Sygn. akt: KIO 1476/17

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez Wykonawcę **M.P. O. sp. z o.o. (…)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J. (…)**

przy udziale Wykonawcy **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Z. U. K. T. Z. J. W., (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
   a) unieważnienie czynności unieważnienia postepowania,
   b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
   c) odrzucenie oferty Wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. U. K. T. Z. J. W.
   2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **M. Z. D. i M. w Jaworznie (…)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **M. P. O. sp. z o.o. (…)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J. (…)** na rzecz Odwołującego **M. P.O. sp. z o.o. (…)** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

---

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowice.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1476/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zimowe oczyszczanie i utrzymanie czystości na terenie miasta J. z podziałem na rejony. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w

---

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2017 r. pod numerem 22017/S 086-167845.
Odwołujący M. P. O. sp. z o.o. wniósł odwołanie w części dotyczącej Rejonu nr 1, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez unieważnienie Postępowania pomimo tego, że cena oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższa ceną nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację Zamówienia (odnośnie działania wskazanego w pkt 1 odwołania); art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Z. W. pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisanej w rozdziale V pkt 3) a) SIWZ (odnośnie

zaniechania opisanego w pkt 2 odwołania), art. 24 ust. 1 pkt 16 {ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzji podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu (odnośnie zaniechania opisanego w pkt 3 odwołania); art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. pomimo tego, że oferta wykonawcy, który podlega wykluczeniu, powinna zostać odrzucona (odnośnie zaniechania opisanego w pkt 2 i 3 odwołania); art, 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. pomimo tego, że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w powiązaniu z niezgodnością z SIWZ oraz z rażąco niską ceną (odnośnie zaniechania opisanego w pkt 4 odwołania); art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. jako oferty najkorzystniejszej (a przynajmniej uznanie, że jest to oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu) i poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego pomimo tego, że w Postępowaniu jedynie Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest zgodna z SIWZ i nie przekracza budżetu Zamawiającego przeznaczonego na realizację Zamówienia dla rejonu 1 (odnośnie działań i zaniechań opisanych w pkt 5 i 6 odwołania).
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia dotychczasowej czynności badania i oceny ofert; dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert; wykluczenia wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. z postępowania oraz odrzucenie oferty Z. U. K. T. Z. W. i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2017 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania uznając, że cena najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. przewyższa kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację Zamówienia.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania. Wykonawca Z. U. K. T. Z. W. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Nadto jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w powiązaniu z niezgodnością z SIWZ oraz rażąco niską ceną.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, ze spełniają warunek udziału w postepowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisanej w rozdziale V pkt 3) a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Odwołujący podniósł, że Wykonawca Z. U. K. T. Z. W. w wykazie usług dla Rejonu 1 wskazał dwie usługi, z których żadna samodzielnie nie potwierdza spełnienia warunku, polegającego na: „należytym wykonaniu w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia polegającej na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej *oraz* oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego o wartości nie mniejszej niż 1 400 000 zł brutto. Zamawiający wymagał, aby wykonawca doręczył dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi przy czym usługi te nie muszą wynikać z jednej umowy, lecz z większej liczby umów wykonywanych równolegle, a zakres przedmiotowy każdej zsumowanych umów musi odpowiadać zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego”.
Odwołujący wskazał, że to oznacza to, że obie pozycje wykazu powinny w pełni potwierdzać zakres przedmiotowy warunku. Z treści wykazu usług dla Rejonu nr 1, pozycji 2 przedłożonego przez Z. U. K. T. Z. W. wynika, że usługa tam wskazana i wykonywana na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w G. (Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta G. w ramach zadania nr 1 i nr 10 wykonywana w okresie od 13.10.2015 r. do 05.02.2016) nie obejmuje niektórych elementów warunku udziału, tj. nie obejmuje zimowego oczyszczania parkingów,

ciągów pieszych oraz oczyszczania koszy ulicznych. Ww. elementów warunku udziału w postępowaniu nie potwierdza również kopia referencji wystawionej przez Zarząd Dróg Miejskich w G., co więcej nie potwierdza ona świadczenia usług oczyszczania, a wyłącznie usługi utrzymania. W ramach zadania nr 1 wykonano jedynie zimowe utrzymanie dróg, a w ramach zadania 10 wyłącznie zimowe utrzymanie przystanków.

4

Odwołujący zwrócił się do Gminy G. - Zarządu Dróg Miejskich w G. w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej w celu ustalenia zakresu przedmiotowego usług realizowanych w ramach umowy nr (…). Z treści tej umowy wynika, że zakres prac nią objętych nie obejmował oczyszczania zakresu wskazanego w rozdziale V punkt pkt 3) a) SIWZ, w tym nie obejmował zimowego oczyszczania parkingów (wyłącznie ich odśnieżanie), ciągów pieszych (wyłącznie ich odśnieżanie) oraz oczyszczania koszy ulicznych.
Ponadto Odwołujący wskazał, że z uwagi na podniesiony zarzut - wprowadzenie w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunku udziału przez wykonawcę Z. U. K. T. Z. W. oraz mając na uwadze wyrok Trybunatu Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. (C-387/14), uzupełnienie wykazu usług oraz referencji przez Z. U. K. T. Z. W. nie jest dopuszczalne.
W przypadku ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 15 i/lub 17 ustawy Pzp wykonawca podlega wykluczeniu bez wzywania do uzupełnienia dokumentów.
Odwołujący wskazał, że powyższe orzeczenie skłania do konkluzji, że niedopuszczalne jest także na gruncie obecnie obowiązującej dyrektywy zamówieniowej (dyrektywa 2014/24/UE) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - z uwagi na zasadę równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości - wezwanie wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. do uzupełnienia wykazu i referencji poprzez ich „wymianę” na nowe lub poprzez przedłożenie zasobu użyczonego przez inny podmiot (także z uwagi na okoliczność, że Z. U. K. T. Z. W. oświadczył w ofercie, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom do realizacji żadnych części Zamówienia, a w przypadku użyczenia zdolności zawodowej ustawa Pzp ustanawia obowiązek podwykonawstwa; por. art.22 a ust. 4 ustawy Pzp).

Nadto Odwołujący podniósł zarzut w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. z postępowania pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie rozdziału V pkt 3 a) SIWZ, ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzji podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca Z. U. K. T. Z. W. wskazał w wykazie usług dla Rejonu nr 1, pozycji 2, że usługa tam wskazana i wykonywana na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w G. (Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta G. w ramach zadania nr 1 i nr 10 wykonywana w okresie od 13.10.2015 r. do 05.02.2016) obejmuje zimowe oczyszczanie dróg, ulic i przystanków komunikacji miejskiej, podczas gdy obejmowała ona wyłącznie zimowe utrzymanie ww. miejsc.

5

Zgodnie z rozdziałem XVII punktem 2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby w cenach jednostkowych i całkowitej cenie ofertowej były zawarte wszelkie podatki, opłaty i inne należności płatne przez wykonawcę, jak również wszelkie elementy ryzyka związanego z wykonaniem całości zadania. Zgodnie z rozdziałem XIX SIWZ Zamawiający ustalił jako kryterium oceny ofert: cenę brutto za wykonanie całości zadania, na którą składały się dwa podkryteria: (I) wartość łączna brutto pozycji 2 i 3 kosztorysu ofertowego, przy czym znaczenie tego kryterium przy wyborze oferty wynosi 60% oraz (II) wartość łączna brutto pozycji 4,5,6,7,8,9,10,11 kosztorysu ofertowego, przy czym znaczenie tego pod kryterium wynosi 40%.
Wykonawca Z. U. K. T. Z. W. w pozycjach kosztorysu nr 2 i 3 w obu ofertach wpisał wartość 0,01 zł (1 grosz). Pozycje nr 2 i 3 kosztorysu ofertowego dotyczą mechanicznego urządzenia do utrzymania dróg i ulic (pługopiaskarka) oraz mechanicznego urządzenia do utrzymywania chodników. Obie pozycje dotyczą gotowości do podjęcia działań (w danej dobie rozliczeniowej). Zdaniem odwołującego, stanowi to o wskazaniu przez Z. U. K. T. Z. W

rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych ceny, tj. w zakresie pozycji nr 2 i 3, które stanowiły aż 60% w kryterium oceny ofert.
Według wiedzy Odwołującego w celu wyceny pozycji nr 2 i nr 3 z kosztorysu ofertowego należy wziąć pod uwagę, między innymi, takie elementy, jak:
- amortyzacja niedrogiego samochodu w okresie realizacji Zamówienia;
- przygotowanie samochodu przed akcją zima;
- ryzyko konieczności dokonania napraw pojazdów w okresie realizacji Zamówienia;
- koszty pracownika, przy świadczeniu przez niego pracy w zakresie pkt 2 i 3 kosztorysu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawcy nie byli uprawnieni do przenoszenia kosztów/ceny za usługę pomiędzy pozycjami kosztorysu, a w szczególności pomiędzy pozycjami, które podlegały innej punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Inaczej ustalenie odrębnego i najwyżej punktowanego podkryterium dla pozycji nr 2 i 3 kosztorysu zostałaby pozbawione jakiegokolwiek sensu. Oznacza to, że nieodpuszczalne było „finansowanie" zakresu Zamówienia wskazanego w pozycji nr 2 i nr 3 z pozostałych pozycji kosztorysu. Inaczej uczynił jednak Z. U. K. T. Z. W., co doprowadziło do tego, że jego oferta uzyskała w ocenie Zamawiającego najwyższą liczbę punktów w kryterium oceny ofert, pomimo tego, że zawiera ona najwyższa cenę w Postępowaniu i przewyższa budżet Zamawiającego. Oferta tego wykonawcy jest znacząco wyższa od oferty Odwołującego, tj. o ponad 711 000 zł dla rejonu 1.
Powyższe zdaniem Odwołującego wskazuje na manipulowanie przez Z. U. K. T. Z. W. podkryteriami oceny ofert. Tego rodzaju manipulacja cenowa wykonawcy stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji, który powinien skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy Pzp.
Powyższe oznacza, że ustalenie przez Z. U. K. T. Z. W. cen w zakresie pozycji nr 2 i 3 kosztorysu na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku.
W ocenie Odwołującego do sztucznego zawyżenia punktacji Z. U. K. T. Z. W. doszło jednocześnie poprzez zaoferowanie rażąco niskiej ceny w pozycjach nr 2 i 3 kosztorysu. Zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy Z. U. K. T. Z. W. powinna zostać odrzucona na postawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w powiązaniu z rażąco niskimi cenami jednostkowi w pozycjach nr 2 i 3 kosztorysu. Ponadto, w ocenie Odwołującego, jest ona niezgodna z treścią SIWZ, tj. rozdziałem XVII punkt 2 oraz rozdziałem XIX SIWZ. Nie wolno bowiem było w ramach kosztorysu dokonywać żadnych przesunięć cenowych między jego pozycjami.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie V ust. 1 pkt 3 lit. a) postawił wymaganie w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, aby Wykonawcy wykazali się należytym wykonaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia polegającej na zimowym *oczyszczaniu*

dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej *oraz* oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego o wartości nie mniejszej

7

---

niż 1 400 000 zł brutto. Zamawiający wymagał, aby wykonawca doręczył dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, przy czym usługi te nie musiały wynikać z jednej umowy, lecz z większej liczby umów wykonywanych równolegle, a zakres przedmiotowy każdej ze zsumowanych umów, musiał odpowiadać zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego.
Zamawiający dalej wskazał, że: „Wykonawca składający ofertę na obie części zamówienia powinien wykazać, iż spełnia warunek określony w cz. V ust. 1 pkt 2), 3) lit. a), b), c) SIWZ oddzielnie dla każdej części tj. wykazany odpowiedni potencjał techniczny (narzędzia i urządzenia), osoby zdolne do wykonania zamówienia, wykonana usługa o której mowa w cz. V ust 1pkt 3) lit. a) SIWZ oraz posiadana opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument, potwierdzający że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia dla Rejonu 1 nie mogą być te same jak dla Rejonu 2*
* wyjątek stanowi przypadek, gdy w celu potwierdzenia spełnienia warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykaże usługę o wartości przekraczającej co najmniej dwukrotnie wartość, o której mowa w cz. V ust. 1 pkt 3 lit. a) SIWZ oraz przypadek, gdy w celu potwierdzenia spełnienia warunku dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej przedłoży opłacona polisę a w przypadku jej braku inny dokument, potwierdzający że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę przekraczającą co najmniej dwukrotnie kwotę o której mowa w cz. V ust. 1 pkt 2) SIWZ."
Wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Z. U. K. T. Z. J.W., przedstawił wykaz usług dla Rejonu 1, w którym wymienił dwie usługi. Jedną z tych usług było Zimowe oczyszczanie i utrzymanie czystości na terenie miasta J. rejon nr 2. W ramach tej usługi, zakres prac obejmował (stosownie do opisu): zimowe oczyszczanie dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczanie koszy ulicznych. Usługa o wartości 1 338 587,60 zł była realizowana od 15.10.2015 r. do 15.04.2016 r. na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w J.. Ponadto w tym samym wykazie Przystępujący przedstawił usługę Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta G. w ramach zadania nr 1. W ramach tej usługi, zakres prac obejmował (stosownie do opisu): zimowe oczyszczanie dróg, ulic i przystanków komunikacji miejskiej. Usługa o wartości 180 093,42 zł realizowana była od 13.10.2015 r. do 05.02.2016 r. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w G..
Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego i Przystępującego, Przystępujący w ramach zadania dla Rejonu II wskazał w wykazie usługę realizowaną od 15 października 2016 do 15 kwietnia 2017 r., na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w J.. Kwota tej usługi wynosi ponad 1 mln 512 tys. zł. Przystępujący wyjaśnił, że zamówienie objęte było inną umową.

8

W trakcie rozprawy Przystępujący wyjaśnił, że w jego ocenie Zamawiający powinien wziąć pod uwagę w jego ofercie (dla rejonu 1 - zadanie numer 1 oraz zadanie wskazane w rejonie 2 - usługę realizowaną od 15 października 2016 do 15 kwietnia 2017 r., której wartość wynosi ponad 1 mln 512 tys. zł. Łącznie te dwie usługi wypełniają warunek Zamawiającego, mając na uwadze uwagę warunek zawarty na stronie 8 w SIWZ.
Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że „(…) uznał przedstawione przez Z. U. K. T. Z. W. referencje wystawione przez ZDM G. mimo braku 100% pokrycia ich zakresu z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego, ponieważ stanowią one swoiste uzupełnienie wykonanej usługi na rzecz Zamawiającego wskazanej w poz. 1 wykazu usług dla Rejonu 1, której wartość brutto wynosi ponad 90 % kwoty wymaganej przez Zamawiającego przy całkowitej zgodności ich zakresu z wymaganiami Zamawiającego."
Powyższe potwierdził także w trakcie rozprawy oświadczając, że Zamawiający dokonywał łącznej oceny obu referencji dla zadania 1. Powyższy fragment potwierdza, że sam Zamawiający uznał, że usługa wskazana w wykazie pod numerem dwa (dla rejonu nr 1) nie potwierdza spełnienia wymagań Zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający jednoznacznie w treści warunku wymagał przedstawienia dla każdej z części zamówienia osobnej usługi o wartości nie niższej niż 1 400 000 złotych. Jeśli Wykonawca chciałby złożyć wykaz zawierający tę sama usługę, wówczas wymagane było wykazanie się wykonaniem usługi o wartości przekraczającej co najmniej dwukrotnie wartość, o której mowa w cz. V ust. 1 pkt 3 lit. a) SIWZ, (czyli co najmniej 2 800 000 złotych). Co więcej, dalsza część tego postanowienia wskazuje, że podobne wymaganie dotyczyło zdolności finansowej – w przypadku, gdyby wykonawca był zainteresowany złożeniem oferty na każdy z dwóch rejonów, należało przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku - inny dokument, potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę przekraczającą co najmniej dwukrotnie kwotę, o której mowa w cz. V ust. 1 pkt 2) SIWZ.
Należy zauważyć, że działania Przystępującego przeczą stanowisku wyrażonemu w trakcie rozprawy. Przystępujący w treści wykazu przedstawił dla rejonu I dwie usługi. W wykazie dla rejonu I nie przedstawił tej usługi, którą powołał w wykazie dla rejonu II (usługi realizowanej od 15 października 2016 do 15 kwietnia 2017 r., dla Zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J., której kwota wynosi ponad 1 mln 512 tys. zł). Co więcej, dla rejonu I Przystępujący przedstawił dwie usługi, których łączna wartość wynosiła 1 400 000 złotych. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że celem Przystępującego było poddanie ocenie Zamawiającego wyłącznie usług wskazanych w wykazie dla rejonu I, nie zaś równocześnie poddanie ocenie usług wskazanych w wykazie dla obu rejonów.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że Przystępujący celowo nie przedstawił w wykazie dla rejonu I usługi wymienionej w wykazie dla rejonu II. Nie było bowiem żadnych przeszkód, aby Przystępujący przedstawił dwie usługi na łączną wartość 2 800 000 złotych w jednym wykazie. Jednak tego nie uczynił. Powyższe jednoznacznie wskazuje na fakt, że Przystępujący zdawał sobie sprawę, że z postanowień SIWZ wynika jednoznacznie, że w ramach wykazu dla jednego rejonu można przedstawić jedną usługę o wartości przekraczającej 2 800 000 złotych, nie zaś kilka na łączną kwotę 2 800 000 zł. Co zresztą wynika literalnie z treści wskazanych postanowień SIWZ. Na stronie 8 SIWZ znajduje się stwierdzenie „wykaże usługę", mowa jest zatem o jednaj usłudze.
Przystępujący zdawał sobie sprawę, że w ramach rejonu I nie spełnia warunków SIWZ, stąd też przedstawił usługę w G., aby spełnić wymagania Zamawiającego dotyczące wysokości wartości usług.
Przystępujący nie wypełnił wymagań Zamawiającego. Usługi przedstawione w wykazie dla rejonu I nie spełniają warunku Zamawiającego. Jakkolwiek obie usługi łącznie spełniają wymaganie kwotowe (suma wartości obu realizowanych usług przekracza kwotę określoną w punkcie V ust. 1 pkt 3a) SIWZ, tj. kwotę 1 400 000 złotych), to jednak usługa realizowana na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach nie spełnia wymagań co do zakresu prac, jakie były wymagane w treści SIWZ. Zamawiający wyspecyfikował, jaki rodzaj prac będzie potwierdzał spełnienie wymagań i były to prace polegające na zimowym oczyszczaniu dróg, ulic i parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji miejskiej oraz oczyszczaniu koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu zimowego. Przystępujący natomiast nie wykazał prac związanych z oczyszczaniem chociażby koszy ulicznych. Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że wskazana w wykazie usługa o wartości 1 338 000 zł w stu procentach pokrywała zakres prac wymaganych przez Zamawiającego, natomiast druga usługa (na kwotę 180 093,42 zł) - nie w stu procentach. Jak dalej wskazał Zamawiający, dokonał wyłącznie oceny tych referencji i uznał, że Przystępujący spełnił warunek i te dwie referencje dają gwarancję, że należycie wykona usługę. Takie stanowisko Zamawiającego nie jest uprawnione. Inne były bowiem wymagania SIWZ. Zamawiający jednoznacznie wymagał przedstawienia usługi na pewien zakres prac i określoną wartość usług. Ocena oferty, jaką zaproponował Zamawiający, stanowi nierówne traktowanie wykonawców i jako takie stanowi naruszenie podstawowej zasady udzielania zamówienia wyrażonej w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający powinien ocenić ofertę Przystępującego stosownie do wszystkich postawionych wymagań. Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający w dniu 24 maja 2017 roku udzielił odpowiedzi na pytanie numer 1. W treści odpowiedzi wskazał, że nie odstępuje od wymagania dotyczącego konieczności wykazania w zakresie zrealizowanej usługi czynności polegającej na oczyszczaniu koszy ulicznych. Jest to okoliczność istotna, gdyż Wykonawca, który zadał to pytanie (firma D.) wskazał w treści

zapytania, że wymaganie w zakresie tej właśnie czynności uniemożliwia mu złożenie oferty. Na obecnym etapie (oceny ofert), Zamawiający nie może odstąpić od postawionych wymagań w treści SIWZ.
Tym samym Zamawiający potwierdził, że wykazanie się przez Wykonawcę doświadczeniem w zakresie oczyszczania koszy, jest istotne dla Zamawiającego.
W ocenie Izby, z całą pewnością Zamawiający w sposób nieuprawniony odstąpił od oceny wymagań, które wskazał w treści SIWZ, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Przede wszystkim jednak potwierdził, że również w jego ocenie Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia w realizacji wymaganych w SIWZ usług. Powyższe oznacza, że Zamawiający uznając (na etapie badania i oceny ofert), że oferta Przystępującego spełnia wymagania SIWZ, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprawdzie Odwołujący w petitum odwołania nie podniósł zarzutu w zakresie tego artykułu, jednakże podniósł zarzut zaniechania wykluczenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy ten nie wykazał spełnienia wymagań SIWZ w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.
Artykuł 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający jest uprawniony do wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, że dokumenty w tym zakresie dotyczą sytuacji wykonawcy składającego ofertę i potwierdzają jego zdolność do realizacji zamówienia, która istniała już na chwilę składania ofert. Nie jest zatem uprawnione stanowisko Odwołującego, że po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów stanowiących potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu mielibyśmy do czynienia ze zmianą oferty po terminie składania ofert. Powoływany przez Odwołującego w treści odwołania wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 w odnosi się do takiego uzupełnienia informacji w zakresie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w którym wykonawca zmienił sposób realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie nowego podmiotu, czyli zastąpienie oświadczenia o samoistnym spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na spełnianie ich za pomocą podmiotu trzeciego.
Z taką sytuacja nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.
Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania czynności wezwania Przystępującego do złożenia dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie warunku udziału w postepowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia z uwagi na okoliczność, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu. Stosownie do artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie wzywa wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jego ofert podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wypełnili kosztorys ofertowy. W pozycji 2 wyszczególniono mechaniczne urządzenie do utrzymania dróg i ulic – pługopiaskarka (dobowa gotowość do podjęcia działań w danej dobie rozliczeniowej). Należało wskazać cenę jednostkową oraz łączną. Podobnie, w pozycji 3, gdzie wyszczególniono mechaniczne urządzenie do utrzymania chodników. Wartość pozycji nr 2 i 3 stanowiła osobną ocenę w kryterium cena, o wartości 60%. W pozostałych pozycjach kosztorysu wyszczególniono: poz. 7 - łączna ilość utrzymanych przejść podziemnych w danej dobie rozliczeniowej (zimowe oczyszczanie), łączna ilość oczyszczonych przejść podziemnych w danej dobie rozliczeniowej (oczyszczanie zamienne), poz. 8 – łączna ilość utrzymanych koszy przystankowych „metalowych” w danej dobie rozliczeniowej, poz. 9 – łączna ilość utrzymanych koszy przystankowych „betonowych” w danej dobie rozliczeniowej.
Przystępujący za realizację zadań wskazanych w kosztorysie ofertowym pod pozycją 2 i 3 (mechaniczne urządzenie do utrzymania chodników oraz mechaniczne urządzenie do utrzymania dróg i ulic – pługopiaskarka) przewidział kwotę 0,01 zł – cena jednostkowa.
W zakresie tych dwóch zadań, Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie otrzymanych wcześniej ofert, w których wskazywano dla rejonu 1 kwotę 79,52 zł za pozycję nr 2 kosztorysu oraz kwotę 59,64 zł za pozycję nr 3.

Przystępujący nie zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego, że w roku ubiegłym Przystępujący zaoferował cenę jednostkową 28 zł za realizację zadania w pozycji nr 2 i 20 zł za realizację zadania w pozycji nr 3. Warunki udziału w postępowaniu nie zmieniły się (taki sam formularz cenowy i kryteria oceny ofert). Nie zmieniły się także inne warunki.
W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, zaoferowanie ceny 0,01 zł za realizacją zadania 2 czy zadania 3 oznacza, że nie jest możliwe zrealizowanie zadań wymienionych w tych pozycjach za taką kwotę. Trafnie zauważył Odwołujący, że taka cena nie obejmuje wszystkich czynność, kosztów i sytuacji, jakie są typowe dla tego zadania.
Opady mogą nastąpić w każdym momencie, a ich wystąpienie lub ich brak związany jest z ryzykiem wykonawcy. Utrzymywanie urządzenia w gotowości nie odbywa się całkowicie bezkosztowo dla wykonawcy. Nie jest tak, że dla utrzymywania urządzeń w gotowości wystarczające jest ich przygotowanie przed rozpoczęciem sezonu oczyszczania, a następnie pozostawanie w gotowości nie łączy się z żadnymi kosztami. W okresie pozostawania w gotowości, urządzenia wymagają ich utrzymywania i przygotowania, niezbędne jest także dokonywanie przeglądów. Oprócz kosztów samych tych czynności, niezbędne jest również uwzględnienie kosztów zatrudnienia osób, które będą dokonywały tych czynności. Koszty związane z utrzymywaniem urządzeń w gotowości można minimalizować, ale z całą pewnością nie będzie to tylko 1 grosz. Ponadto, jak trafnie zauważył Odwołujący,

---

samochody muszą posiadać ubezpieczenie co najmniej w zakresie odpowiedzialności cywilnej, a więc wykonawca ponieść musi koszty tego ubezpieczenia.
Z pozostawaniem pojazdów w gotowości łączy się zatem szereg czynności, praca ludzi, koszty administracyjne (ubezpieczenie), a także koszty amortyzacji. Nawet gdyby uznać, jak sugerował Przystępujący, że amortyzacja stanowi jedynie kwotę księgową, to jednak wykonawcy szacujący ofertę z należytą starannością powinni wykazać takie wartości. Przystępujący nie udowodnił, że jest w stanie zrealizować zamówienie w tym zakresie za kwotę 0,01 zł.

Przystępujący oświadczył, że zgodnie z jego wiedzą, inni zamawiający albo w ogóle nie płacą za gotowość do świadczenia usługi, albo oczekują, że usługa gotowości będzie na jak najniższym poziomie cenowym. W ocenie Izby – możliwe jest, że inni Zamawiający nie wymagają podania wysokości wynagrodzenia z tytułu gotowości do świadczenia usługi, jednakże w niniejszym postępowaniu Zamawiający wprost wymagał podania wynagrodzenia z tego tytułu. Oznacza to, że każdy z wykonawców składających ofertę, powinien oszacować wysokość tego wynagrodzenia, w szczególności kalkulując należycie koszty związane z utrzymywaniem urządzeń w gotowości do świadczenia usług.

Należy podkreślić że to właśnie szacunki Zamawiającego i Przystępującego, dokonane w ramach postępowania prowadzonego w roku ubiegłym wskazują, że zaoferowana kwota 1 grosza jest kwotą nierealną. Przystępujący nie udowodnił, aby możliwe było utrzymanie urządzeń w gotowości za kwotę 1 grosza. W trakcie rozprawy Przystępujący podniósł, że amortyzacja jest pojęciem księgowym, które występuje bez względu na to, czy pojazd pracuje, czy też nie, podobnie jak ubezpieczenie pojazdu od odpowiedzialności cywilnej. Nadto Przystępujący stwierdził, że ryzyko naprawy nijak się ma do wyceny.
W ocenie Izby, wywody Przystępującego są nieprawidłowe. Właśnie one pokazują, że jednak określone stałe koszty, każdy wykonawca ponieść musi. Koszty te należy ponieść, bez względu na to, czy pojazd pracuje, czy też nie, a na tym właśnie polega pozostawanie pojazdu w gotowości. Zamawiający oczekiwał wskazania tych kosztów w złożonych przez wykonawców ofertach.
Przystępujący w piśmie procesowym podnosił, że gotowość oznacza fakt posiadania sprzętu i ludzi i te elementy wykonawca posiada. Niemniej jednak, zatrudnienie pracowników stanowi koszt dla wykonawcy, podobnie kosztem dla wykonawcy jest przygotowanie sprzętu (które nie może nastąpić jednak jeden raz w trakcie sezonu). Koszty te powinny zostać przez wykonawców uwzględnione. Zamawiający, wydzielając te dwie pozycje w kosztorysie i stawiając odrębne kryterium ich oceny, oczekiwał starannej i realnej wyceny w tym zakresie. Dokonywane przez Zamawiającego szacunki i koszty podane w roku ubiegłym wskazują, że

---

cena 1 grosza jest ceną nierealną i stanowi ona zwykłą manipulację cenową w celu uzyskania zamówienia. Co więcej, różnice w cenie globalnej w ofertach Odwołującego i Przystępującego, jednoznacznie wskazują, że Przystępujący koszty utrzymania przeniósł do innych pozycji kosztorysu. Zabieg ten miał na celu uzyskanie w kryterium za dwie pozycje, jak największej ilości punktów, celem uzyskania zamówienia. Wartość oferty Odwołującego to ponad 1 mln zł, a wartość oferty Przystępującego to kwota ponad 2 mln zł. Tymczasem Przystępujący, dokonując zabiegów manipulacji w poszczególnych składnikach ceny swojej oferty, był w stanie doprowadzić do sytuacji, w której jego oferta została oceniona jako korzystniejsza. Przystępujący nie tylko nie wykazał, że jest możliwe zrealizowanie tych pozycji 2 i 3 kosztorysu ofertowego za cenę jednostkową 1 grosz, ale wręcz potwierdzał, że te pozycje dublują się w innych pozycjach kosztorysu, co oznacza, że koszty te Przystępujący ukrył, mając świadomość, że w tym kryterium może uzyskać największą ilość punktów, a tym samym uzyskać zamówienie.

Rażąco niska cena odnosi się do ceny całościowej zamówienia Jednakże w niniejszym postępowaniu istotne elementy ceny zostały zaniżone i w zakresie tych elementów, cena zamówienia jest rażąco niska. Są to elementy, które mają istotne znaczenie z uwagi na fakt ich wyodrębnienia przez Zamawiającego, co oznacza, że te elementy cenowe miały istotne znaczenie dla Zamawiającego. W ocenie Izby, do sztucznego zawyżenia punktacji w ofercie Przystępującego, doszło właśnie poprzez zaoferowanie rażąco niskiej ceny w pozycjach nr 2 i 3 kosztorysu. Ceny jednostkowe w tych pozycjach, stanowią zarówno podstawę do obliczenia całej ceny, jak również mają większościowy wpływ na ranking ofert. Każda zatem z tych cen, powinna zostać obliczona w sposób realny i rynkowy. Z uwagi na powyższe, analizowanie zaoferowanych w niniejszym postępowaniu cen jednostkowych, pod kątem ceny rażąco niskiej, jest w pełni uprawnione.
Już z tego powodu, oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, działanie Przystępującego spełnia przesłanki do uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący dokonał bowiem nieuprawnionego przerzucenia kosztów w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu cenowego, koszty związane z gotowością sprzętu przenosząc do kosztów związanych z realizacją poszczególnych usług. W rezultacie zawarta w ofercie Przystępującego część ceny z tytułu realizacji poszczególnych usług jest wygórowana, natomiast część ceny z tytułu postawienia urządzeń w gotowości – rażąco niska. Taka struktura cen w ofercie Przystępującego nie wynika z rzeczywistych kosztów ponoszonych

przez Przestępującego i realiów rynkowych, ale z chęci maksymalnego wykorzystania przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny ofert oraz oceny poszczególnych składników cenowych. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, konstruując w taki sposób kryteria oceny ofert, oczekiwał realnej wyceny. Działanie Przystępującego musi zostać ocenione jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, jakie obowiązują w praktyce gospodarczej. Jednocześnie działanie Przystępującego zagraża nie tylko interesom innych przedsiębiorców, ale także Zamawiającego. W rezultacie bowiem działań Przystępującego, jego oferta, pomimo, że zawierająca cenę prawie dwukrotnie wyższą od ceny zawartej w ofercie Odwołującego, została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.
Zgodnie z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Przepis ten zawiera przykładowe wyliczenie czynów, które bez wątpienia ustawa uznaje za mające na celu utrudnienie przedsiębiorcom dostępu do rynku.
Izba podziela stanowisko, wyrażone w Uchwale z 16 kwietnia 2014 roku sygn. KIO/KD 30/14, zgodnie z którym „okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 uznk jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działalnie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.”

W świetle powyższego należało uznać, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Podkreślić należy, że przy podstawie odrzucenia oferty z powodu popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, ustawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku dokonywania czynności wyjaśnienia treści złożonej oferty.
W konsekwencji uznania powyżej wymienionych zarzutów, należało uznać za uzasadniony zarzut dotyczący bezpodstawnego unieważnienia postępowania.

Izba nie uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Przystępujący w wykazie usług dla rejonu I wskazał dwie usługi, w tym usługę wyszczególnioną pod nr 2 - Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta G.. Wykonawca opisał, że w ramach tej usługi zakres prac obejmował: zimowe oczyszczanie dróg, ulic i przystanków komunikacji miejskiej. Usługa o wartości 180 093,42 zł realizowana była od 13.10.2015 r. do 05.02.2016 r. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w G.. W ocenie Izby nie

---

można uznać, aby Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd. Opis usługi wskazuje, jakie prace stanowiły przedmiot zamówienia. Brak jest wskazania np. na opróżnianie koszy, co potwierdza tylko okoliczność, że przedmiotowa usługa nie obejmowała tej czynności. Istniała więc możliwość obiektywnej oceny tej usługi (na podstawie opisu w wykazie), jako niespełniającej wymagań Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający sam przyznał w piśmie procesowym stanowiącym odpowiedź na odwołanie, że przy ocenie oferty Przystępującego brał pod uwagę usługę wskazaną pod nr 1, co oznacza, że nie brał pod uwagę usługi opisanej pod nr 2, co pośrednio stanowi potwierdzenie, że nie został wprowadzony w błąd. Podkreślić należy, że sam fakt, że wykonawca przedstawił powyższą usługę w wykazie nie oznacza jeszcze wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Opis pozwalał na dokonanie oceny pod kątem spełnienia wymagań SIWZ, a więc nie można uznać, aby zawierał informacje, które mogą wprowadzać w błąd.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……