

WYROK
z dnia 24 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 21 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Firma Handlowa MG – M. G., ul. Łódzka 165, 62-800 Kalisz** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Kalisz, ul. Główny Rynek 20, 62-800 Kalisz**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe P. B., ul. Zachodnia 50, 62-800 Kalisz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe P. B., ul. Zachodnia 50, 62-800 Kalisz do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny na Rejon I zamówienia.
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Kalisz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Firmę Handlową MG – M. G., ul. Łódzka 165, 62-800 Kalisz** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1. Zasądza od **Miasta Kalisz** na rzecz **Firmy Handlowej MG – M. G., ul. Łódzka 165, 62-800 Kalisz** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Kalisz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza” oznaczenie sprawy: WSRK.271.01.0005.2016 ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 listopada 2016 roku pod numerem 2016/S 219-399199. Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Ustawy Prawo zamówień publicznych,

Odwołująca: M. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa MG – M. G. ul. Łódzka 165, 62-800 Kalisz wniosła odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza”, prowadzonego przez Zamawiającego Miasto Kalisz.
Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;

2. art. 90 ust. 1 i la pkt 1 Ustawy pzp — poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta składającego ofertę o najniższej cenie o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz w sytuacji gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Ustawy pzp w związku z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) — poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z zasadą przejrzystości, zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

3

1. unieważnienie czynności wyboru oferty P. B. — prowadzącego P. B. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, na obsługę Rejonu I,

2. dokonanie wyboru oferty Odwołującej — M. G. — prowadzącej Firma Handlowa MG — M. G.; ewentualnie:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty P. B. — prowadzącego P. B. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, na obsługę Rejonu I,

2. wykluczenie wykonawcy P. B. — P. B. prowadzącego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z postępowania,

3. ponowienie czynności badania i oceny ofert na rejon I.

Interes Odwołującej w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującej powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą, z uwagi na zaproponowanie przez P. B. ceny rażąco niskiej. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującą, a co za tym idzie Odwołująca ma interes we wniesieniu odwołania.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołująca wskazuje, co następuje.

Zamawiający — Miasto Kalisz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza”.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na pięć odrębnych części (Rejony od 1 do 5), określając wartość zamówienia na kwotę 1 300 000,00 zł brutto. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołująca nie zgadza się z wynikami oceny ofert i podnosi, co następuje.

W dniu 21 grudnia 2016 roku zostało dokonane otwarcie ofert dotyczących przedmiotowego postępowania. Oferta na obsługę rejonu I złożona przez uczestnika postępowania Przedsiębiorstwo Wielobranżowe P. B. zawierała cenę w kwocie 203 228,27 zł. Biorąc pod uwagę kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na obsługę rejonu I w wysokości 300 000,00 zł, cena zaproponowana przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe P. B. nosiła znamiona rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art 90 ust 1 i la ustawy pzp, albowiem była niższa o 32,26% od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego i aż o 42,70% od średniej cen wszystkich złożonych ofert (pozostałe oferty opiewały na kwoty ty: 270 383,24 zł — oferta Odwołującej, 300 440,07 zł — oferta Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K. W., 459 823,12 zł — oferta Przedsiębiorstwo Oczyszczania miasta EKO Sp. z o.o. i 539 602,88 zł — oferta EKOLAS Przedsiębiorstwo Usługowe W. B.).

dowód: informacja z otwarcia ofert o której mowa w art 86 ust. 5 Ustawy PZP z dnia 22 grudnia 2016 roku (w aktach postępowania)

Pismem z 30 grudnia 2016 roku Odwołująca zwróciła Zamawiającemu uwagę na te okoliczności wskazując, że zachodzą przesłanki do zwrócenia się przez Zamawiającego do

4

wymienionego oferenta o złożenie wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a Ustawy Prawo zamówień publicznych. W piśmie tym podała na merytoryczne okoliczności wskazujące, że oferta P. B. nosi znamiona rażąco niskiej ceny. Podała w szczególności, że w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2015, oznaczonym sygnaturą WSRK.271.01.0005.2015, w którym Odwołująca składała ofertę dotyczącą także rejonu I na kwotę 191 850,75 zł, oferta ta została uznana początkowo za rażąco niską i Odwołująca składała w tym zakresie wyjaśnienia. Podniosła, że w ubiegłorocznym postępowaniu dotyczącym rejonu I P. B. złożył ofertę na kwotę 246 097,88 zł, a w bieżącym postępowaniu zmniejszył ją aż o 42 869,61 zł i to pomimo znacznego zwiększenia krotności wielu prac w formularzu cenowym. Podniosła, że niemożliwe jest należyte wykonanie przez P. B. Zamówienia i uzyskanie jakiegokolwiek zysku. Wskazała, że pomimo, że Odwołująca dysponuje największym potencjałem technicznym spośród firm pielęgnujących zieleń na terenie Miasta Kalisza oraz dużym doświadczeniem w wykonywaniu takich prac, to mimo wyższej ceny w ubiegłym roku nie udało jej się wypracować zysku przy wykonaniu ubiegłorocznego zadania, a straty udało jej się nadrobić realizując inne duże zadania.

dowód: pismo Odwołującej z 30 grudnia 2016 roku (w aktach postępowania)

Na pismo Odwołującej z 30 grudnia 2016 roku Zamawiający nie zareagował. Nie wezwał P. B. do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a Ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczności podnoszone przez Odwołującą w piśmie z 30 grudnia 2016 roku są aktualne i nie zostały w żaden sposób wyjaśnione. Oferta złożona przez P. B. jest nierentowna i w świetle poniższych przepisów ustawy pzp i Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinna zostać odrzucona.

Podnieść należy, że ceny usług wskazane w formularzu cenowym dla Rejonu I (część I) przez P. B. są rażąco niskie i zupełnie oderwane od wartości czynności i stawek rynkowych. Tytułem najbardziej jaskrawych przykładów wskazać należy następujące pozycje formularza:

- a. 11.11 — usuwanie posuszu w koronach starych drzew — oferent P. B. wskazuje, że wykonywać to zadanie będzie za 8,00 zł za jedną sztukę starodrzewia, tymczasem usuwanie posuszu w koronie starego drzewa wymaga co najmniej godziny pracy, a do realizacji tego zadania często konieczne jest wykorzystanie specjalistycznego sprzętu np. podnośnika koszowego, którego godzina pracy to koszt około 150,00 zł, nie wspominając że koszt pracy przy wykonaniu tego zadania będzie znacznie wyższy niż 8 zł;
- b. 11.12. — usuwanie skutków nawałnic (usunięcie i utylizacja połamanych gałęzi, redukcja uszkodzonych konarów) — oferent P. B. za jedną akcję usuwania skutków nawałnicy wskazuje cenę 50,00 zł, która jest zupełnie oderwana od rzeczywistości, albowiem usuwanie skutków nawałnic ma się odbywać w starym, dużym parku, w którym jest mnóstwo starych drzew, które są niezwykle podatne na uszkodzenia wskutek wiatru — w ocenie

5

Odwołującej, która w przeszłości realizowała takie zadania do zrealizowania zadania potrzeba co najmniej dwóch dni przy założeniu, że realizować je będzie 6 ludzi posiadających odpowiednie zaplecze w postaci maszyn (pilarek, kos, samochodów, etc.), którzy pracować będą w ekspresowym tempie;

c. VII.1 — Różne prace dla rejonu I — ryczałt miesięczny — prace te obejmują w szczególności wykonywanie prac porządkowych na obszarze ponad 19 ha parku, w tym zamiatanie dróg i schodów o powierzchni ponad 4 ha, zbieranie i wywóz odpadów, codzienną kontrolę placów zabaw — oferent P. B. oferuje za realizację tego zadania 700,00 zł, co ewidentnie stanowi wartość poniżej stawek rynkowych — do realizacji tego zadania potrzeba co najmniej 2 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, przy czym mając na względzie aktualną wysokość płacy minimalnej oferent P. B. nie będzie w stanie zapewnić do realizacji tego zadania nawet połowy etatu, nie wspominając o osiągnięciu zysku.

Powyższe przykłady to najbardziej jaskrawe przypadki cen rażąco niskich — nie tylko nie zapewniających zysku oferentowi, lecz także powodujących realizację zadania niemożliwą. Analizując treść formularza cenowego dla Rejonu I (część I) P. B. dostrzec można o wiele więcej przykładów cen rażąco niskich, dowód: formularz cenowy dla Rejonu I (część I) P. B. (w aktach postępowania)

Odwołująca podnosi także, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w odniesieniu do dwóch innych rejonów (IV i V) zaniechał rzetelnego sprawdzenia czy oferenci nie zastosowali rażąco niskich cen. W jednym przypadku pomimo zwrócenia uwagi przez jednego z oferentów zaniechał w ogóle zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień do oferenta oferującego cenę najniższą, w drugim zaś przypadku przyjął wyjaśnienia skrajnie lakoniczne, w których

oferent PW B. K. m.in. podała, że niska cena wynika z tego, że kupuje duże ilości paliwa, dzięki czemu może uzyskać za nie cenę do 20 groszy netto za 1 litr! Okoliczności te nie mają wprawdzie znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie niniejszego odwołania, pokazują jednakże w jaki sposób Zamawiający proceduje w postępowaniu będącym przedmiotem zaskarżenia.

Przepisy stanowiące wskazane w zarzutach odwoławczych przedstawiają się następująco: Art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 in principio Ustawy Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...), natomiast zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1a

6

pkt 1 Ustawy W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższą o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust.; 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z treścią, art. 7 ust. 1 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz Zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei w myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaży poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zestawiając powyższe normy z przebiegiem postępowania i wskazanymi w treści odwołania faktami stwierdzić należy, że odwołanie winno zostać uwzględnione.

Powołane w treści uzasadnienia dokumenty, które nie stanowią załączników do odwołania, znajdują się w aktach postępowania.

Przed otwarciem rozprawy przystępujący do postępowania odwoławczego P. B. złożył pisemne stanowisko, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Uznał wybór jego oferty za prawidłowy i wskazał, że prowadzi firmę, która jest typowo rodzinna. Jako właściciel czynnie uczestniczy w wykonywaniu zamówień (w pracach fizycznych) na równi z pracownikami. Tym samym prowadzi na bieżąco nadzór nad pracami. Jest ogrodnikiem z wykształcenia, posiada uprawnienia pilarza, co skutkuje fachowością wykonywanych prac i pozwala na obniżenie kosztów zatrudnienia pracowników o wysokich uprawnieniach zawodowych. Prace biurowe, administracyjne i obsługa księgowa wykonywana jest przez jego żonę, firma nie posiada biura, działalność zarejestrowana jest w miejscu zamieszkania, co obniża koszty utrzymania biura. Niezbędny sprzęt stanowi własność przedsiębiorcy i nie jest obciążony spłatą kredytów. Ceny usługi są kalkulowane w oparciu o Katalogi Norm Rzeczowych, Norm Pracy i własne Zakładowe skosztorysowane w oparciu o ustawową minimalną stawkę wynagrodzenia w roku 2017 bez dodatkowych obciążeń.

Wskazał, że odwołująca w roku poprzednim na ten sam rejon oferowała niższą od przystępującego cenę o 42 869,61 zł. Zauważył, że w latach ubiegłych odwołujący

7

wykonywał obsługę rejonu za kwoty podane mimo zwiększenia krotności czynności. Stwierdził, że twierdzenie o nierealności ceny bieżącej jest niezasadne, a odwołująca poprzednio w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu deklarowała realność swojej ceny.

W troku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie, przedstawione zarzuty i żądania oraz argumentację na ich uzasadnienie. W szczególności podtrzymał żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez P. B., przypomniał, że 30.12.2016 r. zwracał pisemnie Zamawiającemu uwagę na zasadność uznania ceny ofertowej pana Bilskiego za rażąco niską. Odnośnie stanowiska Przystępującego podniósł lakoniczność argumentów i brak odniesienia się do konkretnych zarzutów odwołania, stwierdził, że powołane w piśmie ceny ofertowe z lat poprzednich nie uwzględniają faktu, iż na rok 2017 znacząco zwiększyła się większość zadań przez zwiększenie wymogu krotności prac wskazanych w formularzu, złożył formularz cenowy z 2016 r. oraz z 2017 r., uwzględniający aktualny wymóg, co do wielkości prac i stawki z 2016 r., zauważył, że kwota wynagrodzenia wzrosła ze 177 639, 58 zł netto do 243 574,70 zł netto, wskazał na pozycje formularza, gdzie zwiększyła się wielkość prac (krotność) zaznaczone na czerwono, w konsekwencji stwierdził, że nieporównywalne są ceny ofertowe z lat ubiegłych w stosunku do roku bieżącego przedstawione, jako argument w piśmie Przystępującego. Podtrzymał argumenty odwołania, podkreślając niezbędność zatrudnienia pracowników, w liczbie wskazanej w pkt C odwołania, do obsługi obszaru. Oprócz tej pozycji, tj. pkt VII formularza wskazał na zaniżenie ceny dla pozycji VI.2 (zimowe utrzymanie...). Kwestionował stanowisko Zamawiającego, co do wykładni art. 90 ust 1 i 1a Pzp, wskazał na ryzyko manipulacji przy dokonywaniu oceny, iż ceny niektórych ofert zostały oczywiście zawyżone i nie powinny być uwzględniane w porównaniach i ustalaniu średniej arytmetycznej (KIO 1623/15, 1647/15). Zauważył, że w rzeczywistości obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego został w ustawie utrzymany. Przypomniał, że ciężar dowodu, co do wysokości ceny, w postępowaniu odwoławczym obciąża w niniejszej sprawie Przystępującego, który temu ciężarowi nie podołał. Stwierdził, że spełniona została przesłanka potwierdzająca, iż złożenie oferty Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co wynika naturalnie z argumentacji przedstawionej w sprawie i treści przepisu art. 15 ZNKU.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że zastosowanie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp jest możliwe po uprzednim przeprowadzeniu procedury wyjaśnienia z art. 90 ust 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Stwierdził, że w myśl przepisów żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem a

8

nie obowiązkiem Zamawiającego i ocenił, że w tej sprawie nie zachodziły przesłanki do prowadzenia takiego postępowania. Stwierdził, iż uwzględniając ubruttowioną wartość zamówienia, cena oferty Przystępującego jest o 5% niższa; wartość ustalano na podstawie ceny ofertowej Odwołującego i zawartych w niej cen jednostkowych na 2016 r. W ocenie Zamawiającego część cen ofertowych była zawyżona, czego skutkiem jest wysokość średniej arytmetycznej wynoszącej 354 689,87 zł, złożył zestawienie cen rejonu 1 z wyliczeniem średniej oraz wyliczenie bez dwóch ofert najdroższych. Oceniał, że wobec oczywistego zawyżenia wskazanych cen realna średnia jest niższa, ze skutkiem w postaci braku potrzeby prowadzenia postępowania wyjaśniającego. Zauważył, że spółka Ekolas to nowy podmiot na lokalnym rynku, który złożył cenę dwukrotnie przewyższającą cenę Odwołującego i znacząco pozostałych. Ponadto druga spółka EKO, jak wynika z doświadczenia zawyża oferowane ceny na przedmiotowe usługi. Złożył protokoły postępowań dla rejonu 1 z lat poprzednich, wskazując ceny wykonawców. Odnośnie kwestionowanych w odwołaniu cen, stwierdził, że nie narzucał sposobu kalkulacji dla poszczególnych pozycji, wymogiem było uwzględnienie w cenie (ryczałtowej) wszystkich wymaganych prac. Stwierdził, że usuwanie posuszu i skutków nawałnic jest nie do przewidzenia, co do zakresu rzeczywistych prac, jakie będzie należało wykonać. Złożył zestawienie cen złożonych 5 ofert, zauważając, że dla wycinki suchych drzew w odpowiednich pozycjach w cenie Odwołującego są znacząco niższe (prace w tym zakresie obejmują także wywóz zgodnie z opisem czynności w SIWZ, pkt 4.6 w OPZ), wskazał także na inne, zaznaczone na zielono pozycje z ceną niższą od Przystępującego oraz zaznaczone na pomarańczowo z ceną najniższą w przetargu.

Odnośnie ryczałtu miesięcznego, poz. C odwołania, zauważył, że pozycja zawiera szereg prac do wykonania, których zakres wynika z bieżących potrzeb.

Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, stwierdził, że brak jest dowodu co do tego zarzutu. Złożył do akt wyjaśnienia Odwołującego z 30.03.2016 r. dotyczące zaoferowanej ceny. Poddał w wątpliwość walor dowodowy złożonych fotografii. Co do czynu nieuczciwej konkurencji wskazał na wyrok KIO 962/16, stwierdził, że ciężar dowodu, co do ceny, wobec

braku postępowania wyjaśniającego opiera się na zasadach ogólnych. Zauważył, że kwestionowane w odwołaniu ceny jednostkowe, jako rażąco niskie, nie zostały przeanalizowane przez Odwołującego z użyciem jakiejkolwiek kalkulacji.

Przystępujący podtrzymał argumentację przedstawioną w złożonym piśmie procesowym. Stwierdził, że ceny usług zostały skalkulowane poprawnie, z uwzględnieniem katalogów powołanych w piśmie i doświadczenia własnego. Zauważył, że zwiększenie krotności

9

określonych prac ma wpływ na cenę jednostkową, co do zasady powodując jej zmniejszenie. Stwierdził, że w zakresie usuwania posuszu może stosować metodę linową, o niższych kosztach niż sugerowane przez Odwołującego, z użyciem specjalistycznego sprzętu. Wskazał także na znaczne różnice w kalkulacji w porównaniu z ofertą Odwołującego, zwracając uwagę na różne koszty wycinki drzew, uzależnione w szczególności od ich wielkości (grubości pnia).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności złożone zamawiającemu w postępowaniu oferty na obsługę rejonu I, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Odnosząc się do zarzutów odwołania skład orzekający stwierdza, co następuje. W sprawie niesporne jest, wykonawcy składali oferty z ustalonym postanowieniami siwz formularzem cenowym, w którym wyspecyfikowano rodzaje prac, jednostkę miary, ilość, krotność, cenę za jednostkę, wartość czynności, a finalnie ryczałtową cenę za całość świadczonych usług.

Cena ofertowa przystępującego opiewała na kwotę 203 228,27 zł. Cena ta, co jest niesporne, jakkolwiek strony nie przedstawiają tożsamy wielkości, jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Należy zatem stwierdzić, że ziszcza się przesłanka wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie wyliczenia ceny przedmiotowej oferty przewidziana w art. 91 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp. Przeprowadzenie tych czynności jest dla zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązkowe i nie może go zastąpić postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego. W ocenie składu orzekającego nie zachodzą w sprawie także przesłanki odstąpienia od postępowania wyjaśniającego opierające się na stwierdzeniu, że różnice cenowe i rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (por. art. 91 ust. 1a pkt 1 in fine). Przykład podany przez zamawiającego, że taką okolicznością oczywistą jest fakt zaoferowania przez dwóch wykonawców cen nadmiernie zawyżonych, co skutkuje podniesieniem wysokości średniej arytmetycznej, nie zasługuje w ocenie Izby na aprobatę. Nie ma racjonalnych podstaw do

10

twierdzenie, że zawyżenie cen było oczywiste i bezsporne; takie stwierdzenie można by odnosić do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast i bez potrzeby dokonywania jakiejkolwiek analizy. W sprawie rozpatrywanej przesłanka zwalniająca z obowiązku badania ceny jednak nie wystąpiła.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji. Izba nie stwierdziła przy tym zasadności naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp jako nieudowodnionego oraz pkt 4 jako przedwczesnego.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, skład orzekający stwierdził, że zamawiający dokonując oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez przystępującego naruszył przepis art. 91 ust. 1a pkt 1 w zw. ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec przystępującego pomimo zaistnienia ustawowych przesłanek podjęcia czynności w przepisie

wskazanych.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Nie zasądzone na rzecz odwołującego wnioskowanych kosztów zastępstwa procesowego wobec nieprzedstawienia na tę okoliczność stosownego rachunku wymaganego przepisami rozporządzenia powołanego w zdaniu poprzednim.

Przewodniczący: