.2.6) SWZ.

Zatem stwierdzić należy, że Spółdzielnia nie spełnia warunku z pkt 11.2.6) SWZ.

W formularzu cenowym umieszczono szereg różnego rodzaju usług, które opierają się przede wszystkim na pracy ręcznej i świadczeniu usług przez pracowników. W formularzu umieszczono jednocześnie pozycję dotyczącą kosztu jednej roboczogodziny.

Z formularza cenowego Spółdzielni wynika, że stawka roboczogodziny pracownika przyjęta do skalkulowania oferty wynosi:

1)32,00 zł (poz. 35.1. roboczogodzina pracownika);

2)25,00 zł (poz. 35.2.1. roboczogodzina maszyn wraz z obsługą – samochód do 3,5 t),

3)25,00 zł (poz. 35.2.2. roboczogodzina maszyn wraz z obsługą – rębak).

Stawkę tę ujęto w grupie 35 Prace dodatkowe w rejonie VII, można założyć, że koszt rbg przyjęty dla innych prac w formularzu odpowiada kosztowi z pozycji 35, tj. od 25 zł do 32 zł.

Racjonalny wykonawca w podobny sposób wycenia prace dodatkowe do prac podstawowych, jeśli już to prace dodatkowe są droższe od pracy podstawowych, które można zaplanować i dzięki temu mogą one zostać zoptymalizowane kosztowo. Można przyjąć założenie, że koszt rbg odpowiada kosztowi z pozycji 35.1. i 35.2.

Głównym kosztem realizacji usług jest koszt pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, co wynika z pkt 9.1. SWZ. Tym samym roboczogodzina i jej koszt stanowi istotną część składową ceny lub kosztu w rozumieniu art. 224 ust. 1 p.z.p.

Ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu zmieniła brzmienie art. 90 ust. pkt 1 ustawy Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej.

Spółdzielnia zaoferowała koszt rbg pracownika poniżej min. stawki godzinowej właściwej dla umowy o świadczenie usług (tzw. umowy zlecenia) – tj. poniżej stawki 30,50 zł. Spółdzielnia wskazała stawkę 25 zł za rbg pracy maszyn wraz z obsługą – pojazdów samochodowych i rębaka. Stawka jest niezgodna z przepisami i nierealistyczna.Również stawka rbg z pkt 35.1. w wysokości 32 zł rażąco odbiega od stawki godzinowej wynikającej z całkowitego obciążenia pracodawcy, tak daninami publicznoprawnymi, jak i innymi kosztami pracodawcy.

Tabela zawiera obliczenie kosztu pracodawcy dla umowy o pracę:

Opis	jednostka	
Całkowita ilość dni w roku	dzień	365
Ilość sobót i niedziel	dzień	104
Ilość dni wolnych od pracy 2025 (ustawowo wolne święta)	dzień	10
Ilość dni urlopu 20-26 (przyjęto do obliczeń średnio 23 dni)	dzień	23
Ilość dni chorobowego z wykluczeniem niedziel (średnio wg ZUS 33 dni) (przyjęto do obliczeń 10 dni)	dzień	10
Ilość możliwych dni wolnych, za które musi wypłacić pracodawca	dzień	147
Ilość dni pracujących w roku	dzień	218
Ilość godzin pracy dziennie po odliczeniu przerw	godzina	7,75
Ilość roboczogodzin pracy w roku	rg	1689,5
Ilość roboczogodzin w miesiącu	rg	140,79
Całkowity koszt ponoszony przez pracodawcę	PLN	5 621,00 zł
Całkowity koszt 1 roboczogodziny pracownika		**39,92 zł**

Oferta Spółdzielni zawiera rażąco niską cenę i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 p.z.p. Całkowita cena jest niższa od faktycznego kosztu świadczenia usługi i tym samym jest to cena dumpingowa w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Tym samym Zamawiający dopuścił się zaniechania, które skutkowało wadliwym wyborem oferty Spółdzielni Socjalnej „Zielony Kalisz" złożonej w Postępowaniu.

Załączono dokumenty wskazane w uzasadnieniu

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i odrzucenie wniosku o przeprowadzenie dowodów z przedstawionych dokumentów Nadleśnictwa Kalisz, wydruku z CEIDG dot. R.M., wydruku ze strony http://silva-expert.pl/omnie.html) jako niemających zastosowania w postępowaniu, niemających waloru dowodu,

Zarzut 1:

W celu potwierdzania spełniania warunków udziału zamawiający może żądać „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami". Zamawiający kierując się ww. przepisami prawa żądał (w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu), w zakresie części VII zamówienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (pkt 12.8.3 SWZ) spełniających warunki:

1) osoba posiadająca co najmniej wykształcenie średnie z zakresu ogrodnictwa (np. osoba z tytułem technika ogrodnika, technika architektury krajobrazu) lub posiadająca co najmniej 6 miesięczne doświadczenie w zakresie prac polegających na utrzymaniu zieleni, która sprawować będzie bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi (pkt 11.2.2 SWZ);

oraz

2)osobę posiadającą uprawnienia wynikające z ustawy o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami art. 37b (pkt 11.2.6 SWZ);

- przy czym zamawiający zastrzegł, iż w wykazie, o którym mowa w pkt 12.8.3 SWZ może to być podana ta sama osoba.

Zamawiający nie ma podstaw do żądania innych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Żądał właściwego wykazu, który od wybranego wykonawcy otrzymał. Zamawiający nie ma uprawnień

śledczych ani nie może działać wbrew przyjętym przepisom prawa (oraz zapisom SWZ). Warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 11.2.2 SWZ oraz 11.2.6 SWZ został spełniony wobec przedstawienia przez wybranego wykonawcę prawidłowo podpisanego wykazu osób ze wskazaniem podstawy dysponowania daną osobą (zasób własny lub zasób innych podmiotów). Nie jest możliwe w obecnym stanie prawnym żądanie innych dokumentów. Nie jest możliwe żądanie wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów wobec faktu, iż dokument pn. „Potencjał osobowy" został poprawnie uzupełniony, poprawnie podpisany i poprawnie przesłany do zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem, które w znacznym stopniu opiera się na oświadczeniach stron postępowania (wykonawców). Wymagane przepisami prawa oświadczenie (wraz z klauzulą o treści: „Oświadczam, że wszystkie informacje podane powyżej są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu tych informacji".

Samo wskazanie, że Pan R.M. pracuje w jakimś miejscu czy prowadzi działalność gospodarczą w jakimś zakresie nie oznacza automatycznie, iż nie ma wymaganego doświadczenia, innych umiejętności lub nie może być pracownikiem u innego pracodawcy). To wybrany wykonawca dysponuje wiedzą: na jaką część etatu zastanie zatrudniony Pan Miklas (odwołujący nadinterpretuje zapisy SWZ w tym zakresie). Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wymagane jest w zakresie wskazanym w pkt 9.1.8 SWZ (koordynator realizacji umowy) w zw. z § 6 ust. 2 umowy (koordynator realizacji umowy), nie zaś w zakresie osoby wskazanej w pkt 11.2.2 SWZ (osoba sprawująca bezpośredni nadzór nad realizacją usługi). Nie można również wykluczyć, iż Pan R.M. zostanie zatrudniony na część etatu, jak również, iż Pan R.M. już jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę u wybranego wykonawcy – odwołujący nie przedstawił informacji, iż tak nie jest mimo, iż ma obowiązek przedstawić dowody na poparcie swoich tez. Nie można uznać, iż skoro Pan R.M. prowadzi działalność gospodarczą o nieznacznie innym profilu (leśnictwo) i pracuje w Nadleśnictwie Kalisz to nie ma wymaganego w pkt 11.2.2 SWZ oraz 11.2.6 SWZ doświadczenia. Jest to nadinterpretacja odwołującego. Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu jaki na nim spoczywał mając na uwadze art. 6 Kc.

Niepodparty żadnym dowodem jest wywód odwołującego dotyczący sposobu i formy zatrudnienia Pana R.M. oraz jego doświadczenia lub uprawnień.

Działając na podstawie przepisów prawa, zapisów SWZ oraz przedstawionych podmiotowych środków dowodowych nie można było (i nadal nie można) mieć wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, a cały wywód odwołującego dotyczący doświadczenia i uprawnień Pana R.M. (pkt 2.1-2.21 odwołania) należy uznać za błędny i niepodparty stosownymi dowodami.

Abstrahując od możliwości zatrudnienia Pana R.M. na podstawie umowy o pracę odwołujący błędnie przyjął (lub też celowo na potrzeby odwołania) próbuje powiązać zapis pkt 9.1.8 SWZ, z zapisem pkt 11.2.2 SWZ, który dotyczy doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia, która sprawować będzie nadzór nad prawidłową realizacją usługi.

Zamawiający zwraca uwagę, iż czym innym jest koordynacja realizacji umowy (wskazany w § 6 ust. 2 umowy nadzór i kontrola nad realizacją umowy) a czym innym bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi.

Bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi dotyczy tylko osoby posiadającej odpowiednie wykształcenie lub doświadczenie i dotyczy wyłącznie nadzoru nad prawidłowością realizacji usługi (zgodnie z zapisem pkt 11.2.2 SWZ oraz Rozporządzenia) a nie koordynacji umowy, która ze względu na ilość wymogów formalnych wymaga wpisania koordynatora, z którym będzie można ustalać szereg kwestii formalnych wskazanych w umowie. Zamawiający, kierując się wieloletnim doświadczeniem, celowo wprowadził w projekty umów osobę koordynatora umowy i celowo nie nazwał jej „osoba sprawująca bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi". Mając na uwadze, jednoznaczne zapisy SWZ w tym zakresie, Pan R.M. nie musi być zatrudniony w sposób wskazany w pkt 9.1.8 SWZ bowiem nie jest koordynatorem realizacji umowy, a osobą skierowaną przez wybranego wykonawcę która sprawować będzie bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi. Sprzeczne z zasadami logiki jest przyjęcie, iż osoba wykształcona, doświadczona, która została wskazana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu ma być wpisana jako koordynator realizacji umowy tj. osoba sprawująca nadzór i kontrolę nad realizacją umowy (§ 6 ust. 2 umowy)- osoba o takim doświadczeniu lub uprawnieniach musi być (siłą rzeczy) osobą, która sprawować ma bezpośrednia nadzór nad realizacją usługi – aby Zamawiający miał pewność, że usługa będzie należycie realizowana. Wywód odwołującego dotyczący sposobu zatrudnienia (mimo, iż ma to znaczenie dopiero przy realizacji umowy a nie na etapie badania i oceny ofert) oraz wykształcenia Pana R.M. jest oparty na domysłach– zamawiający wcześniej wyjaśnił, iż błędne jest założenie w zakresie tożsamości osoby z pkt 9.1.8 SWZ z osobą wskazaną w pkt 11.2.2 SWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku spełniania warunku pkt 11.2.6 SWZ przez wybranego wykonawcę (pkt 2.17- 2.21 odwołania) nie można (wobec braku dowodów przedstawionych w odwołaniu) uznać, iż Pan R.M. nie posiada

wymaganego doświadczenia, zaś zgodnie z zapisami SWZ (pkt 11.2.6) Pan R.M. został wskazany jako osoba skierowana do realizacji zamówienia, a sam przepis art. 95 ustawy dotyczy wymagań związanych z realizacją zamówienia. Jeżeli chodzi o fakt zatrudnienia osoby, o której mowa w pkt 11.2.6 SWZ (osoba posiadającą uprawnienia wynikające z ustawy o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami art. 37b) to jak sam odwołujący słusznie zauważył w odwołaniu przepis wymaga, aby osoba ta została skierowana do realizacji zamówienia (nie może zostać skierowana póki nie ma zawartej umowy w sprawie zamówienia). Wobec określenia czasu przyszłego tego zdarzenia musimy wszyscy (zamawiający i odwołujący) poczekać na zawarcie umowy i skierowanie tej osoby do realizacji zamówienia (nie można realizować umowy przed jej podpisaniem).

Zarzut 2 i 3: zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto cena ma charakter ceny dumpingowej oraz zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zamawiający zwraca uwagę, iż przepis art. 224 ust. 2 ustawy dotyczący obowiązkowego wezwania do złożenia wyjaśnień nie miał zastosowania w przypadku oferty złożonej przez wybranego wykonawcę.

Cena złożonej oferty jak również wszystkie składowe tej ceny nie wydawały się zamawiającemu rażąco niskie jak również nie budziły wątpliwości zamawiającego. Wobec braku wątpliwości zamawiającego (ponieważ cena ani istotne jej elementy nie wydają się rażąco niskie), zamawiający nie mógł wystosować takiego wezwania. Oferta wybranego wykonawcy w zakresie pozycji:

1)35.1. rbg – w wysokości 32 zł netto, nie jest istotną częścią składową ceny bowiem jest to ilość prac pomijalna (350 godzin) względem całości prac w ramach przedmiotu zamówienia jak również nie można z niej wywodzić kosztów prac względem innych pozycji (wyceniono w tej pozycji jedynie prace dodatkowe, a założenia pkt 3.3.2-4 odwołania są bezpodstawne i niepodparte żadnymi dowodami);

2)35.2.1 roboczogodzina maszyn wraz z obsługą samochód do 3,5t – wysokości 25 zł netto, nie jest istotną częścią składową ceny bowiem jest to ilość prac pomijalna (100 godzin) względem całości prac w ramach przedmiotu zamówienia jak również nie można z niej wywodzić kosztów prac względem innych pozycji (wyceniono w tej pozycji jedynie wskazane w tej pozycji, a założenia pkt 3.3.2-4 odwołania są bezpodstawne i niepodparte żadnymi dowodami);

3)35.2.2 rbg maszyn wraz z obsługą rębak – wysokości 25 zł netto, nie jest istotną częścią składową ceny bowiem jest to ilość prac pomijalna (80 godzin) względem całości prac w ramach przedmiotu zamówienia jak również nie można z niej wywodzić kosztów prac względem innych pozycji (wyceniono w tej pozycji jedynie wskazane w tej pozycji, a założenia pkt 3.3.2-4 odwołania są bezpodstawne i niepodparte żadnymi dowodami).

Różnice odwołującym a wybranym wykonawcą wynoszą jedynie 7.300 zł netto przy cenie oferty odwołującego 709.406,55 zł brutto (około 1%). Dodatkowo dział, w którym ww. pozycje (35.1, 35.2.1, 35.2.2) zostały umieszczone nosi nazwę „Prace dodatkowe w rejonie VII”- Przyjęcie, iż w całej ofercie wybrany wykonawca zastosował stawki cen wynikające z 3 pozycji formularza cenowego (35.1, 35.2.1 i 35.2.2 formularza cenowego) jest nadinterpretacją i nie ma żadnych podstaw. Zamawiający zauważa, że różnorodna metodologia ustalania cen jednostkowych, a w efekcie całkowitej ceny oferty, nie jest nietypową sytuacją rynkową, również w obszarze zamówień publicznych. Nie można wykluczyć, że wykonawca inaczej kalkulował cenę niż odwołujący- nie jest to istotne bowiem mała ilości wskazanych godzin, zapisy SWZ (są to jedynie prace dodatkowe), wyliczone wartości pozycji (pomijalne względem ceny oferty) stanowią jednoznacznie, iż wskazane części składowe ceny nie są istotne i zamawiający nie miał podstaw prawnych do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Nie ma wątpliwości, że cena i jej istotne części składowe, które jednak nie zostały przytoczone w odwołaniu jest realna.

Należy uwzględnić, iż wskazane w formularzu cenowym kwoty są kwotami netto, a także to, że wybrany wykonawca z racji swojej struktury i prospołecznej funkcji otrzymuje różnego rodzaju dofinansowania do zatrudnienia (o czym zamawiający wie z doświadczenia jak również złożonych dokumentów w innym postępowaniu), jest to również fakt powszechnie znany (art. 532 ust. 1 ustawy). Nawet jeśli pomimo dosyć niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Niezrozumiałe jest powoływanie się na źle złożone przez wybranego wykonawcę wyjaśnienia w ramach innego postępowania (o oznaczeniu sprawy: WGOŚ.2711.0008.2024).

Jeżeli zamawiający nie miał obowiązku badania wystąpienia rażąco niskiej ceny w związku z faktem, że cena oferty wybranego wykonawcy nie może zostać uznana za rażąco niską (ani w zakresie ogólnym ani w zakresie jej istotnych części składowych) to nie można ceny oferty wybranego wykonawcy uznać za cenę dumpingową na podstawie przepisów odrębnych. Bezpodstawne wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy byłoby naruszeniem art. 224 ust. 1

ustawy w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy oraz stanowiłoby nadmierny formalizm i byłoby nieuzasadnione z punktu widzenia ekonomiki prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławczapo rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożoną przez zamawiającego, a także biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie do Zarzutu 1.

Zamawiający poprawnie przedstawił w swoim stanowisku, iż działając na podstawie i w granicach prawa, badając, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na przepisach ustawy pzp i rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Zgodnie z treścią § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, w celu potwierdzania spełniania warunków udziału zamawiający może żądać „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami". Zamawiający żądał w zakresie części VII zamówienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (pkt 12.8.3 SWZ) spełniających warunki:

1)osoba posiadająca co najmniej wykształcenie średnie z zakresu ogrodnictwa (np. osoba z tytułem technika ogrodnika, technika architektury krajobrazu) lub posiadająca co najmniej 6 miesięczne doświadczenie w zakresie prac polegających na utrzymaniu zieleni, która sprawować będzie bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi (pkt 11.2.2 SWZ); oraz

2)osobę posiadającą uprawnienia wynikające z ustawy o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami art. 37b (pkt 11.2.6 SWZ);- przy czym zamawiający zastrzegł, iż w wykazie, o którym mowa w pkt 12.8.3 SWZ może to być podana ta sama osoba.

Zamawiający żądał właściwego wykazu, a od wykonawcy-przystępującego wykaz otrzymał. W tym miejscu skład orzekający zauważa, że wbrew rygorystycznego stwierdzenia zamawiającego, powinien on oceniać otrzymane informacje zawarte w przedstawianych przez wykonawców dokumentach w sposób racjonalny, oparty na wiedzy własnej i ewentualnie pochodzących z różnych źródeł. Nie oznacza to oczywiście wymogu prowadzenia nadzwyczajnych czynności śledczych, jak to określił zamawiający, czy żądanie dodatkowych dokumentów, lecz postępowanie roztropne.

W świetle jednak przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, zasadne było uznanie, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 11.2.2 SWZ oraz 11.2.6 SWZ został spełniony, która to ocena została dokonana na podstawie złożonego wykazu osób ze wskazaniem podstawy dysponowania daną osobą (zasób własny lub zasób innych podmiotów). W analizowanym zakresie zamawiający wniósł o o odrzucenie dowodu z wydruku ze strony Nadleśnictwa Kalisz https://kalisz.poznan.lasy.gov.pl/nadlesnictwo, wydruku z CEIDG dot. R.M., wydruku ze strony , który ma wskazywać na niemożność wykonywania czynności przez Ww Pana. W ocenie Izby dokument ten nie ma waloru dowodu przesądzającego, lecz jest źródłem domniemania odwołującego, nie zaś dowodem co do wady w opisie potencjału osobowego przystępującego.

Zgodnie z (pkt 12.8.3 SWZ) należało przedstawić osobę posiadającą co najmniej wykształcenie średnie z zakresu ogrodnictwa (np. osoba z tytułem technika ogrodnika, technika architektury krajobrazu) lub posiadająca co najmniej 6 miesięczne doświadczenie w zakresie prac polegających na utrzymaniu zieleni, która sprawować będzie bezpośredni nadzór nad prawidłową realizacją usługi (pkt 11.2.2 SWZ). Wyjściowo wskazano zatem na wykształcenie z zakresu ogrodnictwa, natomiast dalej użyto przykładu technika ogrodnika lub technika architektury krajobrazu. Warto zauważyć, że te ostatnie zawody są odmiennej natury. O ile bowiem ogrodnictwo jest zasadniczo zaliczane do grupy nauk rolniczych, w tym np. sadownictwa, warzywnictwa, uprawy roślin ozdobnych, a także leśnictwa rozumianych jako planowana gospodarka rolna, w której podstawowym środkiem produkcji jest ziemia uprawiana przez człowieka, to architektura krajobrazu jest usytuowana bliżej pojęcia gospodarki przestrzenne, planowaniu i zagospodarowaniu terenu. W konsekwencji można zauważyć, że wymogi zamawiającego zostały de facto racjonalnie sformułowane przez pryzmat przedmiotu zamówienia, jakim prowadzenie i utrzymanie zabytkowego parku.

Zatem prawidłowo uznał on, że przedstawiona osoba spełnia postawiony wymóg wykształcenia i doświadczenia.

Jednocześnie za niesporne uznać należy poprawne przedstawienie osoby posiadającej uprawnienia wynikające z ustawy o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami art. 37b (pkt 11.2.6 SWZ).

Odnośnie do zarzutu wskazującego na rażąco niską cenę oferty wybranej w części VII należy stwierdzić, że nie zaistniały ustawowe przesłanki do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w wyniku porównania do oszacowania zamawiającego, jak i do średniej ceny złożonych ofert. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy: „Jeżeli zaoferowana 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, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych".

W postępowaniu cena złożonej oferty jak składowe tej ceny nie wydały się zamawiającemu rażąco niskie i nie budziły wątpliwości.

Wskazane przez odwołującego składniki w postaci kosztu jednej roboczogodziny w części wyspecyfikowanej i poddanej analizie w odwołaniu istotnie nie mogą być uznane za istotne części składowe wobec ich marginalnej relacji w stosunku do ceny oferty. Nie ulega jednak wątpliwości, że koszty pracownicze, zatem w znaczącej części zawarte w stawce roboczogodziny i z niej wynikające, stanowią istotne części składowe wpływające na cenę oferty brutto.

Jednakże jedynie za domniemanie, które nie zostało dowiedzione, należy uznać, że w całej ofercie wybrany wykonawca zastosował stawki cen wynikające z trzech pozycji formularza cenowego (35.1, 35.2.1 i 35.2.2 formularza) liczącego łącznie ok. 200 pozycji.

Nie można wykluczyć, a jest raczej zrozumiałe, że wybrany wykonawca inaczej kalkulował cenę niż odwołujący. Jednocześnie mała liczba godzin w przedstawionych pozycjach nie przesądza o cenie oferty. Jeżeli jednak miałoby być przyjęte hipotetyczne założenie o porównywalnych stawkach roboczogodziny w pozostałych poza wskazanymi rodzajach usług, to w tym zakresie brak jest przekonującego dowodu ze strony odwołującego.

Zważywszy na zapisy SWZ wskazujące, że zarzuty podniesiono jedynie do prac dodatkowych, wyliczone wartości pozycji (pomijalne względem ceny oferty) stanowią, iż wskazane części składowe ceny nie są istotne i zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W tym świetle zasadne jest uznanie, że cena, jak i jej istotne części składowe, które jednak nie zostały przytoczone w treści odwołania, jest realna i nie nosi znamion rażąco niskiej.

W tak ustalonym stanie rzeczy, wobec stwierdzenia, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego orzeczono, jak w sentencji, odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..