Sygn. akt: KIO 223/16
Sygn. akt: KIO 224/16
Sygn. akt: KIO 225/16
Sygn. akt: KIO 228/16

WYROK
z dnia 10 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 1 i 8 marca 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2016 roku przez:

A. wykonawcę **POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa (sygn. akt: KIO 223/16);**
B. wykonawcę **„Zakład Zieleni" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kozielska 4/38, 01-163 Warszawa (sygn. akt: KIO 224/16);**
C. wykonawcę **W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, Kacice 58, 06-100 Pułtusk (sygn. akt: KIO 225/16);**
D. wykonawcę **Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa (sygn. akt: KIO 228/16),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa,**

przy udziale:

A. wykonawcy **W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, Kacice 58, 06-100 Pułtusk,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 223/16, 224/16 i 228/16 po stronie zamawiającego,
B. wykonawcy **„AG-COMPLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** , zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 225/16 po stronie zamawiającego,
C. wykonawcy **SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 228/16 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 223/16 i nakazuje zamawiającemu - Zarządowi Oczyszczania Miasta unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej przez wykonawcę: W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze; w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;
1B. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 224/16 w zakresie wszystkich zarzutów odwołania i nakazuje zamawiającemu - Zarządowi Oczyszczania Miasta unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej przez wykonawcę: W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe,

Ogrodnicze;
1C. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 225/16 i nakazuje zamawiającemu - Zarządowi Oczyszczania Miasta unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części XIII zamówienia, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie w całości zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa treści pisma wykonawcy „AG-COMPLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 stycznia 2016 roku dot. rażąco niskiej ceny" oraz powtórzenie pn. „Wyjaśnienie wraz z załącznikami

(uzupełnienie) czynności wezwania wykonawcy „AG-COMPLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do wyjaśnienia wysokości ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, celem przedłożenia dodatkowych dowodów na potwierdzenie wpływu okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach na kalkulację ceny oferty tego wykonawcy; w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;
1D. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 228/16 i nakazuje zamawiającemu – Zarządowi Oczyszczania Miasta unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części V zamówienia, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie w całości, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści załączników do pisma wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 stycznia 2016 roku, tj. wyjaśnień, szczegółowej kalkulacji wraz z przedstawionymi dowodami oraz nakazuje powtórzenie (uzupełnienie) czynności wezwania wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do wyjaśnienia wysokości ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, celem przedłożenia dodatkowych dowodów na potwierdzenie wpływu okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach na kalkulację ceny oferty tego wykonawcy; w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Zarząd Oczyszczania Miasta, i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez: wykonawcę POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; wykonawcę „Zakład Zieleni" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; wykonawcę W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisów od odwołań,
2.2. zasądza od zamawiającego – Zarządu Oczyszczania Miasta kwotę **74 400 zł 00 gr (słownie : siedemdziesiąt cztery tysiące czterysta złotych zero groszy),** w tym:
A. na rzecz wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),**
B. na rzecz wykonawcy „Zakład Zieleni" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),**
C. na rzecz wykonawcy W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),**
D. na rzecz wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),**
- stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisów i wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……...
Członkowie: ……...
……

Sygn. akt KIO 223/16
Sygn. akt KIO 224/16
Sygn. akt KIO 225/16
Sygn. akt KIO 228/16

UZASADNIENIE

Zamawiający - **Zarząd Oczyszczania Miasta** - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Pielęgnacja zieleni niskiej oraz utrzymanie czystości i konserwacja elementów małej architektury wzdłuż tras komunikacyjnych m.st. Warszawy,* z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Postępowanie prowadzone jest na postawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164], zwanej dalej „ustawą *Pzp".*

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamówienie jest podzielone na 13 części.

W dniu 9 lutego 2016 roku wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zostali poinformowani o wyborze najkorzystniejszych ofert, ofertach odrzuconych w ramach części zamówienia oraz wykonawcach wykluczonych poszczególnych oraz o unieważnieniu 2 części.

W dniu 19 lutego 2016 roku wykonawcy: POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 223/16), „Zakład Zieleni" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 224/16); W. F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze (sygn. akt: KIO 225/16) oraz Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 228/16) wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 223/16

Wykonawca **POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zwany dalej: ***„odwołującym I",*** wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego:
w zakresie rejonu I:
- zaniechania wezwania wykonawcy W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze (dalej zwanego: *„W. F.")* do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy W. F. pomimo niezłożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wymaganych przez zamawiającego w wyznaczonym terminie, względnie złożenia wyjaśnień, które nie potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp),
- wyboru dla rejonu I jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy W. F., który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak również którego oferta podlegała odrzuceniu na postawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp),
- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

w zakresie rejonu II:
- unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- zaniechania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący I zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
w zakresie rejonu I:
- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niewezwanie W. F. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających udziału w pomimo, spełnianie warunków postępowaniu iż przedłożone niego nie dokumenty potwierdziły wymaganego przez przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niewezwanie W. F. do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż przedłożone przez niego dokumenty nie potwierdziły wymaganego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia,

- art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nieodrzucenie oferty W. F. pomimo niezłożenia przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wymaganych przez zamawiającego w wyznaczonym terminie, względnie złożenia wyjaśnień, które nie potwierdzały, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,
- art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez bezzasadne wezwanie wykonawcy W. F. do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uwzględnienie dodatkowych wyjaśnień, błędną ocenę złożonych przez niego wyjaśnień, polegającą na przyjęciu, że wykonawca W. F. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas, gdy złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia były lakoniczne, zawierały informacje sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, świadczyły o zamiarze wykonania zamówienia niezgodnie z obowiązującymi

przepisami, nie odpowiadały treści wezwania zamawiającego oraz były niewiarygodne przez co nie pozwalały na wniosek, że wykonawca wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów oraz wyborem oferty wykonawcy W. F., który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz którego oferta podlegała odrzuceniu ze względu na zaoferowanie ceny rażąco niskiej (niezłożenie wyjaśnień, względnie złożenie wyjaśnień, które nie pozwalały na wniosek, że wykonawca wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska);

w zakresie rejonu XI:

- art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania w zakresie rejonu XI pomimo, iż zamawiający posiada możliwość zwiększenia finansowania zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący I wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

w zakresie rejonu I:

- unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy W. F., w tym wezwania wykonawcy W. F. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wyjaśnień w tym zakresie, na warunkach określonych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp,
- wykluczenia wykonawcy W. F. w przypadku niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- odrzucenia oferty wykonawcy W. F. z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, względnie złożenia wyjaśnień, które nie potwierdzały, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,
- wyboru oferty odwołującego;

w zakresie rejonu XI:

- unieważnienia unieważnienia postępowania w zakresie rejonu XI i kontynuację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta odwołującego

oraz wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony

na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podnosił, że wykonawca W. F. nie został wykluczony z postępowania ani wezwany do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz złożenia dodatkowych wyjaśnień pomimo, iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z pkt III ust. 2 SIWZ warunek posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywał lub wykonuje prace ogrodnicze polegające na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni niskiej o łącznej (suma z trzech lat) wartości nie mniejszej niż 700.000,00 zł brutto, w tym wartość (suma z trzech lat) skoszenia trawników powinna wynosić nie mniej niż 260.000,00 zł. Odwołujący I podkreślał, że prace przedstawione w wykazie załączonym do oferty wykonawcy W. F. i załączone do niego referencje nie mogą zostać w całości wzięte pod uwagę, gdyż pierwsza z pozycji w wykazie przedstawia prace (zrealizowane na rzecz PUW Lotar), które jedynie przez 17 dni (tj. od 13 do 30 listopada 2012 r.) były wykonywane w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, który upływał w dniu 13 listopada 2015 r., zaś zlecenie było wykonywane od 1 grudnia 2011 r. do 30 listopada 2012 r. Zdaniem odwołującego I, do wykazania spełnienia warunku powinny być wzięte pod uwagę tylko i wyłącznie prace wykonane w okresie 13.11.2012 r. – 13.11.2015 r., gdyż zamawiający wyraźnie sprecyzował, że wartość zrealizowanych prac stanowi suma wartości zrealizowanych prac z ostatnich trzech lat. Zwrócił również uwagę na to, że w listopadzie nie wykonuje się koszenia trawników. Ponadto, odwołujący I powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, tj. na: wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1460/08 oraz wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r. o sygn. akt: KIO 12/13.

Według odwołującego I, wykonawca W. F. nie spełnia wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia i powinien zostać wezwany zarówno do wyjaśnienia zakresu i wartości prac ogrodniczych zgodnych z treścią warunku w relewantnym okresie, jak i do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, gdyż zamówienia z poz. 2 i 3 są niewystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nadto także te zamówienia są wątpliwe.

W dalszej kolejności, odwołujący I podnosił, iż wskazane przez wykonawcę W. F. w wykazie prace nie powinny zostać przez zamawiającego uwzględnione w całości z uwagi na to, że zakres prac jakie obejmowały umowy z poszczególnymi zleceniodawcami był znacznie szerszy niż opisany przez zamawiającego warunek, tj. posiadania doświadczenia obejmującego prace ogrodnicze polegające na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni niskiej, w tym koszenie trawników. Przykładowo wskazał, że zakres prac świadczonych na rzecz PUW LOTAR P. S. obejmował: prace porządkowe (zbieranie zanieczyszczeń), koszenie trawników, kompleksową pielęgnację krzewów, wiosenne wygrabianie liści, jesienne wygarbianie liści, pielenie krzewów i żywopłotów. Dodał też, że co prawda wartość zrealizowanych przez wykonawcę prac zleceniodawca wycenił na 534.334,08 zł, jednakże wykonawca w żaden sposób nie wskazał w jaki sposób obliczył kwoty wskazane przez siebie w wykazie. Następnie podkreślił, że problem ten dotyczy wszystkich trzech referencji przedłożonych przez wykonawcę oraz, że zamawiający w ogóle pominął kwestię rozbieżności w zakresie prac wykonywanych przez wykonawcę W. F. na rzecz zleceniodawców, a zakresem prac, których wykonanie wskazane referencje miały potwierdzać, a w konsekwencji wykazanej ich wartości dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie wezwał wykonawcy do dalszych wyjaśnień lub uzupełnień w tym zakresie.

Zdaniem odwołującego I, wykonawca W. F. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu również pod względem wartości prac. Zauważył, że wykonawca ten został wezwany przez zamawiającego (pismem z dnia 25 listopada 2015 r.) do wyjaśnienia - dlaczego wskazane przez niego w wykazie wartości są wyższe (które uzyskał jako podwykonawca) od kwoty jaką wykonawcy faktycznie uzyskali w ramach umów zawartych z zamawiającym w dniu 15 listopada 2011 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi, iż: *„rozbieżności dotyczące wartości prac (...) wynikają między innymi z innych cen jednostkowych przyjętych w rozliczeniu pomiędzy mną a firmą LOTAR oraz ZAKŁADEM ZIELENI Sp. z o. o. niż Państwa ceny jednostkowe oraz z dodatkowych zleceń koszeń w ramach zawartych*

umów, które były realizowane w formie zleceń telefonicznych. Zlecenia te były wykonywane w trybie pilnym w związku z powyższym, ceny jednostkowe byty wyższe niż stawki przyjęte pierwotnie. W referencjach zostały wpisane stałe powierzchnie objęte zleceniem, nie ujęto dodatkowych prac zlecanych telefonicznie, gdyż co miesiąc były inne". W ocenie odwołującego I wyjaśnienia wykonawcy są niejasne i nie wynika z nich jednoznacznie, w jaki sposób obliczył kwoty wskazane w wykazie oraz jakie prace i o jakiej wartości zostały przez niego uwzględnione, nie przedstawił on też żadnych dowodów. Zwrócił też uwagę, że niecodzienną sytuacją jest to, że W. F. jako podwykonawca otrzymał wynagrodzenie

za wykonane prace wyższe niż otrzymali sami wykonawcy, albowiem celem prowadzenia działalności gospodarczej jest osiągnięcie zysku.

W ocenie odwołującego I, zamawiający nie był uprawniony do uznania, że wykonawca W. F. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia bez zastosowania procedury wyjaśnień z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wszystkie zamówienia wskazane w wykazie budziły wątpliwości, które nie zostały rozwiane przez wykonawcę w wyjaśnieniach składanych na wezwanie zamawiającego.

Dodatkowo, odwołujący I zauważył, iż referencja z 20 grudnia 2012 roku nie stanowi właściwego poświadczenia należytego wykonania zamówienia, ponieważ zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa konieczne jest składanie poświadczeń w miejsce referencji, innych dokumentów lub dotychczasowych ewentualnie oświadczeń, lecz tylko wówczas, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, zaś wykonawca W. F., przedkładając list referencyjny z 20 grudnia 2012 roku, nie wykazał zaistnienia takich okoliczności. Odwołujący I powołał się tutaj na przepis § 9 ust. 2 oraz § 1 ust. 2 pkt 1 obowiązującego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r.

Z kolei, uzasadniając zarzuty podniesione w stosunku do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę W. F. w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący I wskazywał, że przedstawione przez niego wyjaśnienia są niezwykle lakoniczne i nie wskazują żadnych konkretów. Podniósł, że wykonawca wskazywał na posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia, co miało skutkować niższymi kosztami i brakiem konieczności ponoszenia kosztów wynajmu, ale te okoliczności są, zdaniem odwołującego I, wspólne dla wszystkich wykonawców, a nadto wykonawca w żaden sposób ich nie skonkretyzował osiąganych przez siebie oszczędności i wpływu na cenę.

Dalej zauważył, że wykonawca W. F. powoływał się na własną produkcję wygrodzeń trawników - płotków, jednak również w tym zakresie nie podał poziomu osiąganych w ten sposób oszczędności. Także, co do kolejnej wykazanej okoliczności, tj. wynegocjowania atrakcyjnych cen na odbiór odpadów komunalnych wykonawca nie podał żadnych liczb, wpływu na cenę ani dowodów na poparcie swych twierdzeń.

Odwołujący I podniósł też, że wykonawca W. F. powołując się na niski koszt utylizacji odpadów zielonych przez posiadanie ziemi rolnej, na której rozprowadzane są powstałe i

rozdrobnione odpady zielone na powierzchni ziemi w celu jej nawożenia lub ulepszenia nie tylko ogólnikowo odniósł się do tej okoliczności, ale przede wszystkim wskazał na nieistniejącą podstawę prawną - rozporządzenie Ministra Rolnictwa z dnia 5 kwietnia 2011 r., gdyż nie obowiązuje żadne rozporządzenie Ministra Rolnictwa z 5 kwietnia 2011 r. Zauważył, że warunki odzysku za pomocą procesu odzysku R10 rozprowadzanie na powierzchni ziemi w celu nawożenia lub ulepszania gleby regulowało rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie procesu odzysku R10, jednak nie obowiązuje ono od dnia 24 stycznia 2015 roku. Dodał też, że niezależnie od powyższego, odpady o kodzie ex 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji z terenów zielonych - odpady zielone) mogły być

stosowane wyłącznie w miejscu ich powstania, a w celu określenia dawki odpadów możliwej do stosowania na glebach musiały być prowadzone przez wytwórcę odpadów badania w laboratoriach. Następnie, odwołujący I stwierdził, iż zgodnie z aktualnie obowiązującym rozporządzeniem z dnia 20 stycznia 2015 roku odpady zielone mogą być stosowane tylko na terenach zieleni miejskiej, w ogrodach i parkach oraz na terenach zdegradowanych, których przyszłe zagospodarowanie nie obejmuje rolniczego użytkowania przy łącznym spełnieniu określonych w rozporządzeniu warunków, a w myśl ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach muszą być przekazywane do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. W jego ocenie, stanowisko wykonawcy W. F. wskazuje na zamiar zagospodarowania odpadów niezgodnie z obowiązującymi przepisami.

Ponadto, odwołujący I zauważył, iż w przedmiotowych wyjaśnieniach wykonawca nie wskazał na zakładany poziom zysku.

Reasumując, stwierdził, że wyjaśnienia przedstawione przez W. F. były nie tylko lakoniczne, ale odwoływały się do niezgodnego z przepisami sposobu realizacji zamówienia jako źródła oszczędności. Jego zdaniem, wyjaśnienia te nie mogły stanowić wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a zatem należało uznać je za niezłożone lub co najmniej takie, które nie pozwalały uznać, że W. F. sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu i wykazał rzetelność zaoferowanej ceny, wobec czego jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zamawiający naruszył art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący I podnosił również, że zgodnie z żądaniem zamawiającego wykonawca W. F. winien był dołączyć do wyjaśnień wypełnione tabele dotyczące cen wskazanych w nich prac, uwzględniające wymagania SIWZ w zakresie zasad obniżenia cen jednostkowych po aukcji, tj., iż: „ceny jednostkowe netto z kol 6. za poszczególne rodzaje prac powinny zgodnie z zapisem w cz. IV pkt 2) SIWZ zostać obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie w formie pisemnej". Odwołujący I wskazał, iż wykonawca załączył do wyjaśnień tabele wypełnione

sprzeczne z postanowieniami SIWZ i instrukcją zamawiającego w związku z czym zamawiający pismem z dnia 28 stycznia 2016 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia powodów istotnych różnic pomiędzy cenami wykazanymi w tabelach złożonych wraz z wyjaśnieniami a cenami dotyczącymi tożsamych prac dostosowanymi do ceny oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, tj. obniżonymi nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie w formie pisemnej, zgodnie z zapisem cz. IV pkt 2 SIWZ, przy czym zamawiający załączył zestawienie tych rozbieżności. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca W. F. poinformował zamawiającego, iż doszło do omyłkowego załączenia niewłaściwych tabel kalkulacyjnych i załączył koleiną wersję tabel oraz wskazał, że w załączonych tabelach podane zostały koszty, jakie zostaną poniesione przy realizacji wyszczególnionych prac, które nie są cenami jednostkowymi. Odwołujący I podkreślił, że w związku z powyższym należy uznać, iż wykonawca wprost przyznał, że nie złożył wyjaśnień wymaganych przez zamawiającego, ponieważ przedłożone przez niego w wymaganym, zakreślonym przez zamawiającego terminie, tabele były wadliwe. Zatem, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jego oferta powinna zostać odrzucona. Podkreślił również, iż zamawiający w ogóle nie powinien był wzywać wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień, gdyż ceny, które zostały przez niego wskazane w załączonych tabelach, były niezgodne z SIWZ. Zdaniem odwołującego I, tabele kalkulacyjne przedstawione w wyniku drugiego wezwania były próbą zniwelowania wskazanych przez zamawiającego niezgodności z SIWZ i aby to osiągnąć, wykonawca w sposób twórczy dostosował tabele kalkulacyjne do swoich potrzeb, zmieniając np. czasochłonność niektórych czynności bądź niektóre ceny jednostkowe. Zwrócił też uwagę, iż w niektórych przypadkach wyliczenia zostały dokonane błędnie, a nadto, iż koszt robocizny powinien być wyższy niż 8 zł, aby zapewnić zgodność z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia. Odwołujący I wskazał również, że wykonawca W. F. próbował się bronić uzasadniając, iż wskazane w drugiej tabeli wartości stanowią koszty, a nie ceny jednostkowe oferty po aukcji. Zdaniem odwołującego I, zamawiający nie miał prawa zaakceptować takich wyjaśnień, które jednoznacznie wskazywały na ich sprzeczność z jednoznacznym i skonkretyzowanym żądaniem zamawiającego co do podania cen jednostkowych. W jego ocenie, twierdzenie, że podane w tabeli wartości stanowią koszty jest

kompletnie niewiarygodne. Zwrócił uwagę, iż niektóre z podanych wartości są identyczne lub prawie identyczne w stosunku do cen jednostkowych wyliczonych po aukcji lub nawet niższe, a zatem koszt jest równy cenie lub od niej niższy, pomimo, że - jak wynika z twierdzeń wykonawcy - nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów ceny, np. marży, co z kolei oznaczałoby, że wykonawca stosuje praktyki niedozwolone zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oferując ceny poniżej kosztów. Przede wszystkim jednak pierwotnie podane koszty znacząco odbiegają od tych wskazanych w uzupełnionych tabelach.

Reasumując, odwołujący I stwierdził, że zamawiający nie tylko wadliwie wezwał wykonawcę do ponownych wyjaśnień, zamiast odrzucić jego ofertę oraz pokazał mu w których punktach jego oferta jest niezgodna z SIWZ, ale także zaakceptował tabelę kalkulacyjną, która nie wskazała cen jednostkowych, o które pytał, ani realnych kosztów. Jego zdaniem, przedstawione w uzupełnionych tabelach obliczenia oparte były na „inżynierii" niwelującej poprzednią sprzeczność z SIWZ w odniesieniu do cen jednostkowych, a nie na rzeczywistych kosztach, przy czym zamawiający całkowicie pominął zmianę przyjętych założeń kosztowych, co także podważa wiarygodność obu zestawień. Podniósł również, że uzupełnienie tabel było niedopuszczalne i, że żaden z tych dokumentów nie dawał zamawiającemu jakiejkolwiek rzetelnej wiedzy o rzeczywistej wycenie oferty wykonawcy.

Natomiast, odnosząc się do unieważnienia postępowania przez zamawiającego dla rejonu XI na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odwołujący I stwierdził, że zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do przyczyn braku możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Wskazał, iż zgodnie z literalną wykładnią tego przepisu oraz ugruntowanym orzecznictwem zamawiający nie ma obowiązku unieważnienia postępowania, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podkreślił również, że zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania powinien uruchomić procedury dotyczące swojego budżetu w celu zwiększenia środków na realizację zamówienia. W uzasadnieniu powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym na: wyrok KIO z dnia 6 maja 2013 roku o sygn. akt: KIO 920/13, wyrok KIO z dnia 21 lutego 2014 roku o sygn. akt: KIO 226/14, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO 1624/10, czy wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r. o sygn. akt: KIO 1100/11.

Odwołujący I podniósł, że zamawiający nie wskazał, aby dokonywał jakiejkolwiek analizy możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w zakresie rejonu XI, a ograniczył się jedynie do przywołania kwoty, jaka została podana w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do tego rejonu oraz ceny oferty najkorzystniejszej, nie oświadczył również, że nie zamierza podwyższyć powyższej kwoty, ani nie podał jakie przyczyny o tym zdecydowały. Według odwołującego I z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego analizy możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej i dopiero wynik negatywny tej oceny uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu. Odwołujący I zwrócił również uwagę, iż w pozostałych rejonach wartość ofert wybranych wynosi 9.565.097,94 zł, co stanowi około

64 % kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia we wszystkich rejonach, a zamawiający poczynił około 5 mln oszczędności. Dodatkowo zauważył, iż w rejonie XI zostały złożone tylko 2 oferty, zatem w ogóle nie było możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, zaś zamawiający nie może mieć pewności, że w kolejnym postępowaniu zostaną złożone oferty w liczbie umożliwiającej przeprowadzenie aukcji, jak również, że zaoferowane ceny pozwolą na uzyskanie oszczędności względem ceny ofertowej zaproponowanej przez odwołującego w obecnym postępowaniu. Ponadto dodał, że jego oferta odbiegała od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w odniesieniu dla tego rejonu jedynie o 176.315,29zł, co stanowi około 3% względem poczynionych przez zamawiającego

oszczędności i poniżej 1% względem budżetu zamawiającego. Odwołujący I stwierdził, iż na istnienie możliwości finansowych zamawiającego wskazuje to, że przewidział on udzielenie zamówień uzupełniających w wysokości 7.056.816, 88 zł netto, co przy znacznych oszczędnościach cenowych dodatkowo zapewnia finansowanie zamówienia. Zwrócił też uwagę na fakt, iż postępowanie o udzielenie zamówienia niezależnie od technicznego podzielenia go na części, wciąż stanowi jedno zamówienie i jedno postępowanie, co potwierdza brzmienie przepisu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Jego zdaniem, przesłanka możliwości sfinansowania zamówienia w ramach poszczególnych rejonów powinna być oceniana przez zamawiającego z uwzględnieniem tego, że stanowią one element jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sygn. akt: KIO 224/16

Wykonawca „Zakład Zieleni" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwany dalej: ***„odwołującym II",*** wniósł odwołanie - w zakresie rejonu II - wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- dokonania wyboru w części II zamówienia (rejon II) oferty W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze (dalej zwanego: „W. F."), którego oferta zawiera rażąco niską cenę,
- zaniechania przeprowadzenia prawidłowej oceny wyjaśnień W. F. co do zaproponowanej ceny,
- zaniechania odrzucenia oferty W. F., jako zawierającej rażąco niską cenę,
- zaniechania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty W. F. wobec faktu, iż z samej treści wyjaśnień składanych przez tego

wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska, a nadto wobec faktu, iż wykonawca ten nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu; zamawiający jedynie w warstwie formalnej przeprowadził postępowanie sprawdzające w zakresie weryfikacji ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, nie przeprowadzając analizy merytorycznej, w tym rachunkowej oferty i wyjaśnień tego wykonawcy, które nie obaliły domniemania ustanowionego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty W. F. mimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 7 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący II wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty W. F., jako najkorzystniejszej w rejonie II,
- odrzucenia oferty W. F., jako zawierającej rażąco niską cenę,
- wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podnosił, że wykonawca W. F., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany przez zamawiającego w dniu 15 stycznia 2016 r. do złożenia wyjaśnień odnośnie zaproponowanej ceny, przy czym wobec treści oferty w porównaniu z innymi złożonymi ofertami oraz wobec treści zacytowanego przepisu było to postąpienie uzasadnione. Ponadto zauważył, iż rażąca była dysproporcja między cenami, jakie wykonawca ten zaproponował w części pisemnej postępowania, a cenami jakie zaproponował po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Odwołujący II zwrócił również uwagę na to, że wykonawca, w uzupełnieniu swoich wyjaśnień, w niezrozumiały sposób usprawiedliwiał się załączeniem niewłaściwych tabel kalkulacyjnych, co jego zdaniem może dziwić, bowiem tabele dotyczyły dokładnie tej samej materii i ktoś musiał je w takiej formie sporządzić. W ocenie odwołującego II, wykonawca W. F. nie sprostał ciężarowi dowodu, który na nim spoczywał i już same założenia poczynione co do kosztów dyskwalifikują jego wyjaśnienia, co powinien był zauważyć zamawiający.

Odnosząc się szczegółowo do wyjaśnień wykonawcy W. F. odwołujący II wskazywał,

co następuje.

W zakresie kosztów pracowników wykonawca podał cenę jednostkową pracy na poziomie 8,00 zł netto za roboczogodzinę, co należy rozumieć jako pracę jednej osoby

przez jedną godzinę. Zauważył, że cena za jedną roboczogodzinę nie powinna być jednak nigdy niższa od płacy minimalnej brutto za godzinę. Podał, że minimalna płaca od 1 stycznia 2016 r. wynosi 1.850 zł brutto, a pracodawca poniesie koszt jeszcze wyższy, tj. minimum 2.233,70 zł. Stwierdził też, że może to być mniejsza kwota w przypadku uzyskiwania korzyści z zatrudniania osób niepełnosprawnych, jednak wykonawca w tym przypadku nie podniósł takiej okoliczności, ani jej nie wykazał stosownymi dokumentami. Zdaniem odwołującego II oznacza to, że roboczogodzina nie może kosztować mniej, aniżeli 13,29 zł (tj. 2.233,70 zł/ 168 godzin pracy średniomiesięcznie). W konsekwencji, w jego ocenie, wykonawca na realizacjach zawartych pod poz. 3.2, 3.6, 5.17.1 oraz 5.20 poniesie stratę, a w pozostałych przypadkach obniży zakładany zysk, zbliżając go do znacząco symbolicznego.

W zakresie kosztów związanych z pracą sprzętu stwierdził, że koszt pracy sprzętu, który jest w stanie skosić jeden hektar w czasie 9-ciu motogodzin jest dużo wyższy niż 15 zł/ha. Odwołujący II podniósł, że koszt zużycia paliwa wynosi minimum 36,00 zł/ha, przy czym kosiarka zużywa średnio 12l/ha, a motogodzina pracy takiego urządzenia, przy cenie oleju napędowego na poziomie 3,00 zł za litr, kosztuje 72,00 zł. Następnie, wskazał, że koszt skoszenia 1 ha chwastowiska (poz. 2.1.2) przy powyższych parametrach wynosiłby co najmniej 390,71 zł, co jest o 125,02 zł wyższe od wykazanej przez wykonawcę ceny jednostkowej w kosztorysie. Stwierdził również, że rzetelne ujęcie kosztów spowodowałoby, że koszt koszenia przy pomocy takiego sprzętu, jak kosiarka spalinowa typu Stihl FS 450 - koszt pracy na jeden hektar, przekroczyłby wartość podaną przez wykonawcę, bowiem kosiarka ta - wedle danych - zużywa średnio 4,5l/h, a motogodzina pracy takiego urządzenia, przy cenie oleju napędowego na poziomie tylko 3,40 zł za litr, kosztować musi nie mniej, niż 229,50 zł. Zauważył, iż sam koszt paliwa wynosi 15,30 zł/ha, a w przypadku pracy kosy Stihl należy uwzględnić również wydłużony czas pracy (czas potrzebny do skoszenia 1-go hektara to ok. 15 godzin, przy czym 30% czasu koszenia powinno być przeznaczone na grabienie oraz załadunek, bo to również wchodzi w skład usługi). W rezultacie, w ocenie odwołującego II, koszt koszenia (poz. 2.1.1) 1 ha przy powyższych parametrach wynosiłby przynajmniej 627,10 zł, co jest już o 7,16 zł wyższe od wykazanej przez wykonawcę W. F. ceny jednostkowej w kosztorysie. Z kolei koszt koszenia 1 ha chwastowiska (poz. 2.1.2) przy powyższych parametrach wynosiłby co najmniej 592,10 zł, co jest o 326,41 zł wyższe od wykazanej przez niego ceny jednostkowej w kosztorysie. Jako dowód na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący II załączył do odwołania: ulotkę informacyjną i dane fabryczne obsługi samojezdnej kosiarki Amazone Profihopper 1250 zDrive oraz ulotkę informacyjną kosiarki Stihl FS 450. Następnie dodał, że w wydatkach poniesionych na pracę sprzętu należy uwzględnić również koszt zwykłej

eksploatacji urządzenia (oleje, części zamienne), koszty konserwacji, przeglądów, w tym materiały oraz pracę pracowników warsztatu, czego wykonawca w ogóle nie uwzględnił i co czyni jego wyjaśnienia wadliwymi.

Ponadto, odwołujący II zauważył, że wykonawca W. F. w swoich wyjaśnieniach wykazał w pozycji 2.2.1, 2.2.2 oraz 5.15.2 wyższy koszt jednostkowy od ceny jednostkowej w kosztorysie.

Z kolei odnosząc się do kwestii dostawy i montażu płotka podniósł, iż ceny płotków są znacznie wyższe, aniżeli przyjęte przez wykonawcę. Dodał również, że wykonawca W. F. nie poparł żadnymi dowodami swoich twierdzeń dotyczących wytwarzania przez siebie płotków. Stwierdził też, że wytworzenie czegokolwiek również wymaga poniesienia kosztów. Do odwołania, odwołujący II jako dowód załączył dwie faktury wystawione przez lokalnego dostawcę, na potwierdzenie kosztów dotyczących poprzeczki ogrodzeniowej i słupka.

W jego ocenie nie da się za zaproponowaną cenę wykonać tego zamówienia.

Zdaniem odwołującego II wyjaśnienia wykonawcy W. F. to nic nie znaczące ogólniki,

nie zostały poparte żadnymi dowodami, a ponadto są to cechy przynależne większości wykonawców startujących w niniejszym postępowaniu.

Podniósł też, że każdy wykonawca posiada w większości własny sprzęt, jak również każdy wykonawca lokalny działa na tym samym rynku i jako masowy odbiorca korzysta z rabatów, przy czym rabaty dla podobnych podmiotów nie różnią się na tyle, aby górować znacznie nad innymi wykonawcami kosztem z tym związanym, zaś wykonawca W. F. nie wskazał, w jakim zakresie wpływa to na poszczególne elementy kosztowe.

Dalej, odwołujący II wskazywał, że wykonawca W. F. w żadnym fragmencie swoich wyjaśnień nie uwzględnił kosztów, które musi ponosić realizując zamówienie (stałych i zmiennych), które nie dotyczą samego zamówienia, ale całej działalności firmy, a jak zauważył określony procent kosztów prowadzenia przedsiębiorstwa zawsze obciąża każdą wykonywaną usługę. Brak ujęcia tych kosztów w wyjaśnieniach wykonawcy świadczy o tym, że wyjaśnienia są nierzetelne.

Zwrócił również uwagę, że wykonawca W. F. nie wyjaśnił właściwie wątpliwości zamawiającego co do zaproponowanych cen, ponieważ nie wykonał zobowiązania nałożonego na niego w piśmie z dnia 28 stycznia 2016 r., lecz w swojej odpowiedzi z dnia 2 lutego 2016 r. wskazał, iż formularze cenowe wypełni dopiero po wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Reasumując, odwołujący II stwierdził, że cena zaproponowana przez wykonawcę W. F. jest rażąco niska, co powinno było skutkować odrzuceniem jego oferty.

Sygn. akt: KIO 225/16

Wykonawca W. F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze zwany dalej: ***„odwołującym III”,*** wniósł odwołanie - w zakresie rejonu XIII - wobec czynności zamawiającego polegających na:
- zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia całości wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o.,
- uznaniu, że złożone po przeprowadzonej aukcji elektronicznej wyjaśnienia przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. są wystarczające, podczas, gdy ich analiza wskazuje, że dokonane zostały pobieżnie i nie poddają się rzetelnej ocenie w zakresie badania rażąco niskiej ceny, co implikować winno ich odrzucenie,
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez AG Complex Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niska cenę, ewentualnie stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- wyborze oferty dotyczącej rejonu XIII złożonej przez AG Complex Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas, gdy zawierała ona rażąco niską cenę i jako taka winna podlegać odrzuceniu,
- bezpodstawnym zaniechania wyboru oferty odwołującego, dotyczącej rejonu XIII, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący III zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa treści pisma wykonawcy AG Complex Sp. z o.o. z dnia 21 stycznia 2016 r. (od strony 5), podczas, gdy podmiot ten nie udowodnił, że zastrzeżona treść wzmiankowanego pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, zasłaniając się ogólnikowymi stwierdzeniami, niepoddającymi się weryfikacji,
- art 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp przez uznanie, że złożone przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. wyjaśnienia były wystarczające do uznania, iż nie zawierają rażąco niskiej ceny, podczas, gdy wyjaśnienia te są ogólnikowe, wzmiankowany wykonawca nie przedłożył nadto dowodów (o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), które potwierdzałyby, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny i uwzględniała wszystkie koszty związane z usługami objętymi postępowaniem, obowiązek zaś wykazania, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez AG Complex Sp. z o. o. w sytuacji, gdy złożona w toku aukcji elektronicznej oferta zawierała rażąco niską cenę,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w toku aukcji elektronicznej przez AG Complex Sp. z o.o., podczas, gdy działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku usług będących przedmiotem postępowania i oferowaniu ich świadczenia poniżej kosztów.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący III wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- zweryfikowania zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez AG Complex Sp. z o.o., a w konsekwencji odtajnienia całej treści pisma z dnia 21 stycznia 2016 r. jako nie posiadającego waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie dowodu na rozprawie z odtajnionej części wyjaśnień,
- unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, dotyczącej rejonu XIII, złożonej przez AG Complex Sp. z o.o.,
- dokonania ponownie czynności oceny ofert, dotyczących rejonu XIII, w tym odrzucenia oferty AG Complex Sp. z o.o.,
- wyboru oferty odwołującego, dotyczącej rejonu XIII, jako najkorzystniejszej,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący III, odnosząc się do kwestii zastrzeżenia przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do wyjaśnień złożonych przy piśmie z dnia 21 stycznia 2016 roku, podniósł, że spółka ta nie wykazała, że informacje zawarte w przekazanych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący III stwierdził, wykonawca AG Complex Sp. z o.o. przedstawił ogólne wyjaśnienia, powołując się na orzecznictwo oraz przytaczając przepisy ustawy Pzp, co nie stanowi jednak wykazania, że wykonawca ten rzeczywiście podjął czynności zmierzające do zapewnienia poufności określonych informacji. Odwołujący III powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2015 r. o sygn. akt: KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15, w którym Izba stwierdziła m.in., że: wykonawcy winni wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody (…). Odwołujący III zauważył, że wykonawca AG Complex Sp. z o.o. w swoich wyjaśnianiach wskazał, iż w ramach realizacji własnych polityk bezpieczeństwa podjął niezbędne działania w celu zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem,

w szczególności przez zobowiązanie swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania ich w poufności. Jednocześnie odwołujący III podkreślił, że wykonawca ten nie umożliwił zamawiającemu realnej weryfikacji treści wzmiankowanych polityk bezpieczeństwa, czy też umów z pracownikami, współpracownikami lub kontrahentami w zakresie ochrony informacji poufnych. Jego zdaniem, nie można uznać, że same twierdzenia wykonawcy stanowią wykazanie podjęcia działań zmierzających do ochrony przekazanych informacji w złożonych wyjaśnieniach. Dalej stwierdził, że lakonicznego sformułowania: *„Zapoznanie się konkurencji ze sposobem kalkulowania cen, przyjętymi stawkami mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę”* również nie można uznać za uprawdopodobnienie możliwości zaistnienia szkody, w przypadku ujawnienia przekazanych przez AG Complex Sp. z o.o. informacji, przy czym wykonawca winien a w ramach wykazać, przynajmniej uprawdopodobnić, dlaczego prowadzonego ujawnienie w złożonych postępowania przetargowego informacji umiejscowionych wyjaśnieniach może wyrządzić mu szkodę i w czym upatruje on szkody.

W ocenie odwołującego III koniecznym i zasadnym jest odtajnienie całej treści wyjaśnień złożonych przez AG Complex Sp. z o.o., z uwagi na niewypełnienie przesłanek, które umożliwiałyby zastosowanie wyjątku od zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Następnie, odnosząc się do kwestii wyjaśnień wykonawcy AG Complex Sp. z o.o.,

dotyczących ceny oferty, odwołujący III powołał się na przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jak również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r. o sygn. akt KIO 1497/15.

Odwołujący III stwierdził, że w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę, w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Podkreślił, że rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń, w tym obiektywnych dowodów, wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnie sprzyjających okoliczności.

Zdaniem odwołującego III, wykonawca AG Complex Sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach z dnia 21 stycznia 2016 r. nie wykazał, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca ten nie dokonał rzetelnego wykazania sposobu obliczenia kosztów, związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący III zwrócił również uwagę na brzmienie postanowienia części IV pkt 1 lit. a) SIWZ zgodnie z którym

ceny jednostkowe musiały zawierać koszty związane z wykonaniem pracy, uwzględniać koszty materiałów np. nasion, kory, darni, ziemi, wynagrodzeń, farby, załadunku, wywozu i utylizacji odpadów, opłat i podatków, w tym podatku VAT oraz musiały uwzględniać czynności wskazane w załączniku nr 7 do SIWZ. Zatem, w jego ocenie, wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny winien odnieść się przynajmniej do wskazanych elementów cenotwórczych, wprost wymienionych w SIWZ. Odwołujący III podniósł, że ograniczenie się wykonawcy AG Complex Sp. z o.o. do stwierdzenia, że przy sporządzaniu kalkulacji cen jednostkowych przeanalizował on dokładnie wszystkie czynniki obiektywne, mające wpływ na sposób liczenia cen i zaproponowanie odpowiednich stawek korzystnych dla zamawiającego (obniżenie kosztów) i dla wykonawcy (zachowanie zysku), bez jakichkolwiek informacji, chociażby o sposobie obliczenia kosztów powoduje, że zamawiający nie miał żadnych informacji, które mogłyby mu posłużyć do zweryfikowania ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę.

Według odwołującego III, za nieistotne i niemające żadnej wartości dowodowej należy uznać odwoływanie się przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. do bardzo dobrej znajomości specyfikacji przedmiotu zamówienia, prowadzenia analogicznych prac w innych dzielnicach m.st. Warszawy, położenia bazy, jakości (wysokiej wydajności i bezpieczeństwa) sprzętu, wysokich kwalifikacji pracowników oraz wewnętrznych norm zakładowych, ponieważ wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób dobra znajomość specyfikacji przedmiotu zamówienia przekłada się na wysokość zaoferowanej ceny i które z kosztów realizacji zamówienia zostały dzięki posiadanemu doświadczeniu obniżone i dlaczego. Ponadto, wykonawca AG Complex Sp. z o.o. nie wykazał, że rzeczywiście w jego przedsiębiorstwie wewnętrzne normy zakładowe zostały wprowadzone i nie przedłożył żadnych dowodów na tą okoliczność, jak również nie wyjaśnił w jaki sposób, w tym konkretnym postępowaniu przetargowym, wewnętrzne normy zakładowe umożliwią temu wykonawcy obniżenie kosztów.

Odwołujący III zauważył także, iż wykonawca AG Complex Sp. z o.o. nie udowodnił, że rzeczywiście dysponuje wysokowydajnym sprzętem i jakie miałoby to mieć (chociażby hipotetyczne) przełożenie na zaoferowaną cenę. Odwołujący III, postawił również pytanie: w jaki sposób zamawiający miał zweryfikować realność obniżenia kosztów spowodowanych, wskazanymi w wyjaśnieniach wykonawcy AG Compex Sp. z o.o., okolicznościami i rozwiązaniami organizacyjnymi, skoro nie znał ich wartości?

Zdaniem odwołującego III, zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o., ponieważ wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i tym samym zamawiający powinien był odrzucić ofertę tego wykonawcy, gdyż złożona oferta zawierała rażąco niską cenę.

Następnie odwołujący III odniósł się do definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, wynikającej z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak i wskazanej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1605/10.

Odwołujący III zauważył, że w postępowaniu dotyczącym rejonu XIII on sam w ofercie wskazał kwotę 1.639.983,34 zł, wykonawca Zakład Zieleni Sp. z o.o. kwotę 1.892,603,75 zł, a wykonawca AG Complex Sp. z o.o. kwotę 2.527.994,92 zł, przy czym kwota zaoferowana przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. w trakcie przeprowadzonej aukcji uległa zmniejszeniu do 758.500,00 zł - a więc o kwotę 1.769.494, 92 zł. W opinii odwołującego III, powyższe oznacza, że albo pierwotnie złożona przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. oferta była wyjątkowo nierzetelnie przygotowana, albo cena zaoferowana przez tego wykonawcę w trakcie przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niewiarygodna wykonawcę i nierealistyczna, tym samym konieczne było rzetelne przedstawienie przez AG Complex Sp. z informacji, i dowodów, z wynikałoby o.o. wyliczeń których ten tak zamierza w jakich obszarach wykonawca poczynić istotne oszczędności, aby pierwotnie przedstawiona kwota zredukowana została o ok. 70 %.

W dalszej kolejności, odwołujący III zauważył, że wykonawca AG Complex Sp. z o.o. winien uwzględnić w przedłożonej kalkulacji kosztów również to, że z dniem 24 stycznia 2016r. weszło w życie rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku. Wskazał, że przepisy tego rozporządzenia (w odróżnieniu od uprzednio obowiązującego rozporządzenia w tym przedmiocie z dnia 21 kwietnia 2006r.) nie dopuszczają możliwości przekazywania osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami odpadów o kodzie 02 01 03, w celu ich wykorzystania w przydomowych kompostownikach, w związku z czym kalkulacja kosztów winna uwzględniać również konieczność przekazywania odpadów zielonych pochodzących m.in. z pielęgnacji terenów zielonych.

W końcowej części uzasadnienia odwołania, odwołujący III, zwrócił uwagę na fakt, iż w przypadku dzielnicy Mokotów, co do której powierzchnia wskazana w SIWZ była mniejsza niż w przypadku dzielnicy Bielany, najkorzystniejsza oferta opiewała na kwotę 1.101.000,41zł, w przypadku dzielnicy Śródmieście, co do której powierzchnia wskazana w SIWZ oznaczona została na 74,31 ha, najkorzystniejsza oferta opiewała na kwotę 976.027,99 zł, a w przypadku dzielnic Targówek i Białołęka (o łącznej powierzchni wskazanej w SIWZ 156,51 ha) najkorzystniejsza zaoferowana cena to 1.557.700,00 zł - a więc niemal dwa razy więcej niż oferta złożona przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. na rejon XIII. Zdaniem odwołującego III, tak duża rozbieżność w cenie zaoferowanej w przypadku rejonu XIII oraz pozostałych rejonów oznacza, że zaoferowana przez AG Complex Sp. z o.o. cena

jest nierealistyczna i rażąco niska, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Sygn. akt: KIO 228/16

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: ***„odwołującym IV”,*** wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie rejonu IV i V, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień SITA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej: „SITA” dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo, iż informacje zastrzeżone przez SITA nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie rejonu nr V,
- art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SITA, mimo, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzają, iż cena oferty SITA jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera cenę rażąco niską w stosunku

do przedmiotu zamówienia na realizację zamówienia w zakresie rejonu nr V, a w szczególności wszystkie ceny jednostkowe (z wyłączeniem ceny za kompleksową pielęgnację 100 m2 krzewów) są rażąco niskie,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), zwanej dalej „uznk", przez zaniechanie odrzucenia oferty SITA, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia na realizację zamówienia w zakresie rejonu nr V,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SITA, mimo, iż oferta ta jest niezgodna z SIWZ w zakresie, w jakim wszystkie ceny jednostkowe (z wyłączeniem ceny za kompleksową pielęgnację 100 m2 krzewów) w rejonie V nie pokrywają wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, dokumentów zwanego dalej: „W. F.", do wyjaśnienia lub uzupełnienia

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie rejonu nr IV,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący IV wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla rejonu nr IV i V,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert dla rejonu nr IV i V,
- odtajnienia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zastrzeżonych przez SITA w zakresie rejonu nr V,
- odrzucenia oferty SITA na realizację zamówienia w zakresie rejonu nr V,
- wezwania wykonawcy W. F. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie rejonu nr IV,
- wykluczenia wykonawcy W. F. z postępowania w zakresie rejonu nr IV,
- dokonania wyboru oferty Remondis jako najkorzystniejszej w zakresie rejonu nr IV i V.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący IV podnosił, że zamawiający w sposób nieuprawniony odmówił mu ujawnienia jakiekolwiek części złożonych przez SITA wyjaśnień z dnia 21 stycznia 2016 r., a dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz dokumentów załączonych do wyjaśnień. Stwierdził, że zastrzeżenie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Powołując się na brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wywodził, iż w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu, zaś obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym. Następnie odwołał się do treści przepisu art. 11 ust. 4 uznk i wskazał, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący IV podniósł, że nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś utrzymanie przez zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Zauważył też, że uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk, przy czym nie jest wystarczające jedynie twierdzenie wykonawcy, iż dana informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę. W tym zakresie przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 o sygn. akt: KIO 297/13, 300/13. Podkreślił, iż nie jest dopuszczalne całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego IV, dokonane przez SITA zastrzeżenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny nie spełnia wymagań ustawowych.

Stwierdził, że w wyjaśnieniach wykonawcy SITA nie jest zasadne wyłączenie jawności dokumentów, w zakresie, w jakim zawierają one dane publicznie dostępne lub powszechnie znane, jak również - nie stanowią o przewadze konkurencyjnej SITA ani nie przedstawiają wartości gospodarczej, czy też wyłączenie jawności informacji, które dotyczą ogólnych czynników cenotwórczych albo okoliczności wspólnych dla wszystkich wykonawców. Podniósł, że to samo dotyczy wskazanych w ewentualnej kalkulacji opisów pozycji kosztowych wskazanych w tabeli załączonej przez zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień oraz powiązanych z Formularzem Cenowym w ofercie SITA, który nie został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa lub oczywistych dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (np. zysk, koszty pracy itp.).

Odwołujący IV wskazał również, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny wykonawcy SITA wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe i nie potwierdza zasadności dokonania zastrzeżenia, a w szczególności nie zostały przedstawione dowody potwierdzające podjęcie przez SITA kroków w celu zachowania poufności informacji objętych zastrzeżeniem. Powołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 807/15.

Odnosząc się do kolejnego zagadnienia dotyczącego rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji przez złożenie oferty SITA na realizację zamówienia w zakresie rejonu nr V, a także jej niezgodności z SIWZ w rejonie V, odwołujący IV podnosił, co następuje.

W pierwszej kolejności wskazywał, że aktualne brzmienie przepisu art. 90 ustawy Pzp, wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, którego ciężar obalenia spoczywa na tym wykonawcy. Wobec powyższego SITA zobowiązana była do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, że zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zaniżenie ceny oferty, jak również zobowiązana była do przedstawienia wyjaśnień konkretnych i wyczerpujących, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń wartości. obowiązkiem i wskazywanych Zauważył też, że zamawiającego była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazanie konkretnych

elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący IV powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 roku o sygn. akt: KIO 2185/14, jak również na orzecznictwo sądów powszechnych, w tym na: wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie wydany w sprawie o sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. wydany w sprawie o akt: IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach wydany w sprawie o sygn. akt: XIX 179/13.

Odwołujący IV stwierdził, że SITA, która podczas aukcji elektronicznej ponad trzykrotnie obniżyła cenę oferty w stosunku do ceny zawartej w ofercie złożonej pierwotnie w formie pisemnej (z 2.117.285,52 zł do 697.285,00 zł), była zobowiązana wykazać zgodność oferty, z postanowieniem zawartym w części IV pkt 2) SIWZ, zgodnie z którym ceny jednostkowe z kolumny 6 za poszczególne rodzaje prac powinny zostać obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie w formie pisemnej. Zauważył też, że cena jedynej oprócz SITA oferty złożonej na wykonanie zamówienia w zakresie rejonu nr 5 niepodlegającej odrzuceniu, tj. oferty odwołującego, wynosi 1.166.155,92 zł, zaś wartość środków przeznaczonych przez zamawiającego na realizację zamówienia w tym rejonie

obejmowała podobną kwotę do ceny oferty Remondis, tj. 1.166.323,49 zł, a zatem obydwie te kwoty były więc o ok. 40% wyższe od ceny oferty SITA. Podkreślił też, że Remondis, podobnie jak SITA, jest jednym z wiodących podmiotów działających na rynku właściwym obejmującym przedmiot zamówienia, wobec czego wiele spośród czynników kosztotwórczych, takich jak: koszty stale prowadzenia działalności, koszty benzyny, koszty materiałów, koszty wynagrodzenia pracowników są podobne zarówno dla Remondis, jak również dla SITA. Obaj wykonawcy posiadają również podobne możliwości dotyczące obniżenia kosztów takie jak: doświadczenie, optymalizacja pracy czy skala działalności, wobec czego nieprawdopodobne jest posiadanie przez SITA takich warunków obniżenie ceny umożliwiających czynników kosztotwórczych, które umożliwiałoby zaoferowanie globalnie niższej ceny od szacunków zamawiającego oraz oferty Remondis, aż o ponad 40%.

Ponadto, odwołujący IV stwierdził, że ze względu na przyjętą formę wynagrodzenia i przyjęty przez zamawiającego sposób wyliczania ceny, zaniżone ceny jednostkowe przekładają się na rażąco niską cenę ofertową. W jego ocenie zaproponowane przez SITA ceny jednostkowe nie ujmują wszystkich kosztów niezbędnych do rzetelnego wykonania usług zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że ceny jednostkowe SITA po aukcji elektronicznej są nierynkowe, jeżeli przyjąć wszystkie koszty, na które składają się koszty: pracowników (minimalna krajowa 11,00 zł brutto); materiałów (m.in. nasion, płotków, siatek zabezpieczających, ziemi urodzajnej, kory, wody, nawozu, środków myjących, czyściwa, worków, rękawiczek, środków grzybobójczych i owadobójczych, środków BHP); utylizacji (liści, trawy, zanieczyszczeń, chwastów, samosiewów, odpadów); transportu (paliwo, podatki, opłaty, ubezpieczenia, koszty warsztatu, serwisu i części zamiennych); narzędzi (np. grabie, łopaty, miotły, nożyce, listwy); sprzętu (kosiarki, dmuchawy, glebogryzarki, koparki, samochody, HDS); paliwa do sprzętu, olejów do samochodów i kosiarek; amortyzacji sprzętu; zarządu SITA; ogólne koszty utrzymania bazy. Odwołujący IV stwierdził ponadto, że ceny zaoferowane przez SITA, wskazują, że wykonawca ten nie uwzględnił wszystkich, w tym wskazanych powyżej kosztów, niezbędnych do należytego wykonania usługi zgodnie z wymaganiami SIWZ, a w szczególności rażąco niskie ceny jednostkowe tego wykonawcy mogą wynikać z zaniżenia kosztów: wynagrodzeń, m.in. za pracę w dodatkowych godzinach nadliczbowych, wynikających z ciągłego wykonywania prac przez 24 godziny/dobę; paliwa; amortyzacji pojazdów i sprzętu; napraw pojazdów i sprzętu; nie uwzględnienia w cenie kosztów pośrednich. Następnie podniósł, że konieczność poniesienia tych kosztów wynika wprost z przedmiotu zamówienia, a zatem nieuwzględnienie lub nienależyte uwzględnienie przez SITA wskazanych elementów kosztowych uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych

przez tego wykonawcę za odpowiadające wymogom przepisu art. 90 ustawy Pzp

i wykazujące rzetelność zaoferowanej ceny.

Odwołujący IV zwrócił również uwagę na fakt, że zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne, niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (które weszło w życie 24 stycznia 2016 r.) tylko osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcą mogą wykorzystywać odpady zielone do własnych celów, co oznacza konieczność przekazania odpadów zielonych do instalacji, które mają pozwolenie na przetwarzanie takich odpadów, a co w konsekwencji powoduje, iż koszty wykonania usługi na rzecz zamawiającego będą zwiększone o koszty poniesione z tytułu utylizacji odpadów zielonych.

Następnie, odwołujący IV podniósł, że z punktu widzenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie jest dopuszczalne „przerzucanie" kosztów realizacji usługi pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia, a wynika to również z wprost wyrażonych wymagań zamawiającego i kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, co oznacza, że cena za poszczególne usługi powinna w całości pokrywać wszystkie koszty ich świadczenia. Powołał się na brzmienie postanowienia zawartego w części IV pkt 1 lit. a tiret 2) SIWZ, iż: „ceny jednostkowe muszą zawierać wszelkie koszty związane z wykonaniem pracy, uwzględniając także koszty materiałów np.: nasion, kory, darni, ziemi, wynagrodzeń, farby, załadunku, wywozu i utylizacji odpadów, opłat i podatków oraz muszą uwzględniać czynności wskazane w załączniku nr 7 do SIWZ". Z powyższego wynika, że każda cena jednostkowa powinna odzwierciedlać koszty związane z wykonaniem czynności, której dotyczy oraz, że niedopuszczalne jest pokrywanie kosztów świadczenia jednego rodzaju usługi z wynagrodzenia wyodrębnionego i określonego jako cena za inny rodzaj usługi. Odwołujący IV stwierdził, że wykonawca SITA zaniżając prawie wszystkie ceny jednostkowe, a w szczególności ceny jednostkowe za: zakładanie trawnika, nawożenie krzewów, uzupełnianie stanowisk ziemią urodzajną, mulczowanie korą, dostawę i montaż wygrodzeń trawników itp., prawdopodobnie będzie pokrywał koszty ich świadczenia z wynagrodzenia za świadczenie innego rodzaju usług, co oznacza, że składa ofertę niezgodną z treścią SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, który został w SIWZ określony przez zamawiającego. Odwołujący IV powołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2015 r. o sygn. akt: KIO 1141/15. Zauważył też, że obowiązek badania wysokości ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy, a dotyczy to w szczególności wynagrodzenia zależnego od ilości rzeczywiście wykonanych czynności. Stwierdził ponadto,

że przyjęte przez zamawiającego zasady rozliczeń jednoznacznie nawiązują do systemu płatności za jednostkowe usługi, rzeczywiście wykonane, stąd też ceny jednostkowe to ceny mające cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych usług składających się na złożone zamówienie, bowiem to one będą stanowiły podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za rzeczywiście wykonane prace. Podał również, że skoro rozliczenie następować będzie cenami jednostkowymi, a nadto zamawiający nie gwarantuje zakresu przedmiotu zamówienia (rzeczywistej ilości usług) to przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinny być poszczególne ceny jednostkowe za poszczególne usługi, dlatego też błędnym byłoby założenie wykonawcy, iż niskie ceny jednostkowe pokrywać będzie ze znacząco wyższego wynagrodzenia za pozostałe usługi.

W dalszej kolejności, odwołujący IV podnosił, że złożenie przez SITA oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołał się na brzmienie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk i stwierdził, iż nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (również w przypadku cen jednostkowych za świadczenie poszczególnych usług w ramach zamówienia), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przytoczył w tym zakresie opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240), w której UOKiK wyraził stanowisko m.in, iż: *„Utrudnianie dostępu*

do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków *nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.".* Odwołujący IV zauważył, że złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przytoczył też wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r. o sygn. akt II Ca 431/07.

Reasumując, odwołujący IV stwierdził, że zaoferowanie cen jednostkowych poniżej ich kosztów oprócz tego, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji to jeszcze oznacza, że oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ.

29

W dalszej części uzasadnienia odwołania, odwołujący IV, odniósł się do niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę W. F. w zakresie rejonu nr IV. Stwierdził, że stosownie do treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonego w części III pkt 2 SIWZ, wykonawca był zobowiązany do wykazania się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert prac ogrodniczych polegających na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni niskiej o łącznej wartości nie mniejszej niż 700.000,00 zł brutto, w tym wartości skoszenia trawników wynoszącej nie mniej niż 300.000,00 zł brutto. Odwołujący IV podniósł, iż pierwsza z usług ujętych w wykazie wykonawcy W. F., tj. usługa pielęgnacji zieleni niskiej i utrzymania czystości wzdłuż tras komunikacyjnych m.st. Warszawy, wykonana na rzecz P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych LOTAR (w okresie od 1 grudnia 2011 roku do dnia 30 listopada 2012 roku – wartość 534.334,08 zł brutto), niemal w całości była świadczona wcześniej niż na trzy lata przed terminem składania ofert, albowiem termin składania ofert w był wyznaczony na dzień 13 listopada 2015 r. Zdaniem odwołującego IV, usługa wykonana na rzecz wykonawcy LOTAR mogłaby być przedstawiona na potwierdzenie spełniania warunku jedynie w zakresie prac wykonanych w okresie od 13 listopada do 30 listopada 2012 r. Odwołujący IV podkreślił również, że usługa wykonana na rzecz wykonawcy LOTAR obejmowała w większości prace wykonywane w okresie wiosennym i letnim, takie jak: koszenie trawników, kompleksowa pielęgnacja krzewów, wygrabianie wiosenne liści, czy też pielenie krzewów i żywopłotów. Wobec czego, zdaniem odwołującego, mając na uwadze zarówno rodzaj prac, jak również okres trwania usługi, należałoby przyjąć, że zdecydowana część wartości usługi została wykonana przed okresem możliwym dla przedstawienia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wskazał również, że proporcjonalna do całości zamówienia wartość usługi w okresie od dnia 13 listopada do dnia 30 listopada 2012 r. wynosiła jedynie ok. 26.280,00 zł, zaś biorąc pod uwagę zakres prac, które mogły być wykonywane w tym okresie, ich wartość jest prawdopodobnie jeszcze niższa.

Reasumując, odwołujący IV stwierdził, że wykonawca W. F. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ze względu na dwie kwestie: a) łączna wartość usług przedstawionych przez niego w wykazie w okresie ostatnich trzech latach przed upływem terminu składania ofert jest znacząco niższa niż 700.000,00 zł; b) łączna wartość usług skoszenia trawników przedstawionych przez tego wykonawcę w wykazie w okresie ostatnich trzech latach przed upływem terminu składania ofert jest znacząco niższa niż 300.000,00 zł. Dodatkowo, mając na względzie zasady doświadczenia życiowego, należy przyjąć, że w ramach usługi wykonywanej na rzecz LOTAR w listopadzie 2012 r. nie były już świadczone prace w zakresie koszenia trawników.

30

Odwołujący IV dodał również, że wprawdzie wartość pozostałych usług, wskazanych w wykazie przez wykonawcę W. F., nieznacznie przekracza 300.000,00 zł, jednakże obejmuje znacznie większy zakres prac niż koszenie trawników, w związku z czym, należy przyjąć, iż wartość skoszenia trawników w ramach tych usług była niższa niż 300.000,00 zł.

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego IV, w sytuacji, w której wykonawca W. F. uzupełniając dokument na wezwanie zamawiającego nie potwierdziłby spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, powinien on zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu: 1) wykonawcę W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 223/16, 224/16 i 228/16 po stronie zamawiającego, 2) wykonawcę „AG-COMPLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 225/16 po stronie zamawiającego, 3) wykonawcę SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 228/16 po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 22 lutego 2016 roku przekazał wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, zawiadomienie o wniesieniu odwołań, wniesionych odpowiednio w sprawach: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16 oraz 228/16 wraz z ich kopiami drogą elektroniczną oraz listem poleconym. Zatem, termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 25 lutego 2016 roku. Pisma, zawierające zgłoszenia przystąpienia, o którym mowa powyżej, doręczone zostały - w formie pisemnej - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie (w dniach 23, 24 i 25 lutego 2016 toku), przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłosili

przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz załączyli do przystąpienia dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawcy skutecznie dokonali zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a tym samym stali się uczestnikami tego postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że wszystkim odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego,* przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, pytania wykonawców i wyjaśnień zamawiającego oraz modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 20 października 2015 roku, protokołu postępowania, protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 18 grudnia 2015 roku, oferty wykonawcy W. F., oferty wykonawcy AG-Complex oraz oferty wykonawcy SITA, korespondencji zamawiającego z wykonawcami, w tym wezwań do wyjaśnień wykonawców: W. F., AG-

Complex i SITA w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożonych przez wykonawców wyjaśnień, a także wezwania zamawiającego do wyjaśnień rozbieżności dot. wartości prac wykazanych przez wykonawcę W. F. i jego wyjaśnień w tym zakresie, a nadto zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 9 lutego 2016 r.

Ponadto Izba postanowiła dopuścić dowody z faktur, ulotek i ofert handlowych, umów współpracy i innych dokumentów złożonych przez strony i uczestników postępowania, w tym:
- dokumentów złożonych przez odwołującego w sprawie KIO 223/16,
tj.: faktury VAT nr 215/2015 z dnia 12.10.2015 r. wystawionej przez Spółdzielnię Kółek Rolniczych; faktury VAT nr F/001661/15 z dnia 10.06.2015 r. i faktury VAT nr F/002541/15 z dnia 27.10.2015 r. wystawionych przez KIK Ziemskie Produkty Sp. z o.o. Sp.k.; oferty handlowej Ziemi Polskiej z dnia 15.02.2016 r. dotyczącej przyjęcia odpadów; zestawienia SEKOCENBUD dot. stawek robocizny kosztorysowej oraz cen pracy i najmu sprzętu budowlanego,

- dokumentów złożonych przez odwołującego w sprawie KIO 224/16, tj.: ulotki informacyjnej i danych technicznych dot. obsługi samojezdnej kosiarki Amazone Profihopper 1250 zDrive; ulotki informacyjnej dot. kosiarki Stihl FS 450; faktury VAT nr 201/2015 z dnia 22.09.2015 r. oraz faktury VAT nr 264/2015 z dnia 30.11.2015 r. wystawionych przez Spółdzielnię Kółek Rolniczych w Pokrzywnicy; wydruku ze strony internetowej https://www.obi.pl… dot. siatki ozdobnej Luxursus; wydruku ze strony internetowej http://www.leroymerlin.pl... dot. siatki zgrzewnej powlekanej ASTROPLAX; wydruku ze strony internetowej http://nole.pl/paliki drewniane... dot. zestawienia cen dla palików drewnianych,
- dokumentu złożonego przez przystępującego w sprawie KIO 224/16 – wykonawcę W. F.,
tj.: wydruku ze strony internetowej http://pajm.pl dot. kosiarki samojezdnej HONDA,
- dokumentów złożonych przez przystępującego w sprawie KIO 225/16 – wykonawcę AG-Complex, tj.: uchwały zarządu w sprawie nadania Regulaminu ochrony danych osobowych (dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa); umów o zachowaniu poufności w ilości 6 szt. (dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa); sprawozdania o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz o nakładach na środki trwałe przekazane do GUS (dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa); umowy nr 12/15/TZ-153W zawartej w dniu 2 stycznia 2015 r. między zamawiającym a AG-Complex na całoroczną pielęgnację zieleni niskiej oraz utrzymanie czystości i konserwacji elementów małej architektury w okresie 2.01.2015 r. -30.11.2015 r. wraz z załącznikiem – ramowym zakresem prac i cen jednostkowych; referencji wystawionych przez zamawiającego na rzecz AG-Complex w dniu 26 stycznia 2016 r. a dotyczących realizacji prac w ramach ww. umowy,
- dokumentów złożonych przez odwołującego w sprawie KIO 228/16, tj.: oferty handlowej Ziemi Polskiej z dnia 29.02.2015 r. dot. przyjęcia i zagospodarowania odpadów; faktury VAT nr 64/2015 z dnia 30.11.2015 r. dot. słupka ogrodzeniowego; faktury VAT nr 72370/8061/2014 z dnia 28.05.2014 r. wystawionej przez Castorama Polska Sp. z o.o.; faktury VAT nr 78/2015 z dnia 22.05.2015 r. dot. poprzeczki ogrodzeniowej; faktury VAT nr 23/2015 z dnia 17.06.2015 r. dot. kory sosnowej; faktury VAT nr 17/07/2015 z dnia 13.07.2015 r. dot. ziemi ogrodowej; faktury VAT nr 02135/14 z dnia 17.07.2014 r. dot. ziemi ogrodowej; wydruku ze strony internetowej http://www.leroymerlin.pl dot. nawozu uniwersalnego AZOFOSKA; faktury VAT nr 01822/15 z dnia 22.09.2015 r. dot. trawy uniwersalnej,
- dokumentów złożonych przez przystępującego w sprawie KIO 228/16 – wykonawcę SITA,
tj.: umowy współpracy SITA i Ziemi Polskiej z dnia 1.08.2014 r. w zakresie przyjmowania i zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji; wyciągu z umowy o pracę w zakresie stosowanych w SITA postanowień umownych dot. tajemnicy zawodowej

i poufności; oferty handlowej dot. przyjęcia odpadów ulegających biodegradacji (dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Ponadto, Izba uznała wydruk korespondencji mailowej odwołującego z zamawiającym, w przedmiocie udostępnienia kserokopii korespondencji z wybranymi

wykonawcami oraz wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 23 lipca 2013 r. dot. przetargu nieograniczonego nr ZOM/KP/14/13 w innym postępowaniu, jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy zamawiającego dotyczący dowodu na przez przeprowadzenia z pozostałych ofert okoliczności wskazane zamawiającego uznając jako bezprzedmiotowy dla rozstrzygnięcia odwołań.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy odwołującego w sprawie KIO 228/16 o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność ustalenia, czy poszczególne ceny jednostkowe, a w konsekwencji cena oferty zaoferowanej przez SITA pozwalają pokryć wszystkie koszty związane z wykonaniem pracy, uwzględniając koszty materiału, np. nasion kory, trawy, darni, ziemi, wynagrodzeń, farby, załadunku i wywozu odpadów, jako powołany jedynie dla zwłoki.

Złożone przez odwołującego w sprawie KIO 223/16 akty prawne, tj.: Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 5 kwietnia 2011 roku w sprawie procesu odzysku R10 (Dz. U. z 2011 r., nr 86, poz. 476); Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie procesu odzysku R10 z dnia 20 stycznia 2015 roku (Dz. U. z 2015 r., poz. 132); Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku z dnia 10 listopada 2015 roku (Dz. U. z 2016 r., poz. 93), Izba przyjęła do akt sprawy podglądowo.

Zestawienia przedstawione przez zamawiającego, tj.: zestawienie dotyczące wartości umów dla rejonu 1 i 2 z okresu 2013 – 2016; zestawienie ogólnego kosztu wykonanych prac w przeliczeniu na jeden hektar, tabelę nr 3 dot. zakresu prac i cen jednostkowych dla części XIII – Rejon 13 Bielany w zestawieniu z najniższymi cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez odwołującego w ramach rejonu 1 i 2 ; tabelę nr 1 dot. zakresu prac i cen jednostkowych dla Rejonu 5; tabelę nr 2 dot. zakresu prac i cen jednostkowych dla części V - Rejon 5 (zestawienie cen SITA, Remondis, TESTA), Izba przyjęła jako twierdzenia zamawiającego.

Zestawienia złożone przez odwołującego w sprawie KIO 224/16 przy piśmie z dnia 1 marca 2016 roku, złożonym w toku posiedzenia, tj.: zestawienie kosztów wykonania

wskazanych przez samego wykonawcę dla rejonu II oraz zestawienie kosztów wykonania usług (przy założeniu konieczności poniesienia kosztu minimalnego wynagrodzenia za pracę), Izba przyjęła jako twierdzenia odwołującego w tej sprawie.

Zestawienie złożone przez przystępującego w sprawie KIO 225/16 – wykonawcę AG-Complex, tj. zestawienie wartości prac dla rejonu XIII w roku 2015 i 2016, z odniesieniem do cen jednostkowych, Izba przyjęła jako twierdzenia przystępującego w tej sprawie.

Zestawienie złożone przez odwołującego w sprawie KIO 228/16 dot. elementów kosztowych w poszczególnych pozycjach, które powinny być ujęte w kalkulacji kosztów (9 szt.), Izba przyjęła jako twierdzenia odwołującego w tej sprawie.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych, tj. w pisemnej odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 1 marca 2016 r., złożonej w sprawie KIO 223/16; w piśmie z dnia 1 marca 2016 r., złożonym przez odwołującego w sprawie KIO 224/16; w piśmie procesowym z dnia 7 marca 2016 r., złożonym przez odwołującego w sprawie KIO 228/16; w piśmie procesowym z dnia 8 marca 2016 r., złożonym przez uczestnika - W. F. w sprawie KIO 228/16, jak również w piśmie uczestnika SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 24 lutego 2016 r., w którym wykonawca ten zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 228/16 oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu rozprawy z dnia 1 i 8 marca 2016 roku.

Rozpatrując odwołania w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 223/16

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nieodrzucenie oferty W. F. pomimo niezłożenia przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

wymaganych przez Zamawiającego w wyznaczonym terminie, względnie złożenia wyjaśnień, które nie potwierdzały że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.
oraz
zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez bezzasadne wezwanie wykonawcy W. F. do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uwzględnienie dodatkowych wyjaśnień, błędną ocenę złożonych przez niego wyjaśnień polegającą na przyjęciu, że wykonawca W. F. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia były lakoniczne, zawierały informacje sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, świadczyły o

zamiarze wykonania zamówienia niezgodnie z obowiązującymi przepisami, nie odpowiadały treści wezwania Zamawiającego oraz były niewiarygodne przez co nie pozwalały na wniosek, że wykonawca wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W dniu 15 stycznia 2016 roku zamawiający zwrócił się do wykonawcy W. F. o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Treść wezwania brzmiała następująco: *„Zamawiający, Zarząd Oczyszczania Miasta, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zwraca się z prośbą o udzielnie wyjaśnień dot. ceny oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej dla:*
- rejonu I wynoszącej 976.027,99 zł;
- rejonu II wynoszącej 587.815,97 zł.
w szczególności w odniesieniu do prac wykazanych w załączonych do niniejszego pisma tabelach. Zamawiający zwraca uwagę, że ceny jednostkowe netto z kol. 6, za poszczególne rodzaje prac powinny zgodnie z zapisem w cz. IV pkt 2) SIWZ zostać „obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie w formie pisemnej". Ponadto w przypadku dostawy płotków prosimy o wskazanie źródła zakupu. Wyjaśnienia wraz z wypełnionymi tabelami, w formie pisemnej należy dostarczyć Zamawiającemu do pok. 308 do dnia 21 stycznia 2016 r. Zgodnie z art.90 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca W. F. w dniu 21 stycznia 2016 r. złożył pismo, zawierające wyjaśnienia, dotyczące ceny oferty dla rejonu I i II, stwierdzając, że *„(…) elementami wpływającymi w kluczowy sposób na wysokość złożonej oferty mają następujące czynniki:*
- posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu;
- korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup ziemi, kory, nasion trawy, paliwa i innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia;
- własna produkcja wygrodzeń trawników – płotków;
- wynegocjowanie atrakcyjnych cen na odbiór odpadów komunalnych;
- niski koszt utylizacji odpadów zielonych, poprzez posiadanie ziemi rolnej na której rozprowadzane są powstałe i rozdrobnione odpady zielone na powierzchni ziemi w celu jej nawożenia lub ulepszenia – zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa z dnia 5 kwietnia 2011 r.".

Następnie, wykonawca W. F. podkreślił, że przedstawiona kalkulacja (tabelki w załączeniu) jest rzetelna, gdyż powstała na skutek doświadczenia nabytego podczas realizacji tego typu zamówień w latach ubiegłych. Stwierdził też, iż dodatkowym argumentem jest również to, że w ubiegłym roku umowa, obejmująca pielęgnację zieleni niskiej oraz utrzymanie czystości i konserwację elementów małej architektury na terenie dzielnic – Śródmieście i Żoliborz były realizowane za niższą kwotę niż kwoty zaoferowane przez niego w aukcji elektronicznej dla tych rejonów. Do przedmiotowych wyjaśnień wykonawca załączył tabelki według wzoru określonego przez zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 28 stycznia 2016 roku zwrócił się do wykonawcy W. F. o wyjaśnienie powodów istotnych różnic pomiędzy cenami wykazanymi w tabelach złożonych wraz z wyjaśnieniami, a cenami dotyczącymi tożsamych prac dostosowanymi do ceny oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, tj. obniżonymi nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie w formie pisemnej, zgodnie z zapisem cz. IV pkt 2 SIWZ. Zamawiający załączył do pisma zestawienie cen, których dotyczą rozbieżności w formie tabelarycznej.

W dniu 2 lutego 2016 roku wykonawca złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których poinformował zamawiającego, że do pisma z dnia 21 stycznia 2016 roku omyłkowo załączył niewłaściwe tabele kalkulacyjne oraz, że obecnie przedstawia poprawną wersję tabel kalkulacyjnych dla rejonu I i II. A nadto, zaznaczył jeszcze, że w załączonych tabelach zostały podane koszty, jakie zostaną poniesione przy realizacji wyszczególnionych prac, które nie są cenami jednostkowymi oferty po aukcji oraz, że w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą zobowiązuje się do wypełnienia Formularzy cenowych zgodnie z zapisami SIWZ.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że zamawiający na mocy przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp był zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy W. F. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia dla rejonu I – 1.658.619,11 zł. Natomiast, oferta wykonawcy W. F. dla rejonu I po przeprowadzonej aukcji elektronicznej opiewała na kwotę – 976.027,99 zł.

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp *Obowiązek wykazania,* że *oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.* Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza,* że *oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Ponadto, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z powyższego wynika, że wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 roku wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż: „Wskazać *dalej należy,* że *w* świetle *art. 90 ust. 1 zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń, w tym obiektywnych dowodów, wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających*

okoliczności.(…) W ocenie Izby samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi żadnego *wiarygodnego* źródła *weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika. Ograniczenie się do stwierdzenia,* że *w zaproponowanej cenie wykonawca uwzględnił koszty personalne czy też koszty prac budowlanych bez jakichkolwiek informacji o wartości tych*

kosztów i sposobu ich obliczenia powoduje, że *Zamawiający nie miał* żadnych *informacji, które mogłoby mu posłużyć do zweryfikowania ceny zaaferowanej przez wykonawcę M.”.*

W niniejszej sprawie, zdaniem Izby, potwierdził się zarzut, iż złożone w dniu 21 stycznia 2016 roku, a następnie uzupełnione w dniu 3 lutego 2016 r., przez wykonawcę W. F. wyjaśnienia nie potwierdzają, że złożona przez niego oferta dla rejonu I nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, jak słusznie podnosił odwołujący I, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę W. F. są bardzo lakoniczne, ogólnikowe i nie zawierają żadnych konkretów, a nadto są niespójne i nierzetelne.

Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach powoływał się w sposób bardzo ogólnikowy na posiadanie własnego sprzętu i urządzeń, uzyskanie korzystnych rabatów i atrakcyjnych cen oraz na własną produkcję wygrodzeń trawników – płotków, nie przedstawiając na to żadnych dowodów, jak też rzetelnych wyjaśnień w jaki sposób i w jakim wymiarze te okoliczności mogą wpływać na cenę oferty, ani też nie wskazał jaki sprzęt posiada, czy jakiego rzędu są uzyskane przez niego rabaty itd.

Podnieść również należy, że sam zamawiający w trakcie rozprawy w dniu 1 marca 2016 roku, przyznał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę W. F. zawierają pewne nieścisłości.

Zważyć należy, że wykonawca wprost swoich wyjaśnieniach powoływał się na nieobowiązujące przepisy prawa, tj. na Rozporządzenie Ministra Rolnictwa z dnia 5 kwietnia 2011 r., i wskazywał, że wpływ na zaoferowaną przez niego cenę ma niski koszt utylizacji odpadów zielonych przez posiadanie ziemi rolnej, na której rozprowadzane będą odpady zielone. Tymczasem, jak słusznie odwołujący I wskazywał, aktualnie nie obowiązuje żadne Rozporządzenie Ministra Rolnictwa z 5 kwietnia 2011 r., a co więcej nigdy nie obowiązywało takie rozporządzenie. Za odwołującym I, należy wskazać, że prawdopodobnie wykonawca miał na myśli Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 5 kwietnia 2011 roku w sprawie procesu odzysku R10 (Dz. U. z 2011 r., nr 86, poz. 476), które jednak już nie obowiązuje od dnia 24 stycznia 2015 roku. Zgodnie z aktualnie obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie procesu odzysku R10 z dnia 20 stycznia 2015 roku (Dz. U. z 2015 r., poz. 132), które obowiązuje od dnia 24 stycznia 2015 roku, odpady ulegające biodegradacji z terenów zielonych (tj. odpady o kodzie ex 20 02 01) mogą być stosowane tylko na terenach zieleni miejskiej, w ogrodach i parkach oraz na terenach zdegradowanych, których przyszłe zagospodarowanie nie obejmuje rolniczego użytkowania przy łącznym spełnieniu określonych w rozporządzeniu warunków. Ponadto, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie listy rodzajów

odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku z dnia 10 listopada 2015 roku (Dz. U. z 2016 r., poz. 93) odpady ulegające biodegradacji o kodzie ex 20 02 01 w ramach dopuszczalnych metod odzysku mogą być wykorzystane w przydomowych kompostownikach, przy czym ww. Rozporządzenie dopuszcza możliwość wykorzystania wyłącznie własnych odpadów – wytworzonych przez osobę fizyczną lub jednostkę organizacyjną niebędącą przedsiębiorcą, która dokonuje ich kompostowania.

Z powyższego wynika, że wykonawca odnosząc się w swoich wyjaśnieniach do kwestii kosztów związanych z utylizacją odpadów zielonych powoływał się na nieistniejący akt prawny, a nadto na sposób utylizacji tych odpadów, który jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa (przez rozprowadzanie odpadów zielonych, wytworzonych w ramach realizacji usługi na rzecz zamawiającego, na posiadanej przez siebie ziemi rolnej).

Należy zatem wskazać, że wykonawca powołując się na zminimalizowanie kosztów przez utylizację odpadów zielonych w sposób powyżej opisany, tym samym bezpośrednio w swoich wyjaśnieniach potwierdził, że nie dokonał w sposób właściwy rzetelnej kalkulacji ceny swojej oferty. Inaczej mówiąc dokonał błędnego założenia przy sporządzaniu kalkulacji ceny swojej oferty w tym zakresie

Dodatkowo, w ramach wyjaśnień z dnia 21 stycznia 2016 roku, przedłożył zamawiającemu tabele kalkulacyjne (dla rejonu I i II), które zostały uzupełnione sprzecznie z wymaganiem zamawiającego, który żądał, aby: *„ceny jednostkowe netto z kol. 6, za poszczególne rodzaje prac powinny zgodnie z zapisem w cz. IV pkt 2) SIWZ zostać obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie w formie pisemnej”.*

W wyniku wezwania zamawiającego do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy cenami wykazanymi w tabelach a cenami dostosowanymi do ceny oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, wykonawca przedłożył kolejną wersję tabel, wskazując, iż poprzednie załączył omyłkowo. Jednocześnie wskazał, że w załączonych tabelach, zostały podane koszty (jakie poniesie przy realizacji prac) i zaznaczył, że nie są to ceny jednostkowe oferty po aukcji. Działanie takie było sprzeczne z jednoznacznie brzmiącym wezwaniem zamawiającego.

Słusznie też wskazał odwołujący I, że tabele kalkulacyjne, złożone przez wykonawcę w wyniku ponownego wezwania zamawiającego, były próbą zniwelowania wskazanych przez zamawiającego rozbieżności w zakresie cen, co wynika ze zmiany w zakresie przyjętej czasochłonności niektórych czynności, wartości poszczególnych jednostek miar, czy cen jednostkowych (przykładowo w pkt 1.1. i 1.2. w pozycji dot. wywozu i utylizacji zmienił

ilość m^3 z 0,15 na 0,06, co spowodowało też zmianę ceny jednostkowej wartości prac w pkt 1.1. i 1.2. z 15,50 zł na 11,00 zł; w pkt 2.2.1. zmienił cenę jednostkową ziemi urodzajnej z 28 zł na 12 zł, co spowodowało zmianę ceny jednostkowej wartości prac w pkt 2.2.1 z 402 zł na 206,50 zł, czy też w pkt 2.1.1 zmienił liczbę roboczogodzin i motogodzin, co też przełożyło się na zmianę ceny jednostkowej wartości prac w tym punkcie). Wynika z powyższego, że także w tym wypadku, poprzez tego rodzaju działanie wykonawca dokonał zmiany założeń wyjściowych przy sporządzaniu kalkulacji ceny swojej oferty.

Ponadto, odwołujący I zwrócił także uwagę na zbyt niski koszt robocizny (8zł/godz.), który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia, a zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Pełnomocnik wykonawcy W. F. podnosił wprawdzie w toku rozprawy w dniu 1 marca 2016 r., że wykonawca może zlecić także wykonanie tych prac na podstawie umowy o dzieło przez co uzyska obniżenie kosztów pracy, jednak po pierwsze - nie wynika to z samych wyjaśnień wykonawcy, po drugie - także w przypadku umów cywilnoprawnych wykonawcy w ramach realizacji umów dotyczących zamówień publicznych są zobowiązani do respektowania przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a po trzecie – nieprzekonująca dla Izby była argumentacja, że prace te mogą zostać zlecone na podstawie umowy o dzieło. Zgodnie z art. 627 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 121, z późn. zm) *Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia.* Powszechnie się przyjmuje, że umowa o dzieło jest umową rezultatu (wykonanie dzieła jako indywidualnie oznaczonego rezultatu). W ocenie Izby, w odniesieniu do prac, objętych przedmiotem zamówienia, nie można mówić o zasadności ich zlecenia na podstawie umowy o dzieło.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę W. F. są nierzetelne i jako takie nie przekonują, że cena złożonej przez niego oferty dla rejonu I, nie jest rażąco niska.

Zwrócić również należy uwagę na wyjaśnienia samego zamawiającego, składane w toku rozprawy w dniu 1 marca 2016 roku. Mianowicie, zamawiający wskazywał, że oceniając wyjaśnienia wykonawcy W. F. miał pewien dylemat, bowiem zwrócił uwagę na przyjęte przez wykonawcę stawki za roboczogodzinę, ale w jego ocenie, nawet ten błąd nie może stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty, bowiem są to tylko

niejasności, a przeprowadzona przez niego ocena w odniesieniu zarówno do wyjaśnień,

41

jak i własnego doświadczenia z lat ubiegłych wskazuje, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Stwierdził też, że był zobligowany do ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnień z tego względu, że z pierwszych wyjaśnień wynikały nieścisłości, natomiast podkreślił, że ogólna ocena wskazuje na to, że zaoferowana cena jest ceną rynkową. Ponadto, podniósł, że wątpliwości w zakresie wyjaśnień nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, bo nie ma takiej przesłanki. Zamawiający również w ramach prezentowanego na rozprawie stanowiska wskazywał, że w jego ocenie, nawet, gdy wyjaśnienia prowadzą do absurdalnych wniosków w poszczególnych pozycjach, to jednak nie może to prowadzić samo przez się do odrzucenia oferty wykonawcy.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez zamawiającego, iż przy ocenie czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, należy brać pod uwagę również inne okoliczności, (takie jak np. wartości umów w latach ubiegłych, ceny ofert najkorzystniejszych złożonych w tym postępowaniu dla poszczególnych rejonów), a nie tylko wyjaśnienia wykonawców, stwierdzić należy, że ocena czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie może być dokonywana niejako w oderwaniu od wyjaśnień. To bowiem wyjaśnienia wykonawcy mają przekonać, że ten konkretny wykonawca może zrealizować zamówienie za daną cenę. Wyjaśnienia nie mogą być składane jedynie dla formalności, lecz to właśnie, w szczególności w oparciu o ich treść dokonywana jest ocena czy istnieją przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Inaczej mówiąc - wyjaśnienia stanowią podstawę działań zamawiającego, ich instytucja została powołana po to aby przeciwdziałać automatycznemu i arbitralnemu odrzuceniu oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że potwierdził się zarzut, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę W. F. dotyczące ceny oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej dla rejonu I nie potwierdzały, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz dotyczący błędnej oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego, w związku z czym Izba nakazała odrzucenie - na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp - oferty złożonej przez wykonawcę: W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze.

Podnieść też należy, iż w ocenie Izby, zamawiający był uprawniony do ponownego zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w celu wyjaśnienia wszelkich niejasności i rozbieżności. Nie ma bowiem przeszkód by takie wyjaśnienia prowadzić wieloetapowo, natomiast inną kwestią jest ocena złożonych wyjaśnień dokonana przez zamawiającego, który powinien wziąć pod uwagę wszystkie złożone informacje i dokumenty i na ich podstawie dokonać analizy rzetelności kalkulacji ceny ofertowej. Stąd też, zdaniem Izby, nie potwierdził się zarzut odwołującego I, dotyczący bezzasadnego wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

42

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niewezwanie W. F. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż przedłożone przez niego dokumenty nie potwierdziły wymaganego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
oraz
zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niewezwanie W. F. do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu pomimo, iż przedłożone przez niego dokumenty nie potwierdziły wymaganego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia

Izba uznała, że zarzuty, o których mowa powyżej nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ wykonawca W. F. potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 20 października 2015 roku zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując m.in., że część III pkt 1 ppkt 2 SIWZ otrzymuje brzmienie: *„2) posiadania wiedzy i doświadczenia.*

Warunek zostanie spełniony, niezależnie od liczby części zamówienia na jakie składana jest oferta, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywał lub wykonuje prace ogrodnicze polegające na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni niskiej o łącznej (suma z trzech lat) wartości zrealizowanych prac nie mniejszej niż 700.000,00 zł brutto, w tym wartość (suma z trzech lat) zrealizowanych prac, polegających na skoszeniu trawników powinna wynosić nie mniej niż 260.000,00 zł brutto. Zamawiający dopuszcza sumowanie wartości zrealizowanych prac ogrodniczych oraz wartości prac polegających na skoszeniu trawników z różnych obiektów. W przypadku wykonywania prac w różnych obiektach należy wypełnić odpowiednią ilość pozycji w zał. Nr 10 do SIWZ".

Ponadto, zamawiający wyjaśnił również, że: *„Warunek dotyczy sumy wartości prac zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, niezależnie od tego czy były one realizowane przez okres wegetacyjny (kwiecień – listopad) czy też krótszy. Zamawiający nie warunkuje udziału w postępowaniu od posiadania doświadczenia w wykonywaniu prac porządkowych".*

Przedmiotowa zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnienia zamawiającego nastąpiły w związku z pytaniem przedstawionym przez jednego z wykonawców, a dotyczącym warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, które brzmiało w sposób następujący: *„Czy ten warunek*

dotyczy prac realizowanych w ciągu jednego roku, czy łącznie w ciągu trzech latach? Z wartości jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie na poszczególne części wynika, że ta wartość powinna dotyczyć prac w jednym roku, a nie w ciągu trzech lat. To zamówienie również jest realizowane w ciągu roku a nie w okresie 3 lat".

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia.* Natomiast przepis § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), stawowi, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać: *wykazu wykonanych, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

Wykonawca W. F. złożył wraz z ofertą wykaz wartości zrealizowanych prac ogrodniczych oraz wartości koszenia trawników dla rejonu: I, II, IV i XIII. W wykazie tym ujął prace wykonane na rzecz następujących zleceniodawców:

1) PUW LOTAR P. S. – w okresie od 1.12.2011 r. do 30.11.2012 r. – o łącznej wartości prac ogrodniczych na kwotę 472.014,17 zł, w tym koszenie trawników 272.257,20 zł;
2) Zakład Zieleni Sp. z o.o. – w okresie od 2.01.2013 r. do 30.11.2013 r. – o łącznej wartości prac ogrodniczych na kwotę 143.613,30 zł, w tym koszenie trawników 131.241,60 zł;
3) Zakład Zieleni Sp. z o.o. – w okresie od 2.03.2014 r. do 15.10.2014 r. – o łącznej wartości prac ogrodniczych na kwotę 172.671,14 zł, w tym koszenie trawników 135.443,54 zł.

Ponadto, załączył dowody potwierdzające należyte wykonanie ww. prac w postaci: referencji z dnia 20.12.2012 r. wystawionych przez PUW LOTAR P. S. oraz pisma pn. *Dowód* z dnia 2.01.2014 r. sporządzonego przez Zakład Zieleni Sp. z o.o., jak i poświadczenia z dnia 15.10.2014 r. wystawionego przez Zakład Zieleni Sp. z o.o.

Istota zarzutu podniesionego przez odwołującego I w zakresie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę W. F. polegała w głównej mierze na ocenie, iż przedstawione w wykazie prace i załączone do nich referencje nie mogą

być w całości wzięte pod uwagę, bowiem do wykazania spełnienia warunku powinny być wzięte pod uwagę tylko i wyłącznie prace wykonane w okresie 13.11.2012 r. – 13.11.2015 r. (jako, że termin składania ofert upływał w dniu 13.11.2015 r.), zaś pierwsza pozycja w wykazie przedstawia prace, które jedynie przez 13 dni były wykonywane w okresie ostatnich trzech lat.

W ocenie Izby, ani z treści przepisów prawa, ani z treści specyfikacji nie wynika sposób interpretacji warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia, opisany przez odwołującego I. Odwołujący wskazywał, że zamawiający wyraźnie sprecyzował, że wartość zrealizowanych prac stanowi suma wartości zrealizowanych prac z ostatnich trzech lat. Jednak, jak wskazywał zamawiający w trakcie rozprawy, należy mieć też na uwadze kontekst w jakim dokonał sprecyzowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia, a mianowicie, iż nastąpiło to w związku z pytaniem wykonawcy o treści, która już była przytaczana powyżej: *„Czy ten warunek dotyczy prac realizowanych w ciągu jednego roku, czy łącznie w ciągu trzech latach? (…)”.* Zdaniem wykonawcy, który zadał to pytanie warunek powinien odnosić się do prac zrealizowanych w ciągu jednego roku. Zamawiający, aby rozwiać wszelkie wątpliwości w tym zakresie sprecyzował, iż brana będzie pod uwagę łączna wartość prac z trzech lat (a nie z jednego roku). Tym samym nie można też uznać, że ograniczył możliwość wykazania się doświadczeniem przy realizacji prac, które rozpoczęły się wcześniej niż ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert, ale, których termin zakończenia przypadał właśnie w tym okresie.

Zdaniem Izby wystarczy, żeby wykonywanie usługi zakończyło się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, aby w pełnym zakresie zaliczyć ją do wymaganego doświadczenia. Potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. I tak dla przykładu należy wskazać na: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1725/11): *„Skoro zatem nabycie doświadczenia co do zasady następuje z chwilą ukończenia wykonywania usługi, to potwierdzenie spełnienia warunku następuje, jeśli termin zakończenia wykonywania usługi mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Nielogiczne byłoby bowiem przyjęcie, że doświadczenie, którego nabywanie rozpoczęło się wcześniej niż ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert, a zakończyło np. w dniu poprzedzającym składanie ofert nie zostało nabyte, albo jak chce tego zamawiający, zostało nabyte jedynie w okresie mieszczącym się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.”;* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2325/13): „Nie *ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze* świadczenia *przez niego odpowiedniej usługi, której*

świadczenie *rozpoczęło się wcześniej a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu.”;* czy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO 2280/10): *„Zamawiający wymagał, aby usługi zostały we wskazanym trzyletnim okresie wykonane, powtarzając zapisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W ocenie Izby użycie czasu przeszłego dokonanego w słowie „wykonane” jednoznacznie wskazuje, że w terminie trzech lat przed upływem składania ofert wykonanie usługi powinno zostać zakończone. Nie sposób uznać, aby intencją Rady Ministrów (a zapis SIWZ jest zgodny z brzmienie powołanego rozporządzenia Rady Ministrów) było postawienie wymogu, aby w okresie trzech lat mieścił się cały okres od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania usługi. Taka interpretacja spowodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców, wykonujących usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.”.*

Natomiast co do możliwości wykonywania prac ogrodniczych, w tym polegających na koszeniu trawników, w miesiącu listopadzie, należałoby w tym zakresie przyjąć pewną fikcję prawną, dotyczącą realizacji w tym okresie pełnego zakresu prac, wynikającego z umowy, skoro termin jej zakończenia przypadał na dzień 30.11.2012 r.

Wobec powyższego Izba uznała, że usługa wykonywana przez Pana W. F. na rzecz PUW LOTAR P. S. mogła być w pełnym zakresie zaliczona do wymaganego doświadczenia i nie ma podstaw do nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia

oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy wezwania do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Również w odniesieniu do zakresu i wartości prac wykazanych przez wykonawcę W. F. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wiedzy i doświadczenia, nie potwierdziły się zarzuty odwołującego I.

Odwołujący wskazywał, że wymagane przez zamawiającego doświadczenie obejmujące prace ogrodnicze polegające na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni niskiej, w tym koszenie trawników, stanowią jedynie część zamówienia wykonywanego na rzecz PUW LOTAR P. S. oraz, że problem ten dotyczy także pozostałych referencji.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie zawarł dla potrzeb opisu spełniania przedmiotowego warunku definicji prac ogrodniczych polegających na utrzymaniu i pielęgnacji ziemi niskiej. Ponadto, należy podnieść, że wartości całkowite prac wskazane w referencjach są wyższe od wartości przedstawionych w wykazie, co oznacza, że wykonawca zweryfikował wartości poszczególnych prac. Odwołujący I argumentował, że

wykonawca W. F. nie wskazał w jaki sposób obliczył kwoty ujęte przez siebie w wykazie, jednak sam odwołujący I również nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, że wykonawca podał zawyżone kwoty.

Podnosząc zarzut, iż wykonawca W. F. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wartości prac, odwołujący I wskazywał, iż zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o wyjaśnienie dlaczego wskazane przez niego wartości są wyższe (które uzyskał jako podwykonawca) od kwoty jaką wykonawcy faktycznie uzyskali w ramach umów zawartych z zamawiającym w dniu 15 listopada 2011 r. oraz, że wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie przedstawił lakoniczne i niejasne wyjaśnienia. Niezrozumiała jest też dla niego okoliczność, dlaczego W. F. jako podwykonawca otrzymał za wykonane prace wynagrodzenie znacząco wyższe niż otrzymali sami wykonawcy.

Izba ustaliła, że wykonawca W. F. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie wskazywał, że różnice dotyczące wartości prac mogą wynikać m.in. z przyjęcia innych cen jednostkowych przyjętych do rozliczeń czy też zlecania dodatkowych koszeń. Możliwość zlecania dodatkowych koszeń jest prawdopodobna. Zwiększenie krotności prac jest możliwe choćby z uwagi na obecne brzmienie § 3 ust. 2 projektu umowy, które to postanowienie, jak sam zamawiający stwierdził na rozprawie, jest zapisem standardowym i powtarzanym przez zamawiającego od kilku lat, przy czym to, że nie spowoduje to zmiany wynagrodzenia w ramach umowy między zamawiającym a wykonawcą, nie oznacza, że podwykonawca nie otrzyma z tego tytułu dodatkowego wynagrodzenia od wykonawcy. Nadto, stwierdzić należy, że stosowanie innych stawek do rozliczeń między zamawiającym, a wykonawcą oraz między wykonawcą a podwykonawcą jest, w ocenie Izby, prawdopodobne. Odwołujący I nie złożył dowodów przeciwnych, w celu udowodnienia swoich twierdzeń.

Dodatkowo, odwołujący I zauważył, iż referencja z 20 grudnia 2012 roku nie stanowi właściwego poświadczenia należytego wykonania zamówienia, ponieważ zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa konieczne jest składanie poświadczeń w miejsce referencji, innych dokumentów lub dotychczasowych ewentualnie oświadczeń, lecz tylko wówczas, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Faktem jest, iż obecnie obowiązujące Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), w § 1 ust. 2 pkt 1) stanowi, iż: *Dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, są: poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno*

być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Jednak, nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego I, że złożenie dokumentu referencji jest sprzeczne z dyspozycją powołanego powyżej przepisu Rozporządzenia. Referencje bowiem to nic innego

jak poświadczenie, o którym mowa w tym przepisie. Należy też stwierdzić, że liczy się przede wszystkim treść dokumentu, a nie jego nazwa. Skoro, w dokumencie referencji wystawionym przez PUW LOTAR P. S. stwierdzono, że wymienione w tym dokumencie prace *„zostały wykonane zgodnie ze sztuką ogrodniczą, z należytą starannością, fachowo i terminowo”* to nie można uznać, że dokument ten nie stanowi poświadczenia wymaganego na mocy § 1 ust. 2 pkt 1) ww. Rozporządzenia.

Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli zamawiający dysponuje wiedzą, co do istnienia uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, z której wynika że wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, winien być w stanie ją adekwatnie uwiarygodnić. Same twierdzenia co do zaprzestania prowadzenia działalności nie są wystarczające.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzuty odwołującego I, w zakresie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę W. F., nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów oraz wyborem oferty wykonawcy W. F., który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz którego oferta podlegała odrzuceniu ze względu na zaoferowaniu ceny rażąco niskiej (niezłożenie wyjaśnień względnie złożenie wyjaśnień, które nie pozwalały na wniosek, że wykonawca wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska);

W konsekwencji stwierdzenia naruszeń przepisów prawa przez zamawiającego, o których była mowa powyżej, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem oferty wykonawcy W. F. , którego oferta podlegała odrzuceniu ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W pozostałym zakresie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 nie potwierdził się.

Zarzuty w zakresie rejonu XI, tj.: zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania w zakresie rejonu XI, pomimo iż zamawiający posiada możliwość zwiększenia finansowania zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej oraz
zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba* że *zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*. Ponadto, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp: *Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.*

W zawiadomieniu z dnia 9 lutego 2016 roku, dotyczącym przedmiotowego postępowania, zamawiający poinformował wykonawców, m.in. o tym, że: *„postępowanie dla rejonu III i XI unieważniono – na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (…) rejon XI Kwota, którą Zarząd Oczyszczania Miasta zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 927.519,30 zł. Cena najkorzystniejszej oferty: 1.103.834,59 zł”.*

Bezsporne w niniejszej sprawie było, że w unieważnionej części postępowania, której dotyczyło odwołanie (tj. rejon XI), kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i którą podał przed otwarciem ofert, była niższa niż cena oferty najkorzystniejszej, czyli oferty złożonej odwołującego I w tej części zamówienia. Różnica pomiędzy tymi kwotami wynosiła: 176.315,29 zł.

Z protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 18 grudnia 2015 roku wynika, że Komisja Przetargowa wnioskowała – w zakresie rejonu III I XI - o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia lub podjęcie decyzji o zwiększeniu kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Dyrektor Zarządu Oczyszczania Miasta, działając jako kierownik zamawiającego, polecił unieważnić postępowanie w przedmiotowym zakresie (stosowna adnotacja w ww. protokole). Ponadto, z treści protokołu postępowania wynika, iż w dniu 9 lutego 2016 r. prace komisji przetargowej zatwierdził kierownik zamawiającego. Z treści tego protokołu

wynika, że najkorzystniejsza oferta w ramach zamówienia dla rejonu XI to oferta złożona przez POLSUPER Sp. z o.o., z ceną ofertową 1.103.834,59 zł i zadeklarowanym terminem skrócenia koszenia trawników o 5 dni.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślano, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przyznaje zamawiającemu uprawnienie do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, a nie nakłada na niego w tym zakresie obowiązku. Jest to samodzielna decyzja zamawiającego i brak jest jakichkolwiek podstaw do nakazania zamawiającemu podjęcia decyzji w tym zakresie.

W tym miejscu można przywołać choćby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1375/15, KIO 1391/15 (powołany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie), jak i inne orzeczenia Izby, np. wyrok z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1132/15, w którym Izba wskazała, że: *„Skoro bowiem Zamawiający ma obowiązek określenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i podania jej przed otwarciem ofert, to już ustalenie, że cena oferty przekracza tę kwotę stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., bowiem wolą zamawiającego jest zwiększenie tej kwoty. Zamawiający nie ma więc obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnienia postępowania”,* czy wyrok z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 961/15, w którym stwierdzono, że: *„Konstrukcja i treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. - według oceny Izby - nie nakłada na Zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje Zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. W konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że Zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywania wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Tym samym żądanie Odwołującego, aby Zamawiający wykazał podczas postępowania odwoławczego, iż nie ma dodatkowych środków na realizację zamówienia nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy P.z.p.”.*

W kolejnym wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1447/15, Izba zważyła m.in., iż: *„Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do jakiego Zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty: celem postępowania o*

zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania "za wszelką cenę", ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować Zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony

próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia."

Podobnie Izba rozstrzygnęła w następujących orzeczeniach: w wyroku z dnia 20 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 694/15, w wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 622/15, w wyroku z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 392/14, w wyroku z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1408/15.

Wobec powyższego, nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego I, iż zamawiający ma bezwzględny obowiązek sprawdzenia możliwości zwiększenia kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący I, w niniejszej sprawie powoływał się na brzmienie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, który nakazuje dla czynności unieważnienia postępowania podać uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, zamawiający zadośćuczynił temu obowiązkowi. Zamawiający podał bowiem podstawę prawną podjętej przez siebie czynności unieważnienia postępowania dla rejonu III i XI, powołując się na treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak również wskazał konkretne kwoty, tj. kwotę którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla tych rejonów oraz ceny najkorzystniejszych ofert złożonych dla tych części zamówienia. Nie musiał natomiast wykazywać, że podjął jakiekolwiek działania, czy przeprowadził jakąś szczególną analizę, zmierzającą do ustalenia możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia dla rejonu XI. Określenie takiego wymogu, stanowiłoby nadinterpretację przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak i art. 93 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei odnosząc się do argumentacji odwołującego I w przedmiocie poczynienia znacznych oszczędności w pozostałym zakresie zamówienia (w pozostałych rejonach) oraz,

argumentacji, iż niezależnie od technicznego podzielenia zamówienia na części, nadal jest jedno zamówienie i jedno postępowanie, należy podnieść, co następuje.

Takie same zasady, jak dotyczące unieważnienia postępowania w całości, o których była mowa powyżej, obowiązują także w przypadku unieważnienia jednej z części zamówienia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 93 ust. 2 ustawy Pzp *Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.*

Także w tym miejscu należy powołać orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w wyroku z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 728/13, Izba wskazała, że: *„W ocenie Izby to Zamawiający decyduje czy zamówienie ma zostać podzielone na części oraz jakie kwoty mają zostać przeznaczone na realizację poszczególnych części zamówienia. Dokonując takiego podziału Zamawiający uprawniony jest do określenia sposobu sfinansowania realizacji poszczególnych części zamówienia. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do postawienia Zamawiającemu wymogu aby dokonywał przesunięć* środków *finansowych wyłącznie w celu doprowadzenia do wyboru najkorzystniejszej oferty, której wartość przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację danej części zamówienia.".* W kolejnym wyroku Izby z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2501/14, podniesiono, iż: *„Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający bez względu na wartości globalne i poszczególnych części zamówienia oraz może podchodzić indywidualnie do każdej z części zamówienia. Wynika to z treści art. 93 ust. 2 Pzp, który brzmi »Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio«. W związku z taką treścią przepisu art. 93 ust. 2 Pzp zamawiający jest uprawniony do własnej oceny, czy przesłanki dotyczące unieważnienia postępowania zaistniały dla poszczególnych części zamówienia bez względu na pozostałe części. Przepis art. 93 ust. 3 Pzp nie uzależnia zastosowania go od jakichkolwiek warunków.".*

Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela też pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt: 1375/15, KIO 1391/15, który został powołany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, iż: „Przy *czym należy zaznaczyć, iż poszczególne części zamówienia, są w istocie odrębnie*

kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot i tożsame wszczęcie procedury przetargowej i pewne jej elementy, a których wartość szacuje się łącznie jedynie na potrzeby ich odniesienia do progów stosowania odpowiednich przepisów. Natomiast na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane odrębne stosunki umowne. Odrębnie dla każdej części ocenia się więc również spełnienie przesłanek unieważnienia

52

---

postępowania w sprawie zamówienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W świetle *normy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający nie musiał w tym przypadku unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia w poszczególnych częściach, ale mógł przeznaczyć dodatkowe kwoty na sfinansowanie zamówienia. Z powołanego przepisu nie wynika jednak wcale, iż musiał podnosić ww. kwotę, tj. szukać dodatkowych* środków, *dokonywać budżetowych przesunięć, czy innych zmian planów w celu podniesienia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a na dodatek udowadniać, że nie mógł tego zrobić.".*

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzuty dotyczące unieważnienia postępowania w zakresie rejonu XI nie potwierdziły się.

Sygn. akt: KIO 224/16

Izba ustaliła, że odwołanie wniesione przez wykonawcę „Zakład Zieleni" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (odwołujący II), podlega uwzględnieniu w zakresie wszystkich zarzutów w nim podniesionych i stwierdziła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty W. F. wobec faktu, iż z samej treści wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska, a nadto wobec faktu, iż wykonawca ten nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu; zamawiający jedynie w warstwie formalnej przeprowadził postępowanie w ceny przez tego wykonawcę, sprawdzające zakresie weryfikacji zaoferowanej nie przeprowadzając analizy merytorycznej, w tym rachunkowej oferty i wyjaśnień tego wykonawcy, które nie obaliły domniemania ustanowionego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty W. F., mimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy poczynić uwagę, że zarówno wezwanie zamawiającego, jak i wyjaśnienia wykonawcy W. F., dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia dla rejonu I (którego dotyczyło odwołanie o sygn. akt KIO 223/16), jak i dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia dla rejonu II (aktualnie omawiane odwołanie o sygn. akt KIO 224/16) są tożsame pod względem treści, za wyjątkiem podania konkretnych wartości wskazanych w tabelach, które zostały załączone do wyjaśnień. Stąd też, przywołane powyżej, przy sprawie KIO 223/16, brzmienie treści pism, należy przyjąć za aktualne, również i dla tej sprawy.

53

Oferta wykonawcy W. F. dla rejonu II po przeprowadzonej aukcji elektronicznej opiewała na kwotę – 587.815,97 zł. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia dla rejonu II – 850.049,48 zł.

Podobnie, jak odwołujący I, odwołujący II podnosił, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę W. F. są ogólnikowe, nie poparte żadnymi dowodami i właściwe większości wykonawców.

Przede wszystkim, to co już wcześniej zostało podniesione, zdaniem Izby, wyjaśnienia wykonawcy W. F. złożone przy piśmie z dnia 21 stycznia 2016 roku, są ogólnikowe, lakoniczne, a nadto niespójne i nierzetelne. Argumentacja w tym zakresie zaprezentowana przez Izbę przy sprawie KIO 223/16, jest aktualna również i dla sprawy KIO 224/16, w szczególności dotycząca błędnego i nierzetelnego założenia wyjściowego.

Odwołujący II podniósł również kwestię stawki za roboczogodzinę, wskazując, że wykonawca nie kalkuluje kosztów wynagrodzenia zgodnie z przepisami o minimalnym

wynagrodzeniu za pracę. Także w tym zakresie Izba odwołuje się do argumentacji przytoczonej przy sprawie KIO 223/16.

Słusznie także odwołujący II wskazuje, że wykonawca W. F. w tabelach załączonych do wyjaśnień podaje inny koszt jednostkowy od ceny jednostkowej w kosztorysie, co dotyczy pozycji: 2.2.1, 2.2.2 oraz 5.15.2, co także wskazuje na nierzetelność kalkulacji ceny ofertowej sporządzonej przez wykonawcę W. F., a tym samym wskazuje na nierzetelność samych wyjaśnień.

Co do kwestii nierzetelnego ujęcia kosztów pracy sprzętu to stwierdzić należy, że w ocenie Izby, przedstawione przez odwołującego II twierdzenia i dowody nie są w pełni miarodajne. Otóż, odwołujący wyliczył koszty przy założeniu, że zostanie zastosowana kosiarka Amazone Profihopper 1250 zDrive, czy kosiarka spalinowa typu Sthil FS 450, w sytuacji, gdy nie wiadomo jakiego sprzętu faktycznie użyje wykonawca. Nadto, w toku rozprawy, pełnomocnik uczestnika postępowania W. F., złożył dowód, w postaci wydruku ze strony internetowej pajm.pl, z którego wynikało, że dla sprzętu, którego ten dowód dotyczył, tj. kosiarki samojezdnej marki Honda – spalanie wynosi ok 2,6 l/h, gdy w przypadku kosiarki samojezdnej Amazone – według odwołującego II – spalanie wynosi średnio 12/h. Wprawdzie dowód przedstawiony przez pełnomocnika uczestnika postępowania W. F. odnosi się do produktu archiwalnego (co bezpośrednio wynika z treści informacji zawartych na przedłożonym wydruku), jak również pełnomocnik ten wskazał, że składa ten dowód jedynie poglądowo, a wykonawca W. F., nie będzie używać tej kosiarki przy realizacji zamówienia, to jednak stwierdzić należy, że dowodzi to, iż są różne wartości spalania dla różnych sprzętów,

a tym samym obliczenia przedstawione przez odwołującego II, należy uznać za niemiarodajne. Ponadto, należy też stwierdzić, że nie jest wystarczające kwestionowanie jedynie samych cen jednostkowych w ramach zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i wykazywanie, że w ramach niektórych z pozycji wykonawca może ponieść stratę, bez odniesienia się do ceny całkowitej oferty. Oczywiście czym innym jest kwestionowanie samych wyjaśnień wykonawcy i wskazywanie na nieprawidłowości założeń w nich poczynionych.

Również należy przyznać rację odwołującemu II, że wykonawca w ramach kalkulacji ceny oferty winien uwzględnić również koszty związane z działalnością firmy. Izba podziela także zarzut, iż wykonawca W. F. nie odpowiedział w sposób prawidłowy na wezwanie zamawiającego i nie wykonał nałożonego na niego zobowiązania w zakresie wskazania cen jednostkowych, a jedynie stwierdził, że wypełni formularze cenowe, po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Stwierdzić też należy, że gdyby nie oczywiste rozbieżności w samych wyjaśnieniach i już wynikający z samej treści przedmiotowych wyjaśnień, brak rzetelności kalkulacji ceny oferty, błędy w założeniach wyjściowych, to zasadnym byłoby powtórne wezwane wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień wraz z dowodami i bardziej szczegółowymi informacjami odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny oferty. Powyższe stanowisko ma także zastosowanie do sprawy KIO 223/16.

W dalszej kolejności, odnosząc się do pisma złożonego przez odwołującego II, w trakcie posiedzenia w dniu 1 marca 2016 roku stwierdzić należy, że w ocenie Izby w przeważającej mierze jest to pismo, zawierające nowe okoliczności, nie zawarte w treści samego odwołania, a tym samym stanowiące niedopuszczalne rozszerzenie zarzutów odwołania. Wprawdzie w piśmie tym odwołujący II wskazuje, że porusza się w płaszczyźnie zarzutów podniesionych w odwołaniu, jednak nie jest to stanowisko w pełni zasadne. Należy zauważyć, że podstawę zarzutu stanowią podnoszone przez odwołujących zarówno okoliczności prawne, jak i faktyczne. Tym samym, podnoszone przez odwołującego II w treści tego pisma kwestie dotyczące choćby koniecznego nakładu pracy do wykonania określonych czynności, konieczność uwzględnienia dodatkowych kosztów transportu, zarzuty co do zasadności założeń w zakresie jednakowej liczby roboczogodzin i motogodzin przy zakładaniu trawnika, czy związane z wyceną prac w zakresie dostawy i montażu siatki zabezpieczającej trawniki i nowe nasadzenia, należało uznać za wykraczające poza ramy zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Niemniej jednak, mając na uwadze, co stwierdzono powyżej, a w szczególności fakt, iż przedstawione wyjaśnienia wykonawcy W. F. były lakoniczne, ogólnikowe, a nadto były

sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, jak i zawierały pewne rozbieżności oraz nie odpowiadały w sposób właściwy na wezwanie zamawiającego (kwestia cen jednostkowych), Izba uznała, że są nierzetelne i nie pozwalają na uznanie, że cena oferty złożonej przez wykonawcę dla rejonu II nie jest rażąco niska.

Tym samym Izba nakazała odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej przez wykonawcę: W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze.

Zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu Izba uznała za uzasadniony, jako zarzut stanowiący konsekwencję naruszenia przepisów art. art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4.

Sygn. akt: KIO 225/16

Odwołujący W. F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze (odwołujący III) w trakcie rozprawy w dniu 1 marca 2016 roku cofnął zarzut naruszenia art. 90 ust. 4 ustawy Pzp, w pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty odwołania.

W ramach zarzutów podtrzymanych na rozprawie, Izba zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa treści pisma wykonawcy AG Complex Sp. z o.o. z dnia 21 stycznia 2016 r. (od strony 5), podczas, gdy podmiot ten nie udowodnił, że zastrzeżona treść wzmiankowanego pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, zasłaniając się ogólnikowymi stwierdzeniami, niepoddającymi się weryfikacji, Izba uznała, za uzasadniony.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie* (art. 8 ust. 2). Z kolei przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że: *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.* Natomiast , legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera przepis

art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) stanowiący, iż: *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

Nie ulega wątpliwości, iż zasada jawności postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Owszem, ustawa Pzp dopuszcza możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale równocześnie też nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia, jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność. W wyroku z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 108/15 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „Należy *wskazać, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia".*

Wykonawca AG-Complex, w związku z wezwaniem zamawiającego, złożył w dniu

21 stycznia 2016 roku wyjaśnienia dotyczące ceny oferty z równoczesnym zastrzeżeniem, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą zostać udostępnione innym wykonawcom. Ponadto, wykonawca ten złożył wraz z przedmiotowymi wyjaśnieniami uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
W uzasadnieniu tym wykonawca AG-Complex odwołał się do legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa", zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i do regulacji ustawy Pzp w tym zakresie, a nadto powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 roku (I CKN 304/00). Natomiast, jedynie w sposób ogólnikowy odniósł się do zasadności samego zastrzeżenia informacji jako, stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa, a zawartych w złożonych przez niego wyjaśnieniach dotycząco rażąco niskiej ceny, wskazując m.in., że: informacje na temat sposobu kalkulowania cen nie są dostępne w sposób, który umożliwiłby innym podmiotom zapoznanie się z tymi informacjami; nie udostępnił tych informacji do wiadomości publicznej; a nadto w ramach realizacji własnych polityk bezpieczeństwa podjął działania w celu zabezpieczenia tych informacji przed ujawnieniem, w szczególności zobowiązał swoich pracowników, współpracowników i kontrahentów do zachowania ich w poufności

oraz, że zapoznanie się konkurencji ze sposobem kalkulowania cen i przyjętymi stawkami, mogłoby narazić wykonawcę na szkodę.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2016 roku odtajnił częściowo informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zawarte w piśmie wykonawcy pn.: „Wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny" na stronach od 1 do 5 do punktu 7 włącznie oraz załączone do pisma załączniki nr 7 I i 7 XIII, wskazując, iż informacje ze stron 1 - 3 zawierają opinię wykonawcy wraz z przytoczonym orzecznictwem Izby, dotyczące procedury badania rażąco niskiej ceny, wymienione w punktach 1 – 7 czynniki wpływające na cenę zostały ujawnione w innymi postępowaniu, zaś załączniki 7 I i 7 XIII stanowią jednocześnie załączniki do umowy, która jest jawna, a wysokość cen i wartości w nich wykazane wynikają wprost z zapisów SIWZ.

W ocenie Izby, biorąc już choćby pod uwagę samą treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy AG-Complex, zamawiający winien był w całości odtajnić treść pisma pn. „Wyjaśnienie dot. rażąco niskiej ceny" z dnia 21 stycznia 2016 roku wraz z załącznikami, albowiem wykonawca ten oprócz ogólnikowych i lakonicznych twierdzeń nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, ani nawet nie uprawdopodobnił tych twierdzeń w żaden sposób. Co więcej nie przedstawił rzeczowej argumentacji w tym zakresie. Nie sprecyzował charakteru zastrzeżonych informacji (tj. czy są to informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub posiadające wartość gospodarczą). Nie odniósł się do konkretnych działań, instrumentów, jakie podjął w celu nieujawnienia zastrzeżonych przez siebie informacji osobom trzecim, oprócz ogólnych zapewnień o zobowiązaniu pracowników, współpracowników i kontrahentów do zachowania informacji w poufności. Nie wskazał, na czym miałaby polegać ewentualna szkoda i nie uprawdopodobnił nawet możliwości jej powstania, chociaż powoływał się ogólnikowo na samą możliwość narażenia go na szkodę

Jak już powyżej wskazano, w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, to wykonawca ma wykazać, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych – plik wideo z 21.03.2014 r. – plik wideo z 10.VII.2014 r.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia wykonawcy AG-Complex są niewystarczające dla skutecznego wykazania, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Nadto, jak sam zamawiający dostrzegł, wykonawca w sposób nieuprawniony zastrzegł całą treść wyjaśnień wraz z załącznikami, mimo, iż znaczna ich

część zawierała, informacje, które ze swej istoty nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, jak choćby treść przepisów powszechnie obowiązującego prawa (przepisy ustawy Pzp), czy orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Dowody przedłożone na rozprawie w tym zakresie (umowy o zachowaniu poufności – 6 sztuk, uchwała zarządu w sprawie nadania regulaminu ochrony danych osobowych – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), powinny zostać przedłożone zamawiającemu w toku prowadzonego przez niego postępowania. I choć formalnie Izba przyjęła te dowody w poczet materiału dowodowego, to jednak nie może mieć to żadnego wpływu na ocenę co do zasadności objęcia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie w całości zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa treści pisma wykonawcy „AG-COMPLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 stycznia 2016 roku pn. „Wyjaśnienie dot. rażąco niskiej ceny" wraz z załącznikami.

Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez uznanie, że złożone przez wykonawcę AG Complex Sp. z o.o. wyjaśnienia były wystarczające do uznania, iż nie zawierają rażąco niskiej ceny, podczas gdy wyjaśnienia te są ogólnikowe, wzmiankowany wykonawca nie przedłożył nadto dowodów (o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), które potwierdzałyby, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny i uwzględniała wszystkie koszty związane z usługami objętymi postępowaniem, obowiązek zaś wykazania, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy, jest częściowo uzasadniony.

Oferta wykonawcy AG-Complex dla rejonu XIII po przeprowadzonej aukcji elektronicznej opiewała na kwotę – 758.500,00 zł. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia dla rejonu XIII – 1.261.675,38 zł.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
Natomiast przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż *Obowiązek wykazania,* że *oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że treść wezwania zamawiającego z dnia 15 stycznia 2016 roku, skierowanego do wykonawcy AG-Complex, o udzielenie wyjaśnień, dotyczących ceny oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, była sformułowana w sposób ogólny i nie zawierała w sobie żądania przedłożenia dowodów. Zamawiający żądał jedynie wyjaśnień dotyczących ceny oferty w szczególności w odniesieniu do prac wykazanych w załączonych do wezwania tabelach, przy czym zwrócił uwagę, że: *„ceny jednostkowe netto z kol. 6, za poszczególne rodzaje prac powinny zgodnie z zapisem w cz. IV pkt 2) SIWZ zostać „obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie w formie pisemnej".* Nadto, zamawiający w przypadku dostawy płotków żądał wskazania źródła zakupu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca AG-Complex złożył w dniu 21 stycznia 2016 roku pismo pn. „Wyjaśnienie *dot. rażąco niskiej ceny",* w którym m.in. wskazał, że przeanalizował dokładnie wszystkie czynniki obiektywne mające wpływ na sposób kalkulacji cen jednostkowych (które opisał następnie w punktach od 1 do 9) oraz, że

wziął pod uwagę zapisy SIWZ związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz sposoby wykonywania kalkulacji cen funkcjonujące u niego od wielu lat. Ponadto, złożył zestawienia szczegółowe (dla rejonu I i XIII), opisujące wartości dla zakresu poszczególnych prac, ze wskazaniem procentowym udziału poszczególnych pozycji (robocizna; sprzęt, materiały i utylizacja, koszty pośrednie, zysk) w stosunku do wartości ogólnej każdego z zakresów prac, jak również przedstawił: szczegółowy zakres robocizny, szczegółowy zakres sprzętu, szczegółowy zakres materiałów i utylizacji, szczegółowy zakres kosztów pośrednich. Wykonawca złożył również wypełnione załączniki nr 7 I i 7 XIII, stanowiące jednocześnie załączniki do umowy.

Dodatkowo, w odpowiedzi na kolejne wezwanie zamawiającego z dnia 28 stycznia 2016 roku, w dniu 1 lutego 2016 roku uzupełnił swoje wyjaśnienia o tabele,

---

które były wymagane uprzednio przez zamawiającego, a których nie załączył do swoich pierwszych wyjaśnień.

Zgodnie z cytowanym powyżej przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, w przypadku ziszczenia się ustawowych przesłanek, obligujących go do wezwania wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w zakresie, o którym mowa w tym przepisie, winien zwrócić się do wykonawcy o udzielenie takich wyjaśnień, w tym także o złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak już wcześniej wspomniano, zamawiający w swoim wezwaniu, nie zawarł żądania przedłożenia dowodów, za wyjątkiem wypełnionych tabel, które załączył do swojego wezwania.

Wykonawca również, z własnej inicjatywy, nie przedstawił dowodów które odnosiłyby się do czynników wskazanych przez niego, jako mających wpływ na sposób kalkulacji cen, a przedstawił jedynie zestawienia, jak również wypełnione formularze, które miały stanowić załączniki do umowy.

W tym miejscu należy zauważyć, że wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji w przypadku pewnych nieprawidłowości wynikających z treści samego wezwania. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp jest zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednakże, to zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Skoro więc, zamawiający zwrócił się jedynie o złożenie wyjaśnień i załączenie wypełnionych tabel, które stanowiły załącznik do jego wezwania, to wykonawca mógł uznać, że nie musi składać nic więcej, aby zadośćuczynić temu wezwaniu.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że jednak dla prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, niezbędne jest zwrócenie się do wykonawcy o przedłożenie stosownych dowodów. Jest to wymóg wynikający wprost z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, skoro wykonawca powołuje się na określone czynniki, mające wpływ na kalkulację ceny, to powinien załączyć też stosowne dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Należy też zaznaczyć, że nie ma też przeszkód, aby zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, czy wzywał do przedłożenia dodatkowych dowodów, które uznaje za istotne dla oceny samych wyjaśnień, stąd też Izba uznała za zasadne powtórzenie czynności w tym zakresie. Nie jest jedynie dopuszczalne, aby powtórnie wzywać w zakresie, który został już wyjaśniony albo w sytuacji, gdy wykonawca odmawia współpracy.

Ponadto, w tym miejscu należy zauważyć, że wyjaśnienia, złożone przez wykonawcę AG-Complex, nie zostały w sposób należyty poddane weryfikacji zamawiającego.

Zamawiający powinien dokonać oceny czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, ponieważ to one mają przekonać zamawiającego, że ten konkretny wykonawca może zrealizować zamówienie za daną cenę. Tymczasem, ze stanowiska przedstawionego przez zamawiającego w toku rozprawy wynika, że zamawiający nie dokonał wnikliwej oceny wyjaśnień, dotyczących ceny oferty, a złożonych przez wykonawców w toku postępowania. Z twierdzeń zamawiającego przywoływanych wielokrotnie w toku rozprawy (we wszystkich rozpoznawanych sprawach)

wynika, że zamawiający samo wezwanie do wyjaśnień, które wystosował do wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w ramach poszczególnych części zamówienia, traktował jedynie jako obowiązek nałożony na niego przepisami Pzp, a sam wątpliwości nie miał, że zaoferowane ceny nie są rażąco niskie. Jak wyjaśniał zamawiający podczas rozprawy, brał pod uwagę m.in. wartość umów realizowanych w latach ubiegłych, brał również pod uwagę ceny innych ofert i inne czynniki. W tym miejscu należy odwołać się również do argumentacji przedstawionej powyżej przy sprawie KIO 223/16.

Dodać również należy, że Izba nie jest związana żądaniami stron, a jedynie zarzutami, stosownie do przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Stąd w ramach zarzutów podniesionych przez odwołującego III, Izba nakazała zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy AG-Complex do wyjaśnień wysokości ceny oferty, mimo braku takiego żądania ze strony odwołującego.

W takim stanie faktycznym, w ocenie Izby, zasadne było nakazanie zamawiającemu, aby powtórzył (uzupełnił) czynność wezwania wykonawcy AG-Complex do wyjaśnienia wysokości ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, celem przedłożenia dodatkowych dowodów na potwierdzenie wpływu okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach na kalkulację ceny oferty tego wykonawcy.

Zakreślony przez Izbę - w sentencji wyroku (pkt 1C) - zakres czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty, celem przedłożenia dodatkowych dowodów na potwierdzenie wpływu okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach na kalkulację ceny oferty tego wykonawcy, nie ogranicza zamawiającego co do wezwania także o dodatkowe informacje (dowody), które w jego ocenie będą konieczne do prawidłowej oceny wyjaśnień, w sytuacji, gdy dojdzie do przekonania, że takie informacje (czy dowody) będą mu potrzebne.

W konsekwencji zamawiający winien dokonać powtórnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę AG-Complex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mając na uwadze konieczność wnikliwej oceny wyjaśnień, złożonych przy piśmie z dnia 21 stycznia 2016 r.,

jak i następnie uzupełnionych. Zamawiający winien mieć na uwadze, że ta ocena powinna być rzeczywista i rzetelna.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez AG Complex Sp. z o. o. w sytuacji, gdy złożona w toku aukcji elektronicznej oferta zawierała rażąco niską cenę.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała za przedwczesny.

W związku z nakazaniem zamawiającemu odtajnienia w całości wyjaśnień wykonawcy AG-Complex dotyczących ceny oferty, a także w związku z nakazaniem zamawiającemu powtórzenia (uzupełnienia) czynności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia wysokości ceny oferty, odwołujący III, w ramach ewentualnego kolejnego odwołania, będzie miał możliwość podnoszenia argumentów dla wykazania m.in. twierdzeń o błędnej ocenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w toku aukcji elektronicznej przez AG Complex Sp. z o.o., podczas, gdy działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku usług będących przedmiotem postępowania i oferowaniu ich świadczenia poniżej kosztów, Izba uznała, za nieuzasadniony.

Odwołujący III jedynie w *petitum* odwołania postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazując na czym jego zdaniem to naruszenie miałoby polegać, jednak w dalszej części odwołania, w tym także w uzasadnieniu odwołania, nie odniósł się w żaden sposób do postawionego zarzutu.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp *Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami*

ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie *oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.*

O zakresie zarzutu stanowią przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne. Ponadto, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń*

strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Tymczasem, Odwołujący III nie tylko nie udowodnił i nie wykazał ziszczenia się przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy AG-Complex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (tj. nie wykazał, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji), ale przede wszystkim nie przedstawił okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania w tym zakresie.

Wobec powyższego, zarzut, o którym mowa powyżej, Izba uznała, za bezpodstawny.

Sygn. akt: KIO 228/16

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień SITA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej: „SITA" dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo, iż informacje zastrzeżone przez SITA nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie rejonu nr V, w ocenie Izby jest uzasadniony.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że przy omawianiu tego zarzutu, aktualne są, przytoczone powyżej przy omawianiu sprawy KIO 225/16, podstawy prawne odnoszące się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i przedstawione tam wywody ogólne składu orzekającego Izby.

Odnosząc się zaś do treści samych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SITA stwierdzić należy, że w przypadku tego wykonawcy wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są bardziej konkretne niż uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożone przez wykonawcę AG-Complex i wskazują na podjęcie oznaczonych działań mających na celu zachowanie informacji w poufności, takich jak: zobowiązanie do zachowania informacji w poufności, zarówno na mocy przepisów prawa (przepisy Kodeksu spółek handlowych i kodeksu pracy), jak i na podstawie zawartych umów (klauzule umowne czy odrębne umowy o zachowaniu poufności), pod rygorem negatywnych skutków dyscyplinarnych, przechowywanie dokumentów zawierających informacje poufne w zabezpieczonych miejscach, zapisywanie tychże informacji na szyfrowanych dyskach. Wykonawca SITA wskazał też, że informacje te mają wartość gospodarczą oraz, że wskazują jednoznacznie na sposób budowania ceny oferty, który jest właściwy nie tylko dla tego konkretnego postępowania, ale również i innych przyszłych zamówień i który pozwala budować przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży.

Jednak wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej w ofercie wykonawcy SITA jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie są w ocenie Izby wystarczające. Treść tych wyjaśnień nie zawiera odniesienia do konkretnych umów czy też postanowień umownych. Dowód przedłożony na rozprawie w tym zakresie (wyciąg z umowy o pracę stosowanej w SITA Polska Sp. z o.o. w zakresie tajemnicy zawodowej i poufności), powinien być przedłożony zamawiającemu w toku prowadzonego przez niego postępowania. I chociaż formalnie, Izba zaliczyła ten dowód w poczet materiału dowodowego, to jednak nie może mieć to żadnego wpływu na ocenę co do zasadności objęcia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto, wykonawca powinien wykazać, nie tylko, że podjął szereg działań zmierzających do zachowania poufności informacji, ale również, że te działania mają

zastosowanie w stosunku do konkretnych informacji.

Tymczasem pierwsze dwie strony wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny, a zastrzeżonych przez wykonawcę SITA, odnoszą się do ogólnych właściwości wykonawcy, często wspólnych dla różnych wykonawców (posiadanie doświadczenia, wykwalifikowanych pracowników i specjalistycznego sprzętu, jak i wyposażenia technicznego, możliwość wynegocjowania upustów na zakup materiałów, dobra organizacja pracy, koszty robocizny wyższe od minimalnego wynagrodzenia).

Zauważyć też należy, że wykonawca SITA w całości zastrzegł tajemnicę tabeli kalkulacyjnej, mimo, że została ona przygotowana według wzoru opracowanego przez zamawiającego. Sposób kalkulacji ceny obejmuje podział kosztów według zasad opracowanych przez A zatem, powinien wykazać, zamawiającego. wykonawca które konkretnie informacje według niego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i dlaczego. Powinien w sposób indywidualny odnieść się do zastrzeżonych przez siebie informacji. Natomiast jego wyjaśnienia są zbyt ogólne. Nie odniósł się w żaden sposób dlaczego zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do dowodów, stanowiących załączniki do wyjaśnień, tj. faktur i ofert handlowych. Informacje zawarte w tych dokumentach mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak to wykonawca winien wykazać, że te informacje mają taki charakter i uprawdopodobnić ten fakt.

Wobec powyższego, Izba uznała, że wyjaśnienia wykonawcy SITA są niewystarczające dla skutecznego wykazania, iż zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie w całości, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści załączników do pisma wykonawcy SITA

Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 stycznia 2016 roku, tj. wyjaśnień, szczegółowej kalkulacji wraz z przedstawionymi dowodami.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SITA, mimo, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzają, iż cena oferty SITA jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia na realizację zamówienia w zakresie rejonu nr V, a w szczególności wszystkie ceny jednostkowe (z wyłączeniem ceny za kompleksową pielęgnację 100 m2 krzewów) są rażąco niskie.

Powyższy zarzut częściowo się potwierdził.

Jako aktualne dla tej sprawy należy przyjąć uwagi poczynione przez skład orzekający Izby przy omawianiu sprawy KIO 225/16, a odnoszące się do treści wezwania zamawiającego, dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców odnośnie ceny oferty, zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu oraz kwestii zakreślenia treści sentencji w przedmiocie nakazania zamawiającemu powtórzenia (uzupełnienia) czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia wysokości ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Oferta wykonawcy SITA dla rejonu V po przeprowadzonej aukcji elektronicznej opiewała na kwotę – 697.285,00 zł. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia dla rejonu V – 1.166.323,49 zł.

Nie było sporne między stronami, że zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia, dotyczące ceny oferty, złożone przez wykonawcę SITA są, w ocenie Izby, ogólne i podobnie, jak w przypadku wyjaśnień złożonych przez wykonawcę AG-Complex, nie wyjaśniają w jaki sposób i w jakim wymiarze okoliczności w nich wskazane faktycznie wpływają na zaoferowaną cenę.

Ponadto, w tym miejscu należy zauważyć, że wyjaśnienia, złożone przez wykonawcę SITA (podobnie jak w przypadku pozostałych wykonawców), nie zostały w sposób należyty poddane weryfikacji zamawiającego. Zamawiający powinien dokonać oceny czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, a biorąc pod uwagę w głównej mierze inne czynniki, w tym wartości umów w latach ubiegłych.

Zwrócić jednak należy uwagę, że wykonawca SITA załączył dowody na

potwierdzenie części swoich wyjaśnień. Należy też zgodzić się z twierdzeniem, że pewne

czynniki, jak np. doświadczenie wykonawcy czy posiadanie wykwalifikowanej kadry, mogą być niemierzalne i wówczas nie będzie możliwe wykazanie konkretnego wpływu na zaoferowaną cenę. Niemniej jednak, za zasadne należałoby uznać, aby w sytuacji, gdy nie można odnieść się do mierzalnego efektu, wykonawca przedstawił pogłębioną argumentację, wskazującą na to, że faktycznie w przypadku tego wykonawcy, czynniki te odgrywają znaczącą rolę w kształtowaniu ceny. Natomiast już inne okoliczności jak, np. posiadanie własnego sprzętu, możliwość korzystania z upustów, czy rabatów, można już przełożyć na konkretne oszczędności i wykazać w jakim zakresie mają one wpływ na kalkulację ceny oferty.

Zdaniem Izby, w przypadku wykonawcy SITA, wyjaśnienia wymaga również kwestia dotycząca sposobu kalkulacji w zakresie zagospodarowania odpadów zielonych, odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01 (czy będą to koszty związane z przekazaniem odpadów do RIPOK-ów, czy w inny sposób przywoływany na rozprawie), aby w tym zakresie nie pozostały żądne wątpliwości. Wyjaśnienie to powinno nastąpić w związku z powtórzeniem czynności wezwania do wyjaśnień przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ma to znaczenie w kontekście wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę na rozprawie wraz z dowodami co do sposobu przekazania odpadów zielonych podmiotom trzecim i kosztom z tym związanym, jak również w kontekście jednego z załączników do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (oferty handlowej takiego podmiotu). Wykonawca podnosił, że cena jego oferty zawiera prawidłową kalkulację kosztów związanych z przekazaniem odpadów zielonych, nawet przy uwzględnieniu przekazania tych odpadów do RIPOK-u. Jednak, należy zauważyć, że te wyjaśnienia i dowody powinny być przedstawione zamawiającemu w toku postępowania o udzielnie zamówienia, a nie w toku postępowania odwoławczego. To bowiem rzeczą zamawiającego jest wszechstronna ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę oferty. Pozwoli to ocenić zamawiającemu, czy nie miało miejsce błędne założenie przy sporządzania kalkulacji ceny oferty w zakresie sposobu zagospodarowania odpadów i czy założenia wyjściowe były rzetelne

Jak już wcześniej wskazano, nie ma też przeszkód, aby zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, czy wzywał do przedłożenia dodatkowych dowodów, które uznaje za istotne dla oceny samych wyjaśnień, stąd też Izba uznała za zasadne powtórzenie czynności w tym zakresie.

Stąd w ramach zarzutu podniesionego przez odwołującego IV, a dotyczącego nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, biorąc pod uwagę również treść wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2016 roku oraz sposób dokonania oceny wyjaśnień w zakresie ceny oferty przez zamawiającego, o czym była mowa powyżej

przy sprawie KIO 225/16, Izba nakazała zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, mimo braku takiego żądania ze strony odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zakreślony przez Izbę - w sentencji wyroku (pkt 1D) - zakres czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty, celem przedłożenia dodatkowych dowodów na potwierdzenie wpływu okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach na kalkulację ceny oferty tego wykonawcy, nie ogranicza zamawiającego co do wezwania także o dodatkowe informacje (dowody), które w jego ocenie będą konieczne do prawidłowej oceny wyjaśnień, w sytuacji, gdy dojdzie do przekonania, że takie informacje (czy dowody) będą mu potrzebne. Izba zwraca również uwagę na konieczność wyjaśnienia kwestii kalkulacji ceny w zakresie przekazywania odpadów zielonych, o czym była już mowa powyżej.

W konsekwencji zamawiający winien dokonać powtórnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SITA w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mając na uwadze konieczność wnikliwej oceny wyjaśnień, złożonych przy piśmie z dnia 21 stycznia 2016 r., jak i następnie

uzupełnionych zgodnie z niniejszym wyrokiem. Zamawiający winien mieć na uwadze, że ta ocena powinna być rzeczywista i rzetelna.

W pozostałym zakresie - zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w tym zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę Izba uznała za przedwczesny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), przez zaniechanie odrzucenia oferty SITA, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia na realizację zamówienia w zakresie rejonu nr V,
oraz
zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SITA, mimo, iż oferta ta jest niezgodna z SIWZ w zakresie, w jakim wszystkie ceny jednostkowe (z wyłączeniem ceny za kompleksową pielęgnację 100 m2 krzewów) w rejonie V nie pokrywają wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi.

Zarzuty, o których mowa powyżej, w ocenie Izby są przedwczesne. W związku z nakazaniem zamawiającemu odtajnienia w całości wyjaśnień wykonawcy SITA dotyczących ceny oferty, a także w związku z nakazaniem zamawiającemu powtórzenia

(uzupełnienia) czynności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia wysokości ceny oferty, odwołujący IV, w ramach ewentualnego kolejnego odwołania, będzie miał możliwość podnoszenia tych zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy W. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, zwanego dalej: „W. F.”, do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie rejonu nr IV.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dotyczący oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę W. F. w ramach rejonu IV nie potwierdził się.

Uzasadnienie w tym zakresie jest analogiczne jak przy sprawie KIO 223/16 (argumentacja składu orzekającego Izby odnosząca się do pierwszej z wykazanych przez wykonawcę W. F. usług, tj. usługi wykonywanej na rzecz PUW LOTAR P. S., wykazująca konieczność zaliczenia w pełnym zakresie tej usługi do wymaganego doświadczenia).

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy w konsekwencji stwierdzenia naruszeń przepisów prawa przez zamawiającego, o których była mowa powyżej, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba za zasadne uznała koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołujących w kwocie po 3 600 zł, zgodnie ze złożonymi na rozprawie rachunkami.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……..……..

.....