

Chyliczki, dnia 17.05.2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Odwołujący: Sorted Sp. z o.o.
Chyliczki, ul. Wschodnia 27B
05-500 Piaseczno
Tel. 728 924 274
E-mail: przetargi@sorted.pl
Przedstawiciel Odwołującego: Paweł Kozłowski – Prezes Zarządu
Numer KRS: 0000593130

Zamawiający: Gmina Miasto Złotów
Al. Piasta 1
77-400 Złotów
<https://platformazakupowa.pl/pn/zlotow>
e-mail: urzad@zlotow.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Podniesienie jakości zagospodarowania terenów zieleni miejskiej na obszarze Gminy Miasta Złotów: Góra Żydowska – Park Nastrojów”

Znak sprawy: ZP.271.16.2021

Ogłoszenie o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 kwietnia 2021 r.; nr ogłoszenia: 00036064/01

Strona internetowa, na której Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/448041>

Na podstawie art. 513 pkt. 1 w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.; dalej „Pzp” lub „ustawą”), wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na

przedmiotem jest „Podniesienie jakości zagospodarowania terenów zieleni miejskiej na obszarze Gminy Miasta Złotów: Góra Żydowska – Park Nastrojów”; Numer sprawy: ZP.271.16.2021, prowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Miasto Złotów.

Odwołanie dotyczy czynności wyboru Wykonawcy – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak, ul. Rzemieślnicza 5, 77-400 Złotów w przedmiotowym postępowaniu pomimo, iż oferta ww. Wykonawcy podlegała odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną.

Zamawiającemu zarzucam:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 224 ust. 6 w związku z ust. 1, ust. 2 pkt 1 i ust. 5 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak z postępowania pomimo, że zaoferowana cena lub koszt są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone przez ww. Wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Poprzez powyższe został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ wskutek dokonanej przez Zamawiającego czynności naruszającej przepisy ustawy, oferta Odwołującego nie została uznana jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów opisanych w SWZ.

W konsekwencji, naruszony został interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia przez co Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku wyżej opisanego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy a co za tym idzie ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 nowego Pzp.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej trakcie odrzucenie oferty Wykonawcy – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem;
- 3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto wnoszę o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Informacja o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania została przesłana do Odwołującego drogą elektroniczną w dniu 12.05.2021 r.. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 515 ust 1 pkt 2 lit. b) Pzp, został dochowany.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miasto Złotów prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego nr ZP.271.16.2021 pn. „Podniesienie jakości zagospodarowania terenów zieleni miejskiej na obszarze Gminy Miasta Złotów: Góra Żydowska – Park Nastrojów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20.04.2021 r. pod nr ogłoszenia 00036064/01. Tego samego dnia specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie nie przekracza progów unijnych określonych na podstawie art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.; dalej „Pzp” lub „ustawą” (dalej „ustawa” lub „ustawa Pzp”). Zamawiający dnia 29.04.2021 na podstawie art. 222 ust. 4 Pzp poinformował, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 490 000 zł brutto.

W odpowiedzi na ww. ogłoszenie do terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty – oferta Odwołującego oraz Wykonawcy – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak, ul. Rzemieśnicza 5, 77-400 Złotów. Odwołujący zaoferował wykonanie umowy za kwotę 477 370,38 zł, zaś drugi Wykonawca za kwotę 105 609,53 zł.

Z uwagi na fakt, że oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak była niższa o ok. 63 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, Zamawiający pismem z dnia 05.05.2021 r. wezwał ww. Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dot. Zaoferowanej ceny. W treści wezwania ww. Wykonawca został zobowiązany do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska i została oparta na rzetelnych kalkulacjach. Zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie mogła być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak w dniu 06.05.2021 r. złożył pismo, w którym oświadczył, że cena zawarta w jego ofercie została obliczona na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji warunków zamówienia i w oparciu o rzeczywiste ceny materiałów, robocizny i sprzętu, co miał przedstawiać załączony uprzednio do oferty kosztorys. Na tej podstawie ww. Wykonawca zadeklarował że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu. Ponadto ww. Wykonawca przytoczył opis przedmiotu zamówienia wskazany w Rozdziale II pkt 1.5 SWZ oraz zaznaczył, że jest firmą miejscową posiadającą w pobliżu bazę, co miało mieć wpływ na koszty transportu osób, sprzętu i materiału. Do wyjaśnień ww. Wykonawca nie dołączył jakichkolwiek dowodów, obliczeń czy kalkulacji potwierdzających zawarte w piśmie twierdzenia.

Pomimo otrzymania wysoce lakonicznych i ogólnikowych w swojej treści wyjaśnień Zamawiający uznał, że wyjaśnienia usunęły istniejące wątpliwości odnośnie tego czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i dokonał w dniu 12.05.2021 r. czynności wyboru oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty, które zostało tego samego dnia przekazane Wykonawcom.

Odwołujący z taką oceną Zamawiającego się nie zgadza i w jego ocenie zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak z postępowania pomimo, że zaoferowana cena są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym oraz Krajowej Izby Odwoławczej o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez danego wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (tak wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem wezwania to na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację zaoferowanej ceny. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki w art. 224 ust. 3 Pzp. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się

zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być bowiem poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień istnieje jednoznaczne stanowisko wyrażone w orzecznictwie. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone. Nieudzieleniem wyjaśnień jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie zamawiającego, ale też przedstawienie pisma zatytułowanego „wyjaśnienia” niezawierającego żadnych szczególnych, merytorycznych, informacji i danych, przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego czyli niedopełnienie obowiązku o którym mowa w art. 90 ust. 2 [obecnie art. 224 ust. 5 Pzp] (tak: wyrok KIO z dnia 12.02.2020 r. sygn. KIO/198/20, wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, należy bezspornie stwierdzić, że opisanych wyżej wymogów dot. konkretności, szczegółowości, umotywowania i precyzji nie spełniły wyjaśnienia, które Wykonawca – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak złożył Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu. Wyjaśnienia złożone przez ww. Wykonawcę należy uznać za skrajnie ogólne, lakoniczne, niezawierające jakichkolwiek nowych informacji w stosunku do już posiadanych przez Zamawiającego, a tym samym uniemożliwiające

dokonanie oceny, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

Wykonawca – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak w swoich wyjaśnieniach ograniczył się do ogólnych zapewnień, że cena zawarta w jego ofercie została obliczona na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji warunków zamówienia i w oparciu o rzeczywiste ceny materiałów, robocizny i sprzętu. Na poparcie tych twierdzeń nie przedstawił żadnych kalkulacji, wyliczeń czy jakichkolwiek danych umożliwiających ich weryfikację odwołując się do znanego już Zamawiającemu, gdyż złożonego wraz z ofertą kosztorysu. Analogicznie należy potraktować odwołanie się do zapisów OPZ, której treść była jednoznaczna i nie zawierała treści które mogłyby uzasadniać tak znaczną różnicę w cenie ofertowej. Fakt wyłączenia części zakresu przebudowy drogi dojazdowej była bowiem wprost zakomunikowana i niezrozumiałe jest przywoływanie tej okoliczności jako uzasadniającej obniżenie ceny ofertowej. Również w odniesieniu do podniesionej okoliczności posiadania siedziby w pobliżu planowanej inwestycji Wykonawca nie przedstawił żadnych wyliczeń, które wskazywałyby na oszczędności uzyskane wskutek ww. okoliczności.

Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do zawartych w wezwaniu pytań o oszczędność metody wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie mogła być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W świetle powyższego należy bezspornie uznać, że Wykonawca – Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego, gdyż poza ogólnymi i lakonicznymi zapewnieniami w najmniejszym stopniu nie wyjaśnił kwestii kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, nie przedstawił również żadnych kalkulacji i dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Tym samym nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Również Zamawiający wbrew przepisom art. 224 ust. 1 i ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie dokonał w ramach postępowania wyjaśniającego wszechstronnej analizy oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Kamil Plak i pomimo braku odpowiedzi na treść skierowanego przez siebie wezwania, nieprzedstawienie dowodów i wyliczeń na podstawie ogólnikowo złożonych wyjaśnień, które nie zawierały żadnych nowych okoliczności w stosunku do

znanych w chwili kierowania wezwania przyjął że ww. Wykonawca zaproponował cenę bez cech ceny rażąco niskiej.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie zasługuje na uwzględnienie i wnoszę jak we wstępie.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu;
2. Odpis z właściwego rejestru Odwołującego;
3. Dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.