Sygn. akt: KIO 2381/16
Sygn. akt: KIO 2382/16

WYROK
z dnia 11 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 19.12.2016 r. przez wykonawcę **FLOREKO M.B., ul. Warszawska 150, 20-824 Lublin (sygn. akt KIO 2381/16)**

B. w dniu 19.12.2016 r. przez wykonawcę **Architektura Zieleni „HORTUS" R. C.-P., ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin (sygn. akt KIO 2382/16)**

– w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, ul. Krochmalna 13, 20-401 Lublin**

przy udziale wykonawcy **KOM-EKO S.A., ul. Wojenna 3, 20-424 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 2381/16 oraz KIO 2382/16** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

---

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących wykonawcę FLOREKO M.B., ul. Warszawska 150, 20-824 Lublin (sygn. akt KIO 2381/16) i wykonawcę Architektura Zieleni „HORTUS" R. C.-P., ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin (sygn. akt KIO 2382/16) i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną po 15 000 zł (słownie po piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez wykonawcę FLOREKO M.B., ul. Warszawska 150, 20-824 Lublin (sygn. akt KIO 2381/16) i wykonawcę Architektura Zieleni „HORTUS" R. C.-P., ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin (sygn. akt KIO 2382/16).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 1020 i poz. 1050) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2381/16
Sygn. akt: KIO 2382/16

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Lublin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Utrzymanie, opróżnianie, podstawianie i montaż koszy ulicznych na odpady (w tym koszy na psie odchody) w rejonie I i II w pasach drogowych na terenie miasta Lublin«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27.09.2016 r. pod nrem 2016/S 186-334683.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 1020 i poz. 1050) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 8.12.2016 r. o:
1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie;
2) odrzuceniu oferty wykonawcy FLOREKO M.B., ul. Geodezyjna 80D/11, 03-290 Warszawa, gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca FLOREKO M.B., ul. Geodezyjna 80D/11, 03-290 Warszawa (dalej Odwołujący FLOREKO), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 19.12.2016 r. [poniedziałek] do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr I i nr II na:
1) odrzuceniu oferty Odwołującego FLOREKO w Części I Postępowania;
2) odrzuceniu oferty Odwołującego FLOREKO w Części II Postępowania;
3) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie;
4) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego FLOREKO w Części I i Części II Postępowania jako najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Odwołujący FLOREKO zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp – przez odrzucenie oferty Odwołującego FLOREKO złożonej w Części I i II Postępowania, mimo że oferta

Odwołującego FLOREKO nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czego dowodzą złożone wyjaśnienia w tym zakresie;
2) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez nieprzedstawienie uzasadnienia faktycznego wskazującego na podstawy odrzucenia oferty Odwołującego FLOREKO w Części I i II Postępowania, które wskazuje na relewantne okoliczności świadczące o złożeniu przez Odwołującego FLOREKO oferty zawierającej rażąco niską cenę, a przez to niedostateczne wyjaśnienie podstaw podjętej czynności;
3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie, jako najkorzystniejszej w zakresie Części I i II zamówienia, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w SIWZ, a wykonawca podlega wykluczeniu;
4) art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie, mimo że przyznał on, że zawarł porozumienie zmierzające do ograniczenia konkurencji i nie wykazał skutecznie w procedurze samooczyszczenia, że podjęte przez niego środki naprawcze są wystarczające do uznania, że nie podlega on wykluczeniu.

Odwołujący FLOREKO wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:
1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert Odwołującego FLOREKO w Części I i II Postępowania;
2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego FLOREKO złożonych w Części I i II Postępowania oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
3) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego FLOREKO kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Argumentacja Odwołującego FLOREKO

9.11.2016 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego FLOREKO do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności, czy zaproponowana przez wykonawcę cena ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje w sposób rzetelny wykonanie zamówienia.

Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dot. zaoferowanych cen w Części I i II Postępowania, do przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej (czynność

obliczeniowa zmierzająca do ustalenia kosztów przypadających na przedmiot zamówienia) w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia z uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności:

Zamawiający wymagał, żeby przedstawiona kalkulacja zawierała wycenę oraz ewentualne wyjaśnienia dotyczące następujących kosztów:

1. Opróżnianie koszy:
   1) koszy o pojemności od 40 do 50 l;
   2) koszy od 40 do 50 l i na psie odchody (interwencyjnie);
   3) koszy na psie odchody;
   4) koszy o pojemności od 51 do 120 l;
   5) koszy o pojemności od 121 do 240 l.

2. Zmianę lokalizacji (przestawienie) lub montaż:
   1) koszy 40-50 l i na psie odchody;
   2) koszy betonowych.

3. Bieżącego utrzymania koszy, tj. dbanie o należyty wygląd techniczny koszy (w przypadku koszy metalowych: czyszczenie (nie rzadziej niż jeden raz w miesiącu), i malowanie całych koszy (trzy razy w ciągu roku) lub wybranych elementów w koszach (w zależności od potrzeb), prostowanie wygiętych elementów i całych pojemników, ponowne zamontowanie elementów oderwanych od kosza, ponowne zamontowanie koszy wyrwanych i elementów brakujących w koszach; w przypadku koszy betonowych z wkładem metalowym: uzupełnienie uszkodzonych lub (wkłady metalowe zakupione przez skradzionych wkładów metalowych Zamawiającego) oraz dbanie o czystość i brak zapachu (systematyczne mycie i czyszczenie koszy, wkładów metalowych szczególne podczas upałów).

4. Zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach, o których mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2016 r. poz. 250).

W odpowiedzi na żądanie wyjaśnień, Odwołujący FLOREKO 16.11.2016 r. złożył stosowne szczegółowe wyjaśnienia wraz ze szczegółowymi kalkulacjami dla wszystkich pozycji formularza ofertowego, w których odniósł się do oczekiwanych przez Zamawiającego czynników kosztotwórczych, jak również czynników obniżających cenę i wpływających na możliwość zaoferowania należytego wykonania przedmiotu zamówienia w Części I i Części II za zaproponowaną cenę wraz ze wskazaniem na wysokość zysku, który osiągnie realizując przedmiotowe zamówienie. W ocenie Odwołującego FLOREKO przedstawione wyjaśnienia

wraz ze szczegółowymi kalkulacjami w sposób należyty dowodzą, że zaproponowana cena – zarówno w Części I, jak i Części II nie może być rozpatrywana w kategoriach rażąco niskiej.

8.12.2016 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie w każdej z części wybierając jako ofertę najkorzystniejszą w Części I i II ofertę złożoną przez wykonawcę KOM-EKO, jednocześnie odrzucając ofertę Odwołującego FLOREKO. W ocenie Odwołującego FLOREKO powyższe czynności są niezgodne z zarzucanymi Zamawiającemu przepisami Pzp, bo wybrany wykonawca – w ocenie Odwołującego FLOREKO – podlega wykluczeniu, a Odwołujący FLOREKO złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ.

W informacji zawierającej uzasadnienie powyższych czynności Zamawiający wskazał na okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały odrzucenie oferty Odwołującego FLOREKO w Części I i II Postępowania. Jednak w ocenie Odwołującego FLOREKO przedstawiona tam argumentacja jest irrelewantna dla możliwości dokonania takiej oceny, jaką przyjął Zamawiający, błędna i nieodnosząca się tak do wymagań SIWZ, jak również do złożonych przez Odwołującego FLOREKO wyjaśnień wraz z kalkulacjami, a jedynie oparta na własnych domniemaniach Zamawiającego, a przez to nie może stanowić o zasadności podjętych przez Zamawiającego czynności. W szczególności Odwołujący FLOREKO nie zgadza się z tezą, że przedstawione przez Odwołującego FLOREKO wyjaśnienia w zakresie elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny potwierdzają złożenie w Części I i II oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego FLOREKO: „Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wyraźnie wskazał, że 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". Odwołujący FLOREKO, nie kwestionując naturalnie rozkładu ciężaru dowodu w tym zakresie, zwraca jednak uwagę, że uzasadnienie odrzucenia oferty w zakresie uzasadnienia faktycznego powinno odnosić się – tak jak wyjaśnienia w przedmiocie ceny do przedmiotu zamówienia i to przedmiotu zamówienia wprost wyartykułowanego przez Zamawiającego, jak również do oferty i wyjaśnień wraz kalkulacjami Odwołującego FLOREKO, a w szczególności powinno zawierać wskazanie dlaczego wyjaśnienia nie są przekonujące i w ocenie Zamawiającego stanowią o złożeniu przez Odwołującego FLOREKO oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego FLOREKO poza podnoszonymi wątpliwościami i stawianymi tezami nie zawiera wskazania dlaczego Odwołujący FLOREKO powinien właśnie w taki sposób, jak twierdzi Zamawiający, dokonać kalkulacji z czego wynika konieczność przyjęcia wskazywanych enigmatycznie wartości. Zamawiający nie zakwestionował rynkowości ceny Wykonawcy FLOREKO ani też nie

wskazał w jaki sposób kwestionowane przez niego elementy jednostkowe wpływają na możliwość uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską. Zamawiający nie kwestionuje możliwości osiągnięcia zysku, nie wskazuje, że jego zdaniem – błędnie skalkulowane pozycje jednostkowe mają przełożenie na cenę oferty świadcząc o jej rażącym zaniżeniu i nierynkowości. Zamawiający ocenia negatywnie sposób dokonania obliczeń przez Odwołującego FLOREKO, jednak nie podaje dlaczego, ze względu na treść SIWZ, wybrany sposób jest błędny.

Jeżeli wyjaśnienia Odwołującego FLOREKO nie są dla Zamawiającego przekonujące, Zamawiający powinien wskazać w jakim zakresie i dlaczego Odwołujący FLOREKO nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi dowodowemu, a nie ograniczać się wyłącznie do wyrażania dezaprobaty.

Co więcej Zamawiający uzasadnienie odrzucenia opiera na okolicznościach, czy też rzekomych wymaganiach, których nie zawarł wprost w treści SIWZ, a ujawnił te wymagania dopiero na etapie oceny ofert, wskazując je jako zaniechane elementy kalkulacji. Odwołujący FLOREKO sygnalizuje również, co szczegółowo zostanie omówione podczas analizy każdej ze wskazywanych przez Zamawiającego okoliczności, że niektóre przytaczane przez Zamawiające fakty w ogóle nie odnoszą się do oferty Odwołującego FLOREKO, a jako takie nie mogą stanowić podstawy do jej odrzucenia.

Mając na uwadze nieadekwatność i nieprecyzyjność uzasadnienia faktycznego zawartego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego FLOREKO, Odwołujący FLOREKO podnosi, że Zamawiający nie jest uprawniony w toku ewentualnej rozprawy – będącej konsekwencją wniesienia odwołania – do ich doprecyzowywania, czy też uzupełniania o nowe, czy też dokładniejsze okoliczności, bo tylko te fakty, które zostały wprost wskazane w treści uzasadnienia stanowią podstawę oceny czynności Zamawiającego.

Przechodząc do analizy poszczególnych aspektów wskazanych w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego FLOREKO, Odwołujący FLOREKO wskazuje na ich niezasadność w następującym zakresie:

I. Podstawowym zarzutem do wyjaśnień Wykonawcy, jest celowe operowanie poszczególnymi składnikami cenotwórczymi w taki sposób, aby nawet pomimo ich nielogiczności wyjść na z góry założoną i zaoferowaną stawkę jednostkową. Wykonawca celowo pomija w wycenie pewne pozycje. Sugeruje, że wycenił lub doliczył je do innych wcześniejszych pozycji, a jest to tylko zabieg mający uwodnić, nie zawsze z zasadami matematyki, kwotę stawki poszczególnych czynności z zakresu przedmiotu zamówienia. Dla przykładu Wykonawca FLOREKO, każdorazowo bez względu na faktycznie ponoszone koszty w poszczególnych pozycjach, określił stały procent jako koszt nadzoru. Z obliczeń matematycznych Zamawiającego wynika, wbrew twierdzeniom

Wykonawcy FLOREKO, że wykazany przez niego koszt nie wzrasta proporcjonalnie do nakładu pracy, a jest niższy w pozycjach cenotwórczych mając na uwadze przedmiot zamówienia. Sytuacja ta dotyczy zarówno rejonu I jak i II. Za KIO 1844/14, w którym Izba doszła do przekonania, że „Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, że koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego".

Ten fragment uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego FLOREKO poza ogólnikowym nie zawiera żadnego argumentu stwierdzeniem merytorycznego potwierdzającego zasadność tezy stawianej przez Zamawiającego, bądź też jakichkolwiek kalkulacji, do których odwołuje się Zamawiający, a które powinien na tym etapie postępowania zaprezentować. Nie sposób nie wskazać, że Zamawiający zaniechał dokonania oceny kalkulacji i wyjaśnień Odwołującego FLOREKO w sposób mający stwierdzić realność zaproponowanej ceny globalnej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, warunków jego realizacji i właściwości Odwołującego FLOREKO, koncentrując się na ocenie poprawności metod kosztorysowania.

Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ żadnych instrukcji do sposobu obliczania ceny, które uniemożliwiałyby np. globalne obliczenie kosztów pracowników, a wręcz – w wyjaśnieniach SIWZ z 27.10.2016 r. – dopuścił przenoszenie i uwzględnianie kosztów „darmowych opróżnień" w innych kalkulowanych pozycjach. Przede wszystkim jednak nie wiadomo jaki negatywny skutek Zamawiający wiąże ze wskazanymi stwierdzeniami i w jaki sposób świadczy to o zaniżeniu ceny przez Odwołującego FLOREKO – Zamawiający zaniechał przedstawienia rzetelnego uzasadnienia w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący FLOREKO wskazuje, że Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ pełnienia usługi nadzoru nad wykonywaną usługą, a tym bardziej skalkulowania takiego kosztu, wobec czego nie ma żadnych podstaw do kwestionowania przyjętego sposobu kalkulacji. Ujęcie przez Odwołującego FLOREKO tego kosztu, co najwyżej może prowadzić do podwyższenia oferowanej ceny, a w żadnym wypadku nie może świadczyć o jej zaniżeniu.

II. „W pozycji interwencyjne opróżnianie koszy, przy kosztach samochodu, Wykonawca FLOREKO założył pewien procent zamówienia, w zależności od potrzeby podstawienia kosza. Sam Wykonawca FLOREKO wspomina, że wykonuje tę usługę przez 2 lata na podstawie zawartej umowy z Zamawiającym to powinien wiedzieć, że interwencyjne opróżnianie koszy nie ma żadnego związku z ich podstawieniem. Wykonawca FLOREKO w tej pozycji powinien skalkulować koszt interwencyjnego opróżnienia 350

sztuk koszy na odpady, w tym koszy na psie odchody oraz uwzględnić proponowaną liczbę darmowych opróżnień.

Ponadto w przypadku interwencyjnego opróżniania koszy, mając na uwadze wiedzę i wcześniejsze doświadczenie Zamawiającego, często występuje przepełnienie koszy, dlatego też, Wykonawca FLOREKO powinien założyć większą ilość odebranego urobku z jednego kosza".

Błędem jest twierdzenie Zamawiającego, że Wykonawca FLOREKO w tej pozycji powinien skalkulować „darmowe opróżnianie koszy" – zgodnie z wyjaśnieniami SIWZ z 27.10.2016 r. Zamawiający wskazał, że Wykonawca FLOREKO może te opróżnienia skalkulować w dowolnie wybranej pozycji, w tym m.in. w opróżnieniach koszy 40-50 l, co też uczynił, a czego Zamawiający nie kwestionował w żaden sposób.

Dodatkowo Wykonawca FLOREKO wskazał, że kalkulacja kosztów samochodu jest wykonana prawidłowo. Jest to interwencyjne opróżnianie koszy, a więc nie ma żadnego harmonogramu, na którego bazie można dokonać szczegółowych obliczeń trasy jaka zostanie pokonana danego dnia, tygodnia, czy też miesiąca w celu wykonania opróżnień interwencyjnych. Odwołujący FLOREKO wskazuje, że interwencyjne opróżnienie kosza powinno odbyć się w ciągu 2 godzin od telefonicznego powiadomienia przez przedstawiciela Zamawiającego lub Straż Miejską Miasta Lublin, w przypadku zaistnienia takiej konieczności, co – przy określonym przez Zamawiającego harmonogramie opróżnień – oznacza, że do interwencyjnego opróżnienia nie trzeba organizować dodatkowego samochodu, czy też

ekipy, ale czynność ta może być dokonana w zadanym przedziale czasowym przez ludzi, którzy dokonują opróżnień zgodnie z harmonogramem, a urobek zostanie wywieziony łącznie z urobkiem zebranym z koszy opróżnianych stale.

Co do sposobu obliczenia urobku Wykonawca FLOREKO wskazuje, że oddając odpady do RIPOK nie dzieli ich na odpady z interwencji, czy na zwykłe odpady z opróżniania. Trudno też zakładać, że wszystkie kosze są zapełniane w tym samym stopniu. Przyjęte wartości wynikają z uśrednionej ilości urobku, która przypada na jeden opróżniany kosz, która to wiedza Wykonawcy FLOREKO wynika z doświadczenia płynącego z wykonywania takiej usługi na rzecz Zamawiającego.

III. „Przy interwencyjnym opróżnieniu w przypadku kosztu worków na śmieci, Wykonawca FLOREKO zakłada w tej pozycji inne koszty z nimi związane, niż te, które zaoferował przy standardowym opróżnianiu koszy. Według stawki ustalonej za jeden worek w pozycji worki dla kalkulacji dotyczącej opróżniania koszy 40-50 l – daje możliwość wykorzystania worków. Należałoby zatem założyć wykorzystanie worków do opróżniania interwencyjnego, a nie założyć pewien procent od proponowanej stawki”.

W ocenie Odwołującego FLOREKO wskazywanie powyższej okoliczności, jako świadczącej o złożeniu przez Odwołującego FLOREKO oferty zawierającej rażąco niską cenę jest całkowicie niezasadne.

Przede wszystkim Odwołujący FLOREKO zwraca uwagę, że Zamawiający w żadnym z postanowień SIWZ nie wymaga używania przez wykonawców worków przy realizacji zamówienia. Użycie worków stanowi wyłącznie wyraz dobrej woli wykonawców i przyczynia się do usprawnienia procesu opróżniania koszy, do których jest utrudniony np. czasowo dojazd samochodem. W takich wypadkach zawartość kosza przesypuje się do worka transportuje do samochodu, co nie oznacza, że każdorazowa czynność opróżnienia kosza wymaga użycia worka, a ponadto możliwe jest wielokrotne wykorzystanie tego samego worka. Dodatkowo używanie worków jest przejawem dobrej woli wykonawców np. w sytuacjach, kiedy wkład jest uszkodzony i wykonawca czeka aż zamawiający kupi nowy, jeśli nie da się tamtego naprawić.

Wobec braku jakichkolwiek wymagań w SIWZ w zakresie worków, wskazanie tego elementu w kalkulacji świadczy o uczciwości w kalkulacji ceny, tj. wskazaniu dodatkowego kosztu, którego poniesienie dopuszcza Wykonawca, ale który nie jest niezbędny do poniesienia w celu należytego i rzetelnego wykonania zamówienia.

Dodatkowo, co najistotniejsze, Zamawiający nie kwestionuje wysokości wyceny tej pozycji. Zamawiający nie wskazał dlaczego akurat taką liczbę worków rekomenduje Odwołującemu FLOREKO i skąd wywodzi o słuszności takiego założenia. Odwołujący FLOREKO wskazuje, że przyjęcie procentowej wartości dla tej pozycji jest słuszne i uzasadnione logicznie. Jest to interwencyjne opróżnianie koszy, a więc nie ma żadnego harmonogramu, na którego bazie można założyć jakąś uśrednioną miesięczną, czy też roczną wartość.

Niezależnie od powyższego, istotnym jest, że Zamawiający nie zakwestionował wysokości ceny jednego worka, ani wyceny tej pozycji, wobec czego ten element uzasadnienia w żadnej mierze nie może stanowić jakiejkolwiek argumentacji świadczącej zaoferowaniu przez Odwołującego FLOREKO rażąco niskiej ceny.

IV. „Dla Zamawiającego niezrozumiałe jest również ujmowanie w cenie sprzętu amortyzacji i napraw w zależności od ustalonej w pierwszej kolejności ceny za tę pozycję, od której wyliczono procentowo cenę paliwa i koszty naprawy od kosztów na paliwo. »Amortyzacja jest kosztem związanym ze stopniowym zużywaniem się środków trwałych i nie można utożsamiać tego pojęcia z kosztami związanymi z bieżącą eksploatacją pojazdów i ich naprawą« (KIO 846/16)”.

W kwestionowanej przez Zamawiającego pozycji Odwołujący FLOREKO oszacował możliwe do poniesienia koszty.

Odwołujący FLOREKO wskazał, że jednocześnie poza powołaniem się przez

Zamawiającego na orzecznictwo Zamawiający nie zakwestionował wartości wskazanej pozycji i wysokości szacowanych kosztów w tym zakresie.

V. „W pozycji dotyczącej opróżniania koszy 40-50 l (rejon I i II) Wykonawca FLOREKO nie skalkulował możliwości podstawiania koszy będących własnością Wykonawcy i następnie zabrania ich na magazyn".

Wykonawca FLOREKO wskazał, że twierdzenie Zamawiającego jest błędne. Wykonawca FLOREKO skalkulował i opisał w tabeli zawierającej kalkulacje.

Odwołujący FLOREKO wskazał, że Zamawiający nie wymagał, aby usługa podstawienia koszy była skalkulowana osobno, tak jak ma to miejsce w przypadku „zmiany lokalizacji (przestawienia) lub montażu koszy" i nie jest rozliczana osobną pozycją kosztorysową. Usługa ta jest wykonywana w ramach usługi opróżniania koszy, gdzie przy koszach o pojemności 40-50 l Zamawiający przewiduje aż 1 650 000 opróżnień, wobec czego została przez Odwołującego FLOREKO wkalkulowana w koszt usługi opróżniania koszy o tej pojemności.

Wobec tego twierdzenie Zamawiającego jest nieuzasadnione i nie wiadomo skąd Zamawiający wywiódł taki wniosek, tym bardziej, że nie żądał osobnego skalkulowania takiej pozycji.

VI. „W pozycji malowanie koszy (rejon I i II), Zamawiający założył malowanie wszystkich koszy trzy razy do roku. Powyższe dotyczy zarówno koszy na odpady, jak i koszy na psie odchody. Wykonawca dokonując obliczeń uwzględnił wyłącznie ilość koszy na odpady, nie uwzględniając konieczności malowania także koszy na psie odchody, co generuje zarówno koszty, jak też czas pracy pracowników".

Odwołujący FLOREKO wskazuje, że Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ wprost, że malowanie obejmuje również kosze na psie odchody. Sam Zamawiający przyznaje, że jedynie „założył" takie rozwiązanie, ale nie znajduje ono potwierdzenia w treści SIWZ.

Zamawiający w pkt 3 SIWZ opisał zakres utrzymania koszy:

„3.2.11. Utrzymanie koszy tj. dokonywanie bieżącej naprawy i konserwacji koszy ulicznych w zakresie uzgodnionym z przedstawicielem Zamawiającego, a w szczególności:

3.2.11.1. systematyczne mycie i czyszczenie koszy (w tym wkładów metalowych do koszy betonowych), szczególnie podczas upałów, nie rzadziej niż jeden raz w miesiącu,

3.2.11.2. dezynfekcja pojemników koszy na psie odchody min. co dwa tygodnie,

3.2.11.3. malowanie całych koszy co najmniej trzy razy w ciągu roku, a w szczególności po zakończonym sezonie zimowym (kwiecień), w okresie letnim (lipiec-sierpień), przed sezonem zimowym (październik-listopad) lub ich wybranych elementów w zależności od bieżących potrzeb,

3.2.11.4. bieżące, w zależności od potrzeb, prostowanie wygiętych elementów i całych pojemników, w ciągu 4 godzin od chwili zgłoszenia przedstawiciela Zamawiającego,

3.2.11.5. ponowne zamontowanie elementów oderwanych od koszy, w ciągu maksymalnie 5 godzin od chwili zgłoszenia przedstawiciela Zamawiającego,

3.2.11.6. ponowne zamontowanie koszy wyrwanych, w terminie nie dłuższym niż dwa dni robocze,

3.2.11.7. ponowne ustawienie przewróconych koszy betonowych w czasie nie dłuższym niż dwie godziny od zgłoszenia przez zamawiającego".

W wyżej wymienionych czynnościach Zamawiający przewiduje różny zakres obowiązków dla koszy poszczególnego rodzaju. Zamawiający nie dał wprost wyrazu swojemu założeniu, że malowanie obejmuje również kosze na psie odchody, które są odrębną kategorią, niż kosze metalowe. Ponadto w całej treści SIWZ Zamawiający odnosząc się do obowiązków dotyczących koszy i koszy na psie odchody wprost posługuje się stwierdzeniami: „w tym kosze na psie odchody", bądź po prostu wymienia tę kategorię koszy wprost jako objętą obowiązkiem.

Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący FLOREKO w sposób prawidłowy zsumował liczbę koszy metalowych objętych malowaniem dla rejonu I i II, zgodnie ze sposobem definiowania

koszy narzuconym przez Zamawiającego. Jedynym dokumentem, z którego wykonawcy mogli powziąć wiedzę o faktycznej liczbie koszy poszczególnych rodzajów są Załączniki nr la i lb do SIWZ, w których Zamawiający wyodrębnia 3 kategorie koszy:

1) betonowe kosze uliczne o pojemności 50 l z pierścieniem żeliwnym, będących własnością Zamawiającego,
2) metalowe kosze uliczne, będące własnością Zamawiającego,
3) kosze na psie odchody będące własnością Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący FLOREKO wskazuje, że sam Zamawiający czynności utrzymania zawarte w pkt 3.2.11 SIWZ odnosi do koszy ulicznych, podczas gdy jako kosze uliczne wskazuje jedynie kosze betonowe i metalowe (zgodnie z Załącznikami la i lb).

Zsumowanie wskazanych tam pozycji wykazu wskazuje, że Zamawiający jest właścicielem następującej liczby koszy metalowych:

1) Rejon I – 932 szt. koszy metalowych,
2) Rejon II – 973 szt. koszy metalowych.

(+/- 1 do 2 koszy, które mogą wynikać z błędów w sumowaniu, które jest utrudnione ze względu na rozdrobnienie wykazu i liczbę pozycji podlegających tej operacji. Ewentualne błędy można było wyeliminować w sposób niebudzący wątpliwości, gdyby Zamawiający pod wykazem koszy wskazał liczbę poszczególnych rodzajów koszy. Ewentualne różnice na poziome 1 do 2 koszy pozostają bez wpływu na wycenę ze względu na przyjętą przez Odwołującego FLOREKO zawyżoną ilość farby przeznaczoną na pomalowanie 1 kosza).

Brak zatem podstaw do przyjęcia, że wykonawcy zobowiązani byli policzyć w ramach usługi malowania również kosze na psie odchody – taki obowiązek nie wynika z żadnego postanowień SIWZ. W treści pkt 16 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny" Zamawiający wprost wskazał, że w cenie należy uwzględnić:

„16.1.2.4. Koszt bieżącego utrzymania koszy, tj. dbanie o należyty wygląd techniczny koszy (w przypadku koszy metalowych: czyszczenie i malowanie całych koszy lub wybranych elementów w koszach, prostowanie wygiętych elementów i całych pojemników, ponowne zamontowanie elementów oderwanych od kosza, ponowne zamontowanie koszy wyrwanych i elementów brakujących w koszach; w przypadku koszy betonowych z wkładem metalowym: uzupełnienie uszkodzonych lub skradzionych wkładów metalowych (wkłady metalowe zakupione przez Zamawiającego) oraz dbanie o czystość i brak zapachu (systematyczne mycie i czyszczenie koszy, wkładów metalowych szczególnie podczas upałów)".

W zakresie powyższego Zamawiający nie wskazał, że ten obowiązek obejmuje również kosze na psie odchody, podczas gdy w całej treści SIWZ jasno wskazuje, że dana czynność ma obejmować również kosze na psie odchody. Wobec tego wykonawcy, w tym Odwołujący FLOREKO, nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji braku poczynienia domniemań w tym zakresie.

Opróżnianie koszy na psie obchody nie było objęte przedmiotem zamówienia, który obecnie realizuje Odwołujący FLOREKO, stąd Odwołujący FLOREKO nie ma wiedzy, jakiego rodzaju koszami na psie odchody dysponuje Zamawiający. Na rynku spotyka się głównie plastikowe, choć możliwe są również wykonane z innych materiałów. Takich informacji jednak Zamawiający nie podał.

Dodatkowo Odwołujący FLOREKO wskazuje, że Zamawiający przewiduje malowanie całych koszy, bądź jedynie ich części, co dawałoby potencjalnie możliwość jeszcze niższego skalkulowania tej pozycji. Jednakże Odwołujący FLOREKO dla bezpieczeństwa przyjął do wyceny konieczność malowania całych koszy, co świadczy o tym, że nie próbował „za wszelką cenę" obniżać kosztów tej pozycji kalkulacji.

VII. „Wykonawca w kosztach ogólnych (rejon I i II), wyliczonych na podstawie zestawień z poprzedniego roku, wylicza, znaczące dla niego koszty, przy realizacji zamówienia.

Procent tych kosztów, jest stały dla części I i II, jak i czynności, które zostały uwzględnione w kosztach ogólnych. Koszty ogólne powinny być proporcjonalne do faktycznego nakładu pracy, jak i oszacowane do poniesienia wydatków dla każdej z

pozycji indywidualnie. Natomiast w przypadku wyjaśnień Wykonawcy mamy z góry przyjęty zakres kosztów powtarzający się w każdej z wycenionych pozycji".

Odwołujący FLOREKO nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że „koszty ogólne powinny być proporcjonalne do faktycznego nakładu pracy, jak i oszacowane do poniesienia wydatków dla każdej z pozycji indywidualnie". Koszty ogólne, zwane inaczej kosztami pośrednimi, są to koszty, które są ponoszone przez firmę (a które nie są zaliczane do kosztów bezpośrednich) związane z działalnością produkcyjną firmy oraz zarządzania całym przedsiębiorstwem. Są one ponoszone niezależnie od wykonywania danego zamówienia, a ich wysokość nie wiąże się w sposób bezpośredni z rodzajem i ilością konkretnej usługi, czy też konkretnych prac, wobec czego nie można dla nich określić jednostkowych norm nakładów rzeczowych. Właśnie dlatego te koszty określa się jako pośrednie, ponieważ nie można ich powiązać w sposób bezpośredni z poszczególnymi rodzajami prac wykonywanych w poszczególnych zamówieniach.

Z tego wynika, że żadne przepisy nie ograniczają wysokości stopy kosztów pośrednich i zysku, ani też sposobu ich naliczania, z wyjątkiem sposobu sporządzania kosztorysu inwestorskiego dla robót budowlanych w zamówieniach publicznych, który nie ma przy tym zamówieniu zastosowania.

Wysokość kosztów ogólnych ponoszonych przez przedsiębiorstwo wynika z danych księgowych, które zostały przez Odwołującego FLOREKO wskazane. Są to koszty ogólne, które będą ponoszone również w okresie wykonywania całego zamówienia. Wobec czego każda z pozycji jednostkowych, czy też kosztorysowych zawiera w sobie element kosztów ogólnych, który odpowiada procentowi ponoszonych całkowitych kosztów ogólnych, co Wykonawca wskazał w kalkulacjach.

Nie sposób, jak próbuje uczynić to Zamawiający, narzucić wykonawcy metody kosztorysowania sposobem kalkulacji uproszczonej, czy też szczegółowej, jak ma to miejsce przy zamówieniach na roboty budowlane, bowiem te zasady nie są adekwatne dla działalność usługowej i nie mogą świadczyć o jakichkolwiek błędach przy wyliczaniu kosztów ogólnych, które jak wskazano stanowią koszy ponoszone przez Wykonawcę niezależnie od wykonywania zamówienia i są pochodną uzyskanego przychodu.

Wobec faktu, że Zamawiający nie kwestionuje wysokości ponoszonych przez Odwołującego FLOREKO kosztów stałych, które wynikają z kalkulacji sporządzonej i podpisanej przez księgowego Odwołującego FLOREKO, nie sposób – zważywszy na charakter tych kosztów – zgodzić się z argumentacją Zamawiającego. Wszak nie kwestionuje on ich wysokości i wpływu na zaoferowaną cenę, ale wyłącznie próbuje narzucić

odmienny sposób ich kalkulacji, do którego nie ma podstaw, bo aspekt ten nie jest regulowany przepisami prawa, z wyłączeniem zasad odnoszących się do sposobu prowadzenia księgowości, ani też nie został określony w SIWZ.

W ocenie Odwołującego FLOREKO w tym punkcie Zamawiający nie wskazał wpływu wysokości kosztów ogólnych Wykonawcy na możliwość uznania, że cena jest rażąco niska, ani też nie obalił oświadczenia dot. wysokości kosztów. Wobec tego okoliczność ta nie może stanowić podstawy do uznania zasadności dokonanej przez Zamawiającego czynności.

VIII. „Kolejną niekonsekwencją w wyjaśnieniach Wykonawcy jest fakt, że dla rejonu I i II w kosztach pracowniczych w pozycji opróżniania koszy o pojemności 40-50 l, wymienił pewien zakres czynności wykonywanych przez tych pracowników. Jednakże z opisu tej pozycji nie wynika, że uwzględnił opróżnienia interwencyjne, opróżnienia koszy podstawianych o pojemności 51-120 l, opróżnienia koszy podstawianych o pojemności 121-240 l, przestawienia i montaż koszy oraz przestawienia koszy betonowych. Natomiast już przy wycenie ww. pozycji podaje, że skalkulował robociznę wcześniej, w pozycji 1".

Wykonawca wskazuje, że Zamawiający wymagał w treści SIWZ, aby wykonawcy dysponowali 4 pracownikami dedykowanymi do wykonania każdej z części zamówienia w pełnym zakresie. Odwołujący FLOREKO skalkulował wynagrodzenie dla 4 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz poszanowaniem przepisów odnoszących się do minimalnego wynagrodzenia za pracę. Dodatkowo, mając na względzie zakres czynności oraz bazując na dotychczasowym doświadczeniu w wykonywaniu analogicznej usługi na rzecz Zamawiającego, Odwołujący FLOREKO skalkulował dodatkowo dwie osoby do wykonywania zamówienia. Koszty pracy

wskazanych osób niezbędne do poniesienia przez Odwołującego FLOREKO w okresie wykonywania zamówienia nie są kwestionowane przez Zamawiającego.

Wskazane osoby są dedykowane do wykonania ww. zamówienia i będą wykonywały wszystkie czynności, które składają się na jego przedmiot, co Odwołujący FLOREKO wprost wskazał w przedstawionych kalkulacjach. Jednocześnie wynagrodzenie ww. osób obejmuje wszystkie czynności związane z wykonaniem zamówienia i zostanie przez Odwołującego FLOREKO zapłacone w pełnej wysokości niezależnie od tego ile koszy i o jakiej pojemności zostanie opróżnionych albo jakie czynności towarzyszące zostaną wykonane.

Gdyby Odwołujący FLOREKO nie rozbijał każdej z pozycji na poszczególne tabele, ale przedstawił jedną zbiorczą kalkulacje dla czynności wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia z oszacowanymi dla tego zamówienia kosztami pracy – wówczas takie graficzne przedstawienie ww. kosztów może nie budziłoby takiego niepokoju Zamawiającego. Niemniej jednak Odwołujący FLOREKO zwraca uwagę, że wynagrodzenie to wyliczone w sposób

prawidłowy, a jego wysokość nie jest kwestionowana przez Zamawiającego, z analizy wszystkich tabel załączonych do wyjaśnień wynika natomiast, że skalkulowane koszty pracy obejmują wszystkie czynności wykonywane i podlegające kalkulacji w ramach przedmiotu zamówienia. Dodatkowo nie jest to wynagrodzenie wypłacane pracownikom za godzinę pracy, czy też za każdy opróżniony kosz i Wykonawca nie wyliczał ile godzin zajmie średnio w ciągu dnia wykonanie czynności przewidzianych zamówieniem, ale przewidział wynagrodzenie z umowy o pracę, a zatem stałe za wszystkie czynności wykonane w ramach stosunku pracy w godzinach pracy. Doskonale obrazuje to fakt, że dla rejonu I i rejonu II Odwołujący FLOREKO przedstawił podobną kalkulację wynagrodzenia pracowników przy zastosowaniu równoważnego czasu pracy.

Z przedstawionego uzasadnienia nie wynika, że Zamawiający kwestionuje wysokość oszacowanych kosztów pracy za wykonanie zamówienia, ale sposób ich prezentacji w tabelach zawierających kalkulacje, które należy czytać łącznie, bowiem wszystkie czynności wykonywane są przez te same osoby. Nie sposób zatem uznać, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, skoro wysokość wyliczonych kosztów nie jest kwestionowana.

IX. „Wykonawca w obu rejonach do prac polegających na przestawianiu koszy betonowych (czyli nie przestawieniu o 1 m lub 2 m tylko przewiezieniu jego do innej lokalizacji) skieruje te same samochody które będą wykorzystywane przy opróżnianiu koszy. Jeden kosz betonowy waży ok 300-330 kg (w zależności od modelu – 2 różne typy koszy betonowych używanych przez Zamawiającego). W ocenie Zamawiającego nie jest możliwy załadunek kosza o takiej wadze bez pomocy urządzeń mechanicznych na wysokość minimum 1,40 metra i nie wydaje się możliwe, aby pracownicy Wykonawcy zdołali to zrobić siłami własnymi bez pomocy specjalistycznego sprzętu. Do załadunku jednego kosza potrzebna jest co najmniej winda, której Wykonawca nie wykazał, bądź też samochód z HDS, którego również nie wykazano”.

Odwołujący FLOREKO wskazuje, że uzasadnienie podane przez Zamawiającego bazuje na okolicznościach wyabstrahowanych od przedmiotu tego konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich możliwych i dopuszczonych przez Zamawiającego sposobów jego wykonania. W ocenie Odwołującego FLOREKO, przy uwzględnieniu wszelkich wskazanych powyżej okoliczności związanych tak ze sposobem kalkulacji ceny oferty Odwołującego FLOREKO, jak również złożonymi wyjaśnieniami, nie zmaterializowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego FLOREKO – tak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, jak również art. 90 ust. 3 Pzp.

Zamawiający samodzielnie dokonał założenia, że Wykonawca nie dysponuje stosownym sprzętem do wykonania zamówienia.

Zamawiający nigdzie nie wymagał pojazdu z dźwigiem, mimo że uważa ten element za niezbędny do wykonania zamówienia i na jego domniemanym braku próbuje budować argumentacje o rzekomym błędnym i zaniżonym skalkulowaniu ceny oferty. Argumentacja Zamawiającego jako pozbawiona jakichkolwiek podstaw merytorycznych i nie może stanowić o zasadności dokonanej czynności.

Ponadto Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający przewidział w zakresie zamówienia ewentualność przestawienia koszy betonowych 200 razy, ale nie wskazał dlaczego kalkulacja przedstawiona przez Wykonawcę w tej jednej pozycji, wobec braku merytorycznych argumentów dla jej podważenia, wpływa na możliwość uznania ceny oferty za rażąco niską, w sytuacji gdy wartość tych prac nawet na podstawie kosztorysu inwestorskiego stanowi ok. 0,46% dla Rejonu I i 0,44% dla Rejonu II wartości zamówienia.

X. „W odniesieniu do przyjętego przez Wykonawcę średniego dziennego kilometrażu pokonywanego przez samochód, Zamawiający również napotkał na nieścisłości w kalkulacji. Wykonawca nie wykazał, na który RIPOK, będzie wywoził odpady. W Lublinie takim miejscem jest RIPOK na ul. Metalurgicznej, na który według informacji pozyskanych przez Zamawiającego, Wykonawca śmieci nie wywozi. W wyjaśnieniach nie ma dokumentu poświadczającego taki wywóz. Instalacje zastępcze dla Lublina to Puławy, Radzyń Podlaski i Bełżyce, a drugi punkt odbioru w Lublinie nie prowadzi odbioru śmieci. Mając na uwadze powyższe, to kilometraż wskazany przez Wykonawcę, należy powiększyć proporcjonalnie o odległość potrzebną do dojazdu, jak i powrót na RIPOK poza terenem miasta Lublin, a są to odległości od 60 do 140 km w obie strony. Ta okoliczność również znacząco wpłynęłaby na koszty paliwa, a tym samym na cenę ofertową. Mając na uwadze swoje doświadczenie, Wykonawca powinien w swojej kalkulacji przyjąć również większą ilość urobku niż przyjął do kalkulacji. Zamawiający zakłada, że Wykonawca pominął fakt, że oprócz samego opróżnienia kosza, powinien uprzątnąć teren w promieniu 5 m od kosza, przez zamiatanie chodnika i oczyszczanie trawnika. Te czynności generują dodatkowy urobek, jak i koszt i czas pracy”.

Twierdzenia Zamawiającego zawarte w tym punkcie uzasadnienia są bezzasadne i bazują na domniemaniach, które nie mają żadnych podstaw. Odwołujący FLOREKO w przedstawionych kalkulacjach wskazał średnią dzienną odległość do pokonania przez samochody, które będą obsługiwać rejony objęte przedmiotem zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że kalkulacja wykonana jest osobno dla opróżnień wykonywanych zgodnie z harmonogramem i dla pozostałych opróżnień. Jednakże odnosząc się do zakładanej liczby kilometrów wskazać należy, że jest ona uśredniona zważywszy, że niektóre opróżnienia dokonywane są co drugi albo co trzeci dzień, a więc w tych dniach, w których są opróżnienia

codzienne, a nie pokrywają się one akurat z opróżnieniami wykonywanymi rzadziej – wystarcza załadunek wyłącznie jednego samochodu.

Przyjęte przez Odwołującego FLOREKO wartości wynikają z obliczenia długości trasy, którą samochód będzie musiał pokonać na trasie każdego z rejonów oraz dojazd do dwóch punktów odbioru śmieci, w Bełżycach i na ul. Metalurgicznej.

Odnosząc się do wskazanych instalacji Odwołujący FLOREKO stwierdził, że przyjęte przez Zamawiającego odległości są nierealne. Reszta trasy z założonych 80 km pokonywana jest na ulicach Rejonu. Przy wywozie na ul. Metalurgiczną odległości są jeszcze mniejsze. Dlatego też celowym jest podawanie uśrednionych wartości, które możliwe są do oszacowania na postawie doświadczeń z lat ubiegłych przy realizacji tego typu usługi na rzecz Zamawiającego.

Co do ustaleń Zamawiającego związanych z punktem odbioru odpadów na ul. Metalurgicznej, tj. RIPOK prowadzony przez wykonawcę KOM-EKO, Odwołujący FLOREKO dysponuje zawartą umową, a w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia będzie dodatkowo starał się negocjować podwyższenie limitu przyjmowanych odpadów w tym punkcie, aby dodatkowo zoptymalizować proces oddawania śmieci. Zważywszy, że Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy KOM-EKO, wykonawca KOM-EKO zagwarantował w prowadzonym przez siebie RIPOK miejsce na odpady pochodzące z tego zamówienia. Wykonawca ten z pewnością będzie oddawał śmieci do własnego RIPOK, zasadnym jest zatem przyjęcie, że wykonawca KOM-EKO posiada odpowiednie moce przerobowe, aby obsłużyć utylizację śmieci z rejonów objętych przedmiotowym zamówieniem, niezależnie w tym wypadku – czy to wykonawca KOM-EKO czy też inny wykonawca będzie je dostarczał.

Niezasadne jest twierdzenie, że Odwołujący FLOREKO pominął fakt konieczności posprzątania terenu wokół kosza w promieniu 5 m. Takie założenie jest wprost sprzeczne z treścią przedstawionych kalkulacji, w których Odwołujący FLOREKO wprost pisze o wycenie.

Uwagi Zamawiającego dot. kalkulacji ilości urobku są również nietrafione i nie znajdują

potwierdzenia w faktach. Nie wiadomo skąd Zamawiający czerpie informacje o ilości urobku, który zbiera się w poszczególnych koszach, jednakże nie mogą one zdyskredytować danych, które są zbierane przez Odwołującego FLOREKO na bazie codziennego opróżniania koszy Zamawiającego o różnych pojemnościach. Odwołujący FLOREKO zwraca również uwagę, że wskazywane przez niego ilości urobku są uśrednione, bowiem nie sposób wymagać od mieszkańców Lublina, aby równomiernie wrzucali śmieci do wszystkich koszy na terenie miasta. Zdarzy się tak, że jeden kosz zgromadzi urobek o wadze 0,2 kg, a inny 1,2 kg, z kolei inny będzie zupełnie pusty. Zapełnienie zmienia się również na przestrzeni roku.

Wobec tego – twierdzenia Zamawiającego stanowią niepoparte niczym przypuszczenia. Przede wszystkim jednak Zamawiający nie wskazał dlaczego w tym zakresie wyjaśnienia

Odwołującego FLOREKO potwierdzają, że zaoferowana przez Odwołującego FLOREKO cena jest rażąco niska.

Podsumowując ten aspekt odwołania, Odwołujący FLOREKO wskazał, że w zawartych na 42 stronach wyjaśnieniach wraz z dołączonymi dowodami Odwołujący FLOREKO przedstawił nie tylko okoliczności uzasadniające możliwość zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za konkurencyjną cenę, ale również zaprezentował kalkulacje, które odnoszą się do każdego elementu przedmiotu zamówienia, a realność zaprezentowanych cen potwierdzona jest dotychczasowym należytym wykonywaniem na rzecz Zamawiającego zamówienia o analogicznym charakterze, a przez to znajomością faktycznych kosztów wykonywania usług tego rodzaju.

Informacje zawarte w treści oferty, ani też wyjaśnienia wraz z kalkulacjami, uzasadniające zaoferowanie prawidłowej i realnej ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, nie pozwalają na przyjęcie, że Odwołujący FLOREKO faktycznie nie zaoferował, czy też nie wycenił całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazał jakie konsekwencje w obrębie całej ceny ofertowej mają wskazywane przez niego okoliczności dotyczące poszczególnych elementów, ani w jaki sposób mają wpłynąć na możliwość należytego zrealizowania zamówienia przez Odwołującego FLOREKO. Wobec powyższego, tj. niekwestionowania możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, nie sposób uznać, że aktualizują się okoliczności pozwalające na odrzucenie oferty Odwołującego FLOREKO. Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że znaczenie podważanego elementu cenotwórczego jest tak duże, że jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. W przedstawionym uzasadnieniu podjętych czynności – takich argumentów brak.

Fakt, że Zamawiający opiera decyzję o wykluczeniu Wykonawcy bazując na własnych wiadomościach wprost sprzecznych z danymi zawartymi w ofercie i wyjaśnieniach, jak również na własnych domniemaniach do braku uwzględnienia niezbędnych kosztów, których poniesienia wprost nie wymagał, prowadzi do wniosku, że Zamawiający powinien się zwrócić do Wykonawcy o ewentualne wyjaśnienie treści zawartych w wyjaśnieniach, jeżeli były dla Zamawiającego niezrozumiałe.

Wszystkie przedstawione powyżej okoliczności niezbicie wskazują, że Wykonawca FLOREKO złożył ofertę nie zawierającą rażąco niskiej ceny, która nie uwzględniałaby niezbędnych do poniesienia kosztów wykonania zamówienia. Co więcej, Wykonawca FLOREKO konstruując wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdził możliwość zrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia w sposób należy, z jednoczesnym zagwarantowaniem sobie wysokiego zysku. Wszelkie przyjęte założenia Wykonawcy FLOREKO związane z kalkulacją kosztów oraz

zamierzonym sposobem wykonania zamówienia przekładają się na zaoferowaną cenę. Jednocześnie złożone wyjaśnienia potwierdzają, że kalkulacja oparta na tych założeniach gwarantuje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia bez ryzyka związanego z niepowodzeniem, bądź też poniesieniem przez Wykonawcę FLOREKO straty przekraczającej założone zyski.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy KOM-EKO,

Odwołujący FLOREKO wskazuje, że z treści Sekcji C JEDZ „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi" w punkcie dotyczącym zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji wykonawca ten zaznaczył pozycję „Tak". Okoliczność ta odpowiada przesłance wykluczenia z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp.

W treści JEDZ wykonawca KOM-EKO wprost przyznaje, że w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Lublin na: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin – VII części" zawarła porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji.

Niemożliwym jest, aby wykonawca KOM-EKO S.A. w toku procedury samooczyszczenia przedstawionej w treści JEDZ był w stanie wykazać, by jakieś podjęte przez niego środki były „wystarczające do wykazania jego rzetelności", w szczególności by podjął jakiekolwiek środki organizacyjne, czy też kadrowe.

Skoro ustalone zostało, że osobą, która podjęła decyzję w przedmiocie zawarcia porozumienia był Pan IZ, to właśnie ta osoba ponosi odpowiedzialność za negatywne dla spółki skutki takiego postępowania. Tymczasem Pan I do dnia dzisiejszego figuruje w Krajowym Rejestrze Sądowym jako członek zarządu KOM-EKO S.A., co oznacza, że spółka nie wyciągnęła wobec niego żadnych konsekwencji związanych z zawarciem porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji. Jako że ta podstawa wykluczenia wykonawcy wiąże się ściśle z zakresem podejmowanych decyzji i zaciąganych zobowiązań przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, wskazane przez Odwołującego FLOREKO działanie naprawcze jest de facto jedynym możliwym działaniem, które wskazałoby, ze spółka wyciągnęła konsekwencje wobec osób odpowiedzialnych. Jednak KOM-EKO S.A. tego nie uczyniła.

Dodatkowo Odwołujący FLOREKO wskazuje, że błędnym jest twierdzenie wykonawcy KOM-EKO S.A., że ta przesłanka wykluczenia nie ma zastosowania do opisywanej okoliczności. Zasięg oddziaływania znowelizowanej normy wyznacza wprost przepis art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp, zatem sięganie do przepisów intertemporalnych jest zbędne i błędnie zostały z niego wywiedzione wnioski. Do przedmiotowego postępowania stosuje się bowiem przepisy ustawy znowelizowanej i brak podstaw by sięgać do wcześniejszych regulacji w tym

zakresie. Natomiast ustawodawca, co zostało wskazane, wprost określił w art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp jakie okoliczności są brane pod uwagę przy badaniu podstaw wykluczenia oraz w jakim przedziale czasowym przed wszczęciem postępowania musiały wystąpić, aby mogły stanowić podstawę wykluczenia.

Przyjęcie odmiennego stanowiska, jak czyni to wykonawca KOM-EKO S.A. w treści JEDZ, jest nieuzasadnione. Odwołujący FLOREKO zwraca uwagę, ze przyjęcie logiki wykonawcy KOM-EKO S.A. jest nie do pogodzenia z zamiarem ustawodawcy co do sankcjonowania działań wykonawcy sprzed wejścia w życie znowelizowanej ustawy – np. znowelizowane przepis art. 24 Pzp stanowią podstawę wykluczenia wykonawcy w przypadku skazania prokurenta za wykroczenie lub przestępstwo określone w tym przepisie. W poprzednim stanie prawnym okoliczność ta nie była podstawą wykluczenia, jednakże ustawodawca nakazuje wykluczenie takiego wykonawcy, także gdy prokurent został skazany również przed dniem wejścia w życie znowelizowanej ustawy – tj. w sztywno określonym przedziale czasowym wskazanym w ustawie, sięgającym również wstecz.

Dlaczego zatem ustawodawca miałby stosować różne miary i sposoby liczenia momentu, od którego należy brać pod uwagę okoliczności skutkujące wykluczeniem dla przypadku omawianego w odwołaniu?

W ocenie Odwołującego FLOREKO w przypadku wykonawcy KOM-EKO S.A. materializują się okoliczności do jego wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp. Okoliczność ta jest oczywista również dla samego wykonawcy, który mając świadomość skutków zawartego porozumienia opisuję tę okoliczność w JEDZ. Gdyby istotnie okoliczność ta, mająca miejsce rok temu, była irrelewantna dla podstaw wykluczenia – wykonawca KOM-EKO S.A. – zgodnie z przyjętą przez siebie logiką – nie uznałby tej okoliczności za mogącą być podstawą wykluczenia w obecnym porządku prawnym i nie podjąłby próby samooczyszczenia.

Odwołujący FLOREKO przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 19.12.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.12.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

22.12.2016 r. wykonawca KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) Odwołującego FLOREKO, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Sygn. akt: KIO 2382/16

Zamawiający zawiadomił 8.12.2016 r. o:
1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie;
2) odrzuceniu oferty wykonawcy Architektura Zieleni HORTUS R. C.-P., ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin, gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz treść oferty tego wykonawcy HORTUS jest niezgodna z treścią specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Architektura Zieleni HORTUS R. C.-P., ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin (dalej Odwołujący HORTUS), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 19.12.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr I i II na:
1) nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego HORTUS;
2) zaniechanie skorzystania przez Zamawiającego z instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie wątpliwości do korzystania przez Odwołującego HORTUS z podwykonawców przy realizacji zamówienia;
3) wybór oferty złożonej przez wykonawcę KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie przy ul. Wojennej 3 (dalej jako: „wykonawca KOM-EKO")
4) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego HORTUS.

Odwołujący HORTUS zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego HORTUS, pomimo że ta oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez Odwołującego HORTUS wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego HORTUS w oparciu o niezgodność jej treści z treścią Specyfikacji Istnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ lub specyfikacja bez bliższego określenia), pomimo że oferta nie zawierała błędów, których nie można byłoby poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
3) art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego HORTUS do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez Odwołującego HORTUS oferty w zakresie sprzeczności dotyczącej korzystania z podwykonawców;
4) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie i brak poprawy w ofercie Odwołującego HORTUS innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty, która nie odpowiada treści SIWZ i nie jest najkorzystniejszą spośród złożonych ofert;
6) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący HORTUS wniósł o:
1) uwzględnienie odwołania;
2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego HORTUS;
3) unieważnienie wyboru oferty wykonawcy KOM-EKO jako najkorzystniejszej;
4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z

uwzględnieniem oferty Odwołującego HORTUS;
5) nakazanie wyboru oferty Odwołującego HORTUS jako najkorzystniejszej.

Argumentacja Odwołującego HORTUS

Zamawiający pismem z 9.11.2016 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego HORTUS do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość oferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności o wyjaśnienie, czy zaproponowana przez Odwołującego HORTUS cena ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny. Na wezwanie Odwołujący HORTUS 15.11.2016 r. udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Do wyjaśnień zostały załączone również dowody.

Pismem z 21.11.2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego HORTUS w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w art. 25a ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał nieprawidłowości w dokumentach Odwołującego HORTUS.

8.12.2016 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego HORTUS informację o wyborze jako najkorzystniejszej w części i i II oferty złożonej przez wykonawcę KOM-EKO.

Rozstrzygnięcie Zamawiającego jest nieprawidłowe z następujących powodów:

1. Niezasadność odrzucenia oferty Odwołującego HORTUS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp w oparciu o zarzut rażąco niskiej ceny

Postawiony przez Zamawiającego zarzut rażąco niskiej ceny jest nieuzasadniony. Jest on tym bardziej zaskakujący, że Zamawiający w części II zamówienia wybrał ofertę wykonawcy KOM-EKO, która cenowo jest niższa od oferty złożonej przez Odwołującego

HORTUS. W związku z powyższym Zamawiający – przez wybór oferty tańszej – sam potwierdził, że możliwe jest zrealizowanie przedmiotowego zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego HORTUS.

Zarzucana przez Zamawiającego sprzeczność w przestawionych przez Odwołującego HORTUS wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie znajduje potwierdzenia w ich treści. Były one – zdaniem odwołującego HORTUS – od samego początku spójne, logiczne i precyzyjne.

Jednocześnie Odwołujący HORTUS wskazuje, że szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503). Odwołujący HORTUS zastrzegł te informacje jak tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. Brak wezwania Odwołującego HORTUS do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty oraz brak poprawienia innej omyłki pisarskiej polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ

Zamawiający w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przyjął, że wskazanie w Części II, sekcja C odpowiedzi „TAK" [tj. podanie informacji o zleceniu części prac podwykonawcom] – pozostaje w sprzeczności z częścią B formularza ofertowego dotyczącego oświadczenia o części zamówienia, której wykonania Wykonawca powierzy podwykonawcom. Zamawiający uznał tę okoliczność za sprzeczność oferty z treścią SIWZ i odrzucił ofertę Odwołującego HORTUS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący HORTUS wytknął brak skorzystania przez Zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp, tj. braku wezwania Odwołującego HORTUS do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty.

Dostrzeżona w ofercie Odwołującego HORTUS omyłka nie może zostać uznana za istotną. W kontekście powyższego Odwołujący HORTUS podniósł, że brak wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty za całkowicie nieuzasadnione.

3. Brak odrzucenia oferty wykonawcy KOM-EKO w części II zamówienia, pomimo że jej treść jest niezgodna z SIWZ

4.11.2016 r. Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp dokonał zmiany treści SIWZ przez zmianę formularza ofertowego. Przedmiotowa zmiana polegała na modyfikacji ostatniego kryterium oceny ofert. Odwołujący HORTUS wskazuje pierwotne oraz

aktualne brzmienie formularza ofertowego:

1) brzmienie pierwotne: „oferowany czas w jakim wykonawca uzupełni kosze będące własnością Wykonawcy po zgłoszeniu Zamawiającego”;

2) brzmienie zaktualizowane: „Oferowany czas w jakim wykonawca uzupełni brakujące elementy koszy po zgłoszeniu Zamawiającego”.

Co istotne, oferta złożona przez wykonawcę KOM-EKO została złożona wraz z formularzem ofertowym zawierającym pierwotne brzmienie formularza ofertowego (brzmienie sprzed modyfikacji). Zatem wykonawca KOM-EKO w złożonej ofercie zaoferował wykonanie usług odmiennych niż wymagane przez Zamawiającego. W tym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości, że wykonawca KOM-EKO złożył ofertę referującą do zupełnie innego kryterium oceny ofert niż pozostali wykonawcy. W analizowanym przypadku treść oferty wykonawcy KOM-EKO była niezgodna z treścią SIWZ.

Treść oferty odpowiada treści SIWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w SIWZ.

Jednoznacznie potwierdza to, że złożona przez wykonawcę KOM-EKO oferta nie odpowiada treści SIWZ, a co za tym idzie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący HORTUS przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 19.12.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.12.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

22.12.2016 r. wykonawca KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) Odwołującego HORTUS, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Sygn. akt: KIO 2381/16

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie Odwołującego FLOREKO nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego FLOREKO.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód nr 1 złożony przez strony Odwołującego FLOREKO ekspertyzę kosztów i prawidłowości kalkulacji w ofercie Odwołującego FLOREKO. Dowód został złożony przez Odwołującego FLOREKO na wykazanie prawidłowości wykazanych kosztów i kalkulacji ceny dokonanej przez Odwołującego FLOREKO. Dowód został złożony z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i został sporządzony na potrzeby

rozpoznawanego postępowania odwoławczego. Jednak zdaniem Izby ekspertyza ta została sporządzona na zbyt dużym stopniu ogólności i odnosi się do cyt. »skalkulowanej globalnej ceny ofertowanych usług«.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp – przez odrzucenie oferty Odwołującego FLOREKO złożonej w Części I i II Postępowania, mimo że oferta Odwołującego FLOREKO nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czego dowodzą złożone wyjaśnienia w tym zakresie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający może w przypadku jakichkolwiek wątpliwości odnośnie zaoferowanej ceny zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień i o złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu przedstawionych w ofercie. Takie uprawnienie jest określone w art. 90 ust. 1 *in initio* Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia Pzp brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie [...]«. Ponadto obligatoryjnie zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy »cena całkowita oferty jest niższa o

co najmniej 30%« od powiększonej o należny VAT wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert (art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp).

W przypadku zwrócenia się zamawiającego do wykonawcy, wykonawca stosuje się do art. 90 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy«. Zdaniem Izby Odwołujący FLOREKO w swoich wyjaśnieniach nie wykazał dostatecznie szczegółowo, że oferta Odwołującego FLOREKO nie zawiera rażąco niskiej ceny. Również nawet dowód (Ekspertyza) złożony podczas rozprawy (z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) nie dotykał problemu na tyle szczegółowo, aby można było zakwalifikować wyjaśnienia, jako dowodzące, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub rażąco niskiego kosztu. Także Izba stwierdza, że ekspertyza ceny złożona na rozprawie została złożona zbyt późno, aby mogła być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego w trakcie badania ofert, gdyż ten etap postępowania zamówieniowego zakończył się najpóźniej z przekazaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Art. 90 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez nieprzedstawienie uzasadnienia faktycznego wskazującego na podstawy odrzucenia oferty Odwołującego FLOREKO w Części I i II Postępowania, które wskazuje na relewantne okoliczności świadczące o złożeniu przez Odwołującego FLOREKO oferty zawierającej rażąco niską cenę, a przez to niedostateczne wyjaśnienie podstaw podjętej czynności – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w przypadku informowania wykonawców o powodach odrzucenia ofert, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający wystosowując do wszystkich wykonawców informację o powodach odrzucenia ofert musi respektować zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez wykonawcę, który zastrzeżenia dokonał w swojej ofercie. Jednak Izba podkreśla, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający wystosował przedmiotową informację na wystarczającym poziomie szczegółowości do złożenia odpowiedniego odwołania. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o […] wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub

funkcjonalności«. Izba zauważa, że w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty znalazły się wszystkie niezbędne elementy do wniesienia odwołania, a zamawiający nie ma obowiązku podawania aż tak szczegółowych okoliczności odrzucenia oferty, bo przytoczony przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp mówi tylko ogólnie o »powodach odrzucenia oferty«. W związku z tym brakiem obowiązku szczegółowego podawania powodów odrzucenia oferty i szczegółowego uzasadniania podjęcia takiej czynności przez zamawiającego, Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przedstawienia uzasadnienia faktycznego wskazującego na podstawy odrzucenia oferty Odwołującego FLOREKO. Ponadto Izba zauważa, że Odwołujący FLOREKO nie wykazał, że na zamawiającym ciąży obowiązek nadzwyczaj szczegółowego podawania powodów odrzucenia oferty i tak samo szczegółowego uzasadniania podjęcia takiej czynności przez zamawiającego, a Zamawiający sprostał obowiązkowi wystarczająco dokładnego przytoczenia powodów odrzucenia oferty, zgodnie z cytowanym art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie, jako najkorzystniejszej w zakresie Części I i II zamówienia, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w SIWZ, a wykonawca podlega wykluczeniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Izba zauważa, że do ofert wprost stosuje się przepisy o poprawieniu ofert zamieszczone w art. 87 ust. 2 Pzp i w związku z tym oferty można w odpowiednim zakresie poprawiać. Dalej Izba stwierdza, że nie mogą być bezwzględnie wiążące dla wykonawców formularze np. kalkulacji proponowane przez zamawiających. Dlatego zamawiający czasami rezygnują z zawierania takich formularzy w specyfikacjach czy innych dokumentach. Jednak nie zwalnia to wykonawcy od zawierania w swoich dokumentach (ofertach, wyjaśnieniach) wszystkich istotnych informacji, których wymaga zamawiający. Wykonawcy w zasadzie zawsze stosują się do wzorów dokumentów sporządzonych przez zamawiających, chociaż wykonawcy nie mogą narzucić zamawiającym proponowania wykonawcom jakiś schematów dokumentów, ale jeżeli takich schematów dokumentów zamawiający nie zaproponuje, to wykonawcy muszą ze zwiększoną starannością opracować swoje dokumenty tak, aby zawierały one wszystkie informacje, ze szczególnym uwzględnieniem podania informacji wymaganych przez zamawiającego.

W rozpoznawanym przypadku Zamawiający nie podał formularzy kosztorysów, jakie powinien przedstawić w wyjaśnieniach Odwołujący FLOREKO. Dlatego Odwołujący FLOREKO powinien zadbać samodzielnie o klarowność, logikę czy kompletność swoich wyjaśnień. Jednak Zamawiający nie znalazł w wyjaśnieniach Odwołującego FLOREKO dotyczących rażąco niskiej ceny informacji rozwiewających wątpliwości w zakresie

przytoczonych przez Odwołującego FLOREKO kosztów jednej z wykazanych pozycji, które zamiast stosunkowo maleć ze wzrostem skali zamówienia – wzrastały. Spowodowało to, że Zamawiający nie mógł uznać, że wyjaśnienia Odwołującego FLOREKO rozwiewają wątpliwości Zamawiającego, ale wprost przeciwnie – ocena wyjaśnień Odwołującego FLOREKO potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

II i III. W zakresie interwencyjnego opróżniania koszy Odwołujący FLOREKO w wyjaśnieniach nie wziął pod uwagę, że wielkość »urobku« znacznie przekracza średnią, gdyż kosze, które należy interwencyjnie opróżnić są zazwyczaj przepełnione. Ponadto na taki interwencyjny dojazd należy doliczyć paliwo i czas dojazdu przekraczający harmonogramowy kurs. Dlatego Zamawiający nie mógł w tym zakresie uwzględnić wyjaśnień Odwołującego FLOREKO, który traktował interwencyjne opróżnianie bez należytego uwzględnienia wszystkich kosztów. Odwołujący FLOREKO nie wziął pod uwagę, że podczas interwencyjnego opróżniania koszy będą wyższe koszty niż przy harmonogramowej usłudze. Dziać się to będzie ze względu na zapewnienie worka, większy ciężar i objętość tych odpadów. Dlatego też Zamawiający nie mógł uwzględnić wyjaśnień Odwołującego FLOREKO.

IV. Odwołujący FLOREKO nie informował Zamawiającego o wszystkich pozycjach

kosztowych, a dopiero dokonał tego w odwołaniu. Jest to informacja przedstawiona Zamawiającemu zbyt późno, gdyż zamawiający nie mógł tych informacji uwzględnić podczas badania ofert.

V. Odwołujący FLOREKO – mimo braku wyartykułowania tego wprost w zwróceniu się o udzielenie wyjaśnień – pominął w przedstawionej kalkulacji w wyjaśnieniach wskazaną przez Zamawiającego pozycję, która figurowała w SIWZ. Izba stoi na stanowisku, że ze względu na treść art. 90 ust. 2 Pzp wykonawca nie powinien zawężać swoich wyjaśnień tylko do odpowiedzi na zwrócenie się o wyjaśnienia przez Zamawiającego. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp brzmi »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy« i właściwie tylko nieznacznie został obecnie znowelizowany. Wykonawca, do którego zwrócił się zamówienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień powinien wykorzystać tę okoliczność i powinien przedstawić możliwie najpełniejsze wyjaśnienia zaoferowania takiej a nie innej ceny, a w tym przedstawić nawet bardzo szczegółową kalkulację ustalenia ceny ofertowej.

Próba uzupełnienia przez Odwołującego FLOREKO wyjaśnień z 16.11.2016 r. w treści odwołania nie może być zaakceptowana przez Zamawiającego, a także przez Izbę.

VI. Odwołujący FLOREKO nie wykazał, że obowiązek malowania koszy nie obejmował wszystkich koszy w zakresie przedmiotu zamówienia. Dlatego pominięcie w wyjaśnieniach kosztów malowania wszystkich koszy nie może być uwzględnione przez Izbę, jako właściwe sporządzenie wyjaśnień przez Odwołującego FLOREKO.

VII. Odwołujący FLOREKO nie zgadza się z Zamawiającym, że cyt. „koszty ogólne powinny być proporcjonalne do faktycznego nakładu pracy, jak i oszacowane do poniesienia wydatków dla każdej z pozycji indywidualnie". Jednak Zamawiający słusznie – zdaniem Izby – stwierdza, że sposób przedstawienia kalkulacji musi być logicznie zaprezentowany, a w rozpoznawanej sprawie Odwołujący FLOREKO nie dołożył dostatecznych starań do sporządzenia wyjaśnień i kalkulacji.

VIII. Zamawiający słusznie zarzucił Odwołującemu FLOREKO, że w wyjaśnieniach Odwołujący FLOREKO pominął lub nie uwzględnił rzeczywistych nakładów pracy albo przerzucił je do innych pozycji, co nie może zostać zaakceptowane, jako właściwe sporządzenie wyjaśnień.

IX. Odnośnie przestawiania koszy betonowych o wadze około 300 kg Odwołujący FLOREKO nie wyjaśnił jak ma zamiar tego dokonywać i dopiero przybliżył swoje zamierzenia w odwołaniu, jednak zostało to przedstawione zbyt późno, gdyż już po odrzuceniu oferty Odwołującego FLOREKO i po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

X. Odnośnie długości tras samochodów, z których pomocą Odwołujący FLOREKO będzie wykonywać usługę Izba musi przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący FLOREKO nie uwzględnił w ofercie i wyjaśnieniach właściwych odległości, które będą pokonywać te pojazdy, szczególnie biorąc pod uwagę, że odległość z Lublina np. do Lubartowa czy do Bełżyc (najbliższe Lublina RIPOK-i) to ok. 25 do 30 km w jedną stronę.

Wobec powyższego Izba nie może przychylić się do zarzutów Odwołującego FLOREKO sformułowanych w znacznej części z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie, mimo że ten Wykonawca przyznał, że zawarł porozumienie zmierzające do ograniczenia konkurencji i nie wykazał skutecznie w procedurze samooczyszczenia, że podjęte przez niego środki naprawcze są wystarczające do uznania, że nie podlega on wykluczeniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że Zamawiający po dokonaniu wyjaśnień oferty i analizy tych wyjaśnień (zastrzeżonych skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz działań, jakie mogą być podejmowane i zostały podjęte w sprawach praktyk ograniczających konkurencję przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Zamawiający podjął decyzję, że

Wykonawca wypełnił przesłanki z art. 24 ust. 8 Pzp – procedura *self-cleaning.* W związku z

tym wykonawca ten nie podlega wykluczeniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez Odwołującego FLOREKO przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przystępujący KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie złożył fakturę VAT na kwotę 3.600,00 zł celem zaliczenia do kosztów postępowania kosztów pełnomocnictwa i zastępstwa prawnego, jednak przystępujący nie wykazał, na podstawie jakich przepisów Izba miałaby tego dokonać. Wobec braku takich przepisów Izba nie może zaliczyć wskazanej kwoty do kosztów postępowania.

Sygn. akt: KIO 2382/16

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie Odwołującego HORTUS nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego HORTUS.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego HORTUS dowód a – mapa Lublina, dowód b – »Założenia do systemu opróżniania«.

Izba nie mogła wziąć pod uwagę dowodu c – filmu pokazującego malowanie kosza przez osobę fizyczną, gdyż w dowodzie Odwołujący HORTUS nie wykazał zbliżenia, czyli jakości malowania kosza. Zamawiający w pkt 3.2.11.3 str. 2 z 21 SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia wskazał »Utrzymanie koszy tj. dokonywanie bieżącej naprawy i konserwacji koszy ulicznych w zakresie uzgodnionym z przedstawicielem Zamawiającego, a w szczególności […] malowanie całych koszy co najmniej trzy razy w ciągu roku, a w szczególności po zakończonym sezonie zimowym (kwiecień), w okresie letnim (lipiec-sierpień), przed sezonem zimowym (październik-listopad) lub ich wybranych elementów w zależności od bieżących potrzeb«. Izba stwierdza, że mimo, że zamawiający użył czasownika niedokonanego – malować, to ze względu na cel tego działania wyrazu tego nie należy rozumieć jako jakkolwiek »malowanie«, ale malowanie takie, aby pokryć zabrudzenia czy ubytki, a jednocześnie co najmniej nie zaburzyć estetyki, bo przecież celem przedmiotowego malowania jest właściwe utrzymanie koszy.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp – przez odrzucenie oferty Odwołującego HORTUS, pomimo że ta oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez Odwołującego HORTUS wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zarzut zbyt wysokiego oszacowania dokonany przez Zamawiającego nie został wniesiony w odpowiednim terminie po momencie, w którym wykonawca dowiedział się o kwocie szacunku, a więc w terminie otwarcia ofert. Dlatego zarzut nie może zostać

rozpoznany.

Dalej Izba stwierdza, że Zamawiający musi indywidualnie podchodzić do każdej oferty i każdych wyjaśnień wykonawców odnośnie rażąco niskiej ceny. Dlatego może się zdarzyć, że w tym samym postępowaniu zamówieniowym oferta o niższej cenie nie będzie uznana za ofertę z rażąco niską ceną, a oferta z ceną wyższą zostanie odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Zależeć to będzie od treści wyjaśnień, które wykonawca złoży zamawiającemu (na zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy), zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, który brzmi »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy«. Zamawiający analizuje te wyjaśnienia wykonawcy i musi ocenić wyjaśnienia bądź uwzględniając, bądź uznając, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską

cenę, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Wyjaśnienia Odwołującego HORTUS złożone z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa zostały właśnie – również zdaniem Izby zasadnie – uznane przez Zamawiającego za potwierdzające, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dowody a i b złożone na rozprawie nie wykazały pokonywania odległości w sposób, który dawałby Odwołującemu HORTUS nadzwyczajne przewagi nad konkurencją. Podobnie w sprawie zatrudnienia wykonawca nie wykazał, że będzie niezależnie mógł dysponować wskazanymi przez siebie osobami. Także system zatrudnienia stosowany u Odwołującego HORTUS nie może być uzasadnieniem, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Również Odwołujący HORTUS wykonał obliczenia w sposób niepełny, a Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania poprawy obliczeń czy dokonywania innych poprawek w wyjaśnieniach. Izba musi podkreślić, że przepisy art. 87 ust. 1 i 2 Pzp należy traktować jako wyjątki od reguły niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert (w rozpoznawanym postępowaniu nie miał zastosowania art. 87 ust. 1a Pzp, dlatego Izba nie porusza tego przepisu). Przepisy art. 87 ust. 1 i 2 Pzp odnoszą się do ofert, a skoro są wyjątkami to nie można ich interpretować rozszerzająco (exceptiones *non sunt extendendae),* dlatego nie powinno się wyjątku odnosić do sytuacji podobnej, czyli w tym przypadku do omyłek w wyjaśnieniach. O odnoszeniu się przepisów art. 87 ust. 1 i 2 Pzp świadczą już pierwsze wyrazy tych przepisów – art. 87 ust. 1 Pzp »W toku badania i oceny ofert [...]« i art. 87 ust. 2 Pzp »Zamawiający poprawia w ofercie [...]«.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp – przez odrzucenie oferty Odwołującego HORTUS, pomimo że ta oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez Odwołującego HORTUS wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdyż Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego HORTUS zasadnie.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego HORTUS w oparciu o niezgodność jej treści z treścią SIWZ, pomimo że oferta nie zawierała błędów, których nie można byłoby poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp – przez jego niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego HORTUS do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez Odwołującego HORTUS oferty w zakresie sprzeczności dotyczącej korzystania z podwykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez jego niezastosowanie i brak poprawy w ofercie Odwołującego HORTUS innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że ze względu na ekonomikę postępowania zamawiający nie może być

obowiązany do wykonywania czynności zbędnych czy niemających wpływu na wynik postępowania. Jest to wyraźnie pokazane w art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis nakazuje zamawiającemu w określonych okolicznościach do wezwania wykonawców do złożenia sprecyzowanych dokumentów, jednak nie w przypadku, gdy działanie to nie może przynieść żadnych skutków, do czego odnosi się sformułowanie »chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

W związku z tym, że oferta Odwołującego HORTUS podlega odrzuceniu ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, Zamawiający może odstąpić od dalszego badania oferty i zaniechać stosowania procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Również Zamawiający może odstąpić od dalszego badania oferty, gdy stwierdzi, że oferta Odwołującego HORTUS podlega odrzuceniu, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co jest unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu HORTUS, że dokonywał obliczeń „od tyłu", to znaczy wychodząc od wyniku dopasowywał do tego składniki. Jednak Izba stwierdza, że wykonawca może dokonywać obliczeń »od przodu« [przyjmować wartości składników i dokonywać na nich odpowiednich działań w celu osiągnięcia ostatecznego wyniku] i »od tyłu« [założyć ostateczny wynik i przystosowywać do niego wartości odpowiednich składników]. Ważne jest, aby składniki, działania arytmetyczne i wyniki – logicznie i rachunkowo współgrały ze sobą i nie było tam widocznych odstępstw czy błędów w ofercie, a szczególnie w wyjaśnieniach. W wyjaśnieniach Odwołującego HORTUS zabrakło wystarczającej precyzji, co zresztą przyznał sam Odwołujący na rozprawie, i dlatego

Zamawiający zasadnie stwierdził, że oferta podlega odrzuceniu ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu, biorąc pod uwagę ekonomikę postępowania zamawiający – mając do czynienia z ofertą podlegającą odrzuceniu z innych powodów (rażąco niska cena) – mógł zaniechać żądania od Odwołującego HORTUS wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«. Nie mogło to mieć wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez wybór oferty, która nie odpowiada treści SIWZ i nie jest najkorzystniejszą spośród złożonych ofert – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że Zamawiający 4.11.2016 r. (piątek) dokonał sprostowania i zmienił treść oferty w zakresie zmiany formularza ofertowego. Wykonawca KOM-EKO sporządził ofertę na »starym« formularzu i złożył tę ofertę przed upływem terminu składania ofert, który upływał 07.11.2016 r. (poniedziałek). W związku z tym Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający zasadnie na podstawie art. 87 ust. 2 ust. 3 Pzp dokonał poprawy omyłek, gdyż nie powodowało to istotnych zmian w treści oferty. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie […] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty […] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. Następnie Zamawiający dokonał oceny tej oferty i dokonał wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej nie naruszając żadnego z przepisów przytaczanych przez Odwołującego HORTUS.

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący HORTUS w żadnym miejscu odwołania nie uzasadnił naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, a samo przytoczenie przepisu bez wykazania jego naruszenia nie może być podstawą do uwzględnienia takiego zarzutu przez Izbę. Ponadto Odwołujący nie wykazał naruszenia jakiegokolwiek przepisu w zakresie, który mógłby mieć wpływ na wynik postępowania. Z tych powodów Izba nie może przychylić się do stanowiska Odwołującego.

35

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez Odwołującego HORTUS przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……

36