

WYROK
z dnia 14 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **ECO-PLAN Spółka Akcyjna, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa 4503, ul. Czwartaków 11, 86-300 Grudziądz,**

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołanie w zadaniu nr 2 i nakazuje zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - powtórzenie czynności oceny elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonej przez konsorcjum firm „DOMPOL” P.W. Sp. o.o. i „DOMPOL” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z siedzibą w Grudziądzu;nie uwzględnia pozostałych zarzutów odwołania;
- 2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Jednostka Wojskowa 4503, ul. Czwartaków 11, 86-300 Grudziądz, i:
 - 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę ECO-PLAN Spółka Akcyjna, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk,
 - 2.2) zasądza od zamawiającego Jednostka Wojskowa 4503, ul. Czwartaków 11, 86-300 Grudziądz na rzecz wykonawcy ECO-PLAN Spółka Akcyjna, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu.**

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 4503 w Grudziądzu - prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości w obiektach kubaturowych i na terenach zewnętrznych” - znak sprawy: 90/2014 (usługi w zakresie sprzątania terenów zewnętrznych i pomieszczeń w miejscowościach: Grudziądz, Grupa, Brodnica, Chełmno, m. Gardeja).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014/S 181-319566 z dnia 20/09/2014 r., z późniejszymi zmianami (2014/S 193-340826 z dnia 08/10/2014 r. oraz 2014/S 207-366882 z dnia 28/10/2014 r.).

Odwołujący - ECO-PLAN Spółka Akcyjna w Słupsku - wniósł odwołanie wobec wyboru oferty w części zamówienia dot. Zadania nr 2 - Sprzątanie powierzchni

zewnętrznych, złożonej przez Konsorcjum: „DOMPOL” P.W. Sp. z o.o. i „DOMPOL” P.W. z siedzibą w Grudziądzu, zwane dalej „Konsorcjum”.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą”, „Pzp” lub „ustawą Pzp” przez dokonanie czynności wyboru oferty w Zadaniu nr 2 sprzecznie z przepisami ustawy wobec naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania w związku z:
 - a) uzupełnieniem przez Konsorcjum referencji, które nie potwierdzają należytego wykonania usług, co stanowi, że Konsorcjum pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
 - b) dołączeniem do oferty Konsorcjum polisy oc., która nie stanowi ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, co stanowi, że Konsorcjum pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- 2) art. 24 ust. 4 wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum;
- 3) art. 90 ust. 2 wobec wadliwej oceny wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przekazanego przez Konsorcjum na wezwanie zamawiającego;
- 4) art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum,

3

która zawiera cenę rażąco niską oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jako oferta z ceną dumpingową;

- 5) art. 91 wobec dokonania czynności wyboru oferty sprzecznie z przepisami ustawy.

Wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum: „DOMPOL” P.W. Sp. z o.o. i „DOMPOL” P.W.;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Okoliczności faktyczne i prawne odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, zamawiający dopuścił w przetargu możliwość składania ofert częściowych na dwa zadania:

- Zadanie nr 1: Sprzątanie powierzchni wewnętrznych,
 - Zadanie nr 2: Sprzątanie powierzchni zewnętrznych,
- co oznacza, że badanie i ocena ofert przebiega odrębnie dla każdego z zadań na postawie warunków i wymagań opisanych w SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, odwołujący wskazał zgodnie z dokumentacją postępowania, że wobec niepotwierdzenia spełnienia zarówno w Zadaniu nr 1, jak i w Zadaniu nr 2 przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu usług i referencji (pismo zamawiającego Nr 4959/14/ZAM z dnia 01.12.2014 r.). W wezwaniu dot. Zadania nr 2 zamawiający wskazał na konieczność uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W uzupełnieniu wykazu usług i referencji Konsorcjum przedłożyło 2 referencje, z których żadna nie potwierdza należytego wykonania wykazanych usług:

- referencja wystawiona przez Urząd Miejski w Grudziądzu zawiera następujące stwierdzenie: „Zadania realizowane były zgodnie z zakresem. Dotychczasowa współpraca pozwala polecić w/w firmę”,
- referencja wystawiona przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zawiera następujące stwierdzenie: „Podczas umowy dobrze i terminowo świadczyła usługi, stosując profesjonalne

4

urządzenia, technologie i specjalistyczne środki - zatrudnia kompetentnych i zdyscyplinowanych pracowników. Wszelkie stwierdzone drobne niedociągnięcia były usuwane niezwłocznie po interwencji u pracownika nadzorującego prace lub bezpośrednio je wykonującego. Firma nie sprawiła nam zawodu nawet w sytuacjach nadzwyczajnych."

Pierwsza z referencji potwierdza wykonanie usług zgodnie z zakresem, co w żadnym razie nie jest równoznaczne z należyтым wykonaniem umowy. Druga z referencji wskazuje, że podczas umowy dobrze i terminowo świadczone usługi, ale też potwierdza, że były niedociągnięcia, a tym samym treść tych referencji nie wskazuje należytego wykonania wykazanych usług.

Uwzględniając powyższe, żadna z referencji nie zawiera informacji o należyтым wykonaniu usług.

Zgodnie z treścią SIWZ, wezwaniem zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu usług i dowodów oraz zgodnie z § 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, zwanego dalej „rozporządzeniem”, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający może żądać m.in. wykazu wykonanych głównych usług wraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Pojęcie „należytego” wykonania jest nieostre i podlega tym samym interpretacji przez KIO.

Wobec faktu, że ponowne uzupełnienie referencji nie jest już możliwe, zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty, czego bezprawnie zaniechał.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania z powodu nie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, w powołaniu się na dokumentację postępowania, odwołujący wskazał, że powyższy warunek po zmianach SIWZ z dnia 23.10.2014 r. został opisany w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4 SIWZ w następujący sposób:

- „a) Wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia ogółem na kwotę co najmniej w zadaniu nr 1: 500.000,00 zł, w zadaniu nr 2: 600.000,00 zł.
- b) Wykonawca wykaże, że dysponuje środkami finansowymi lub posiada zdolność kredytową o wartości co najmniej w zdaniu nr 1: 500.000,00 zł, w zadaniu nr 2: 600.000,00 zł.

Warunek, o którym mowa zostanie spełniony na podstawie:

-złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa

5

w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, -dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia oraz informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej."

Ponadto, w Rozdziale VII SIWZ w odniesieniu dot. ubezpieczenia o.c., zamawiający zażądał „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj.

Wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia ogółem na kwotę co najmniej w zadaniu nr 1: 500.000,00 zł, w zadaniu nr 2: 600.000,00 zł.

W przypadku, gdy Wykonawca będzie składał ofertę na dwa zadania, wysokość sumy gwarancyjnej musi opiewać na sumę kwot określonych dla zadań jak powyżej np. oferta na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 - wysokość sumy gwarancyjnej na kwotę co najmniej 1.100.000,00 zł."

Uwzględniając opis warunku dot. wymaganego ubezpieczenia o.c., zawartego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4 SIWZ oczywistym jest, że w przypadku składania oferty na:

- 1) Zadanie nr 1 - Sprzątanie powierzchni wewnętrznych, wykonawca obowiązany jest wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 1, tj. w zakresie związanym ze sprzątaniem powierzchni wewnętrznych, ogółem na kwotę co najmniej: 500.000,00 zł,
- 2) Zadanie nr 2 - Sprzątanie powierzchni zewnętrznych, wykonawca obowiązany jest wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 2, tj. w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni zewnętrznych, ogółem na kwotę co najmniej: 600.000,00 zł.

Poza sporem pozostaje fakt, że niezależnie od tego, czy wykonawca składa ofertę na jedno zadanie, czy też na dwa zadania, potwierdzeniem spełnienia tego warunku jest, zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ i § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia, przedłożenie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Oczywistym jest również, że polisa o.c. w zakresie prowadzonej działalności niezwiązanej z przedmiotem zamówienia nie może stanowić potwierdzenia spełnienia ww. warunku.

W Rozdziale VII SIWZ, poza obowiązkiem przedłożenia ww. dokumentu zgodnego z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia, jest opis odnoszący się do wysokości sumy gwarancyjnej w przypadku składania oferty na dwa zadania, wskazujący, że w takiej sytuacji wysokość sumy gwarancyjnej musi wynosić co najmniej 1.100.000,00 zł. Tym niemniej, opis ten

6

w żadnym razie nie stanowi zwolnienia z obowiązku przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Uwzględniając powyższe, oczywistym jest, że w przypadku, gdy wykonawca będzie składał ofertę na dwa zadania, w celu potwierdzenia spełnienia opisanego przez zamawiającego warunku dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dla Zadania nr 1 i dla Zadania nr 2 może on przedstawić:

1) dwie polisy o.c.:

-jedną dla Zadania nr 1 potwierdzającą, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 1, tj. w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni wewnętrznych ogółem na kwotę co najmniej: 500.000,00 zł oraz

-drugą dla Zadania nr 2 potwierdzającą, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 2, tj. w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni zewnętrznych ogółem na kwotę co najmniej: 600.000,00 zł; albo

2) jedną polisę o.c. potwierdzającą, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 1, tj. w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni wewnętrznych oraz zgodnie z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 2, tj. w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni zewnętrznych, ogółem na kwotę co najmniej: 1.100.000,00 zł.

Dokumentacja przetargowa dowodzi, że Konsorcjum nie przedłożyło polisy o.c. lub innego dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczone od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w Zadaniu Nr 2 - Sprzątnięcie powierzchni zewnętrznych, tj. w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni zewnętrznych. W dokumentach dołączonych do oferty Konsorcjum znajduje się WNIOSEK-POLISA NR 908532095351 WARTA EKSTRABIZNES PLUS dot. ubezpieczenia działalności wykonywanej i przyjętej do ubezpieczenia PKP 81.10 Działalność pomocnicza związana z utrzymaniem porządku w budynkach z sumą gwarancyjną 1.100.000,00 zł.

Jest to zatem polisa o.c. wyłącznie w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni wewnętrznych i może stanowić jedynie potwierdzenie spełnienia warunku opisanego dla Zadania nr 1. W żadnym zaś razie nie stanowi ona potwierdzenia, że Konsorcjum jest ubezpieczone od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 2, tj. w zakresie związanym ze sprzątnięciem powierzchni zewnętrznych.

7

Zgodnie z OWU Warta Ekstrabiznes Plus - § 45 ust. 6, Ubezpieczona działalność - rodzaj działalności gospodarczej lub zawodowej wykonywanej przez Ubezpieczającego, której prowadzenie chce on objąć ochroną ubezpieczeniową, zadeklarowany jest we wniosku przy zawieraniu umowy ubezpieczenia i wskazany w polisie.

Działalność wskazana w ww. polisie o.c. dołączonej do oferty Konsorcjum - PKD

81.10 obejmuje działalność pomocniczą związaną z utrzymywaniem porządku w budynkach klienta, przez: -ogólne sprzątanie wnętrz, -wywóz śmieci, -ochronę i środki bezpieczeństwa, -działalności recepcyjne, pralnicze i podobne działalności pomocnicze.

Powyższe potwierdza również Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach z dnia 05.12.2014 r. dot. złożonej polisy o.c., udzielonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy (pismo zamawiającego Nr 4955/14/ZAM z dnia 01.12.2014 r.).

Jest to zatem ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej wyłącznie w zakresie sprzątania powierzchni wewnętrznych. Tym samym, jest to ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności zupełnie niezwiązanej z przedmiotem zamówienia zawartym w Zadaniu nr 2, którym jest sprzątanie powierzchni zewnętrznych.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (Załącznik Nr 3 - Specyfikacja techniczna w części dot. Zadania nr 2) przedmiotem zamówienia dla Zadania nr 2 - Sprzątanie powierzchni zewnętrznych jest utrzymanie porządku: -na terenowych obiektach utwardzonych: drogach, chodnikach, placach utwardzonych, chodnikach zewnętrznych przyległych do granicy kompleksu, -na terenach zieleni włącznie z pielęgnacją zieleni, -utrzymywanie rabat kwiatowych, -utrzymanie pasów ppoż., -przycinka żywopłotów, -odśnieżanie połaci dachów wielkopowierzchniowych, -usuwanie sopli lodowych oraz odladzanie rynien i rur spustowych.

Poza sporem pozostaje fakt, że działalność PKD 81.10 ubezpieczona w polisie o.c. dołączonej do oferty Konsorcjum nie obejmuje swoim zakresem żadnego z ww. elementów składowych przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 2 - Sprzątanie powierzchni zewnętrznych. Tym samym, nie jest to polisa o.c. potwierdzająca, że Konsorcjum jest ubezpieczone od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 2.

Odwolujący podkreślił, że ubezpieczenie o.c. zwłaszcza dot. utrzymania zimowego terenów i odśnieżania połaci dachowych budynków jest szczególnie ryzykowne dla firm ubezpieczeniowych i w związku z tym, jest bardzo kosztowne oraz trudno je uzyskać. Ponad wszelką wątpliwość ubezpieczenie o.c. zawarte w ofercie Konsorcjum (składka 1000 zł) jest ponad 5 razy tańsze od ubezpieczenia o.c. zawartego w ofercie odwołującego (z sumą gwarancyjną 1 000 000 przed jej rozszerzeniem do sumy gwarancyjnej 3 100 000 - składka 5236 zł).

Odwolujący zaznaczył, że polisa o.c. dołączona do oferty Konsorcjum nie posiada

8

odpowiedzialności za wykonanie usług, odpowiedzialność ta została wyłączona. Mając na uwadze fakt, że zarówno w Zadaniu nr 1, jak i w Zadaniu nr 2 przedmiotem zamówienia są usługi, należy stwierdzić, iż polisa o.c. przedłożona przez Konsorcjum nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, zarówno dla Zadania nr 1, jak i dla Zadania nr 2. Powyższa wada polisy o.c. przedłożonej przez Konsorcjum stanowiła przedmiot wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, skierowanego przez zamawiającego pismem Nr 4955/14/ZAM z dnia 01.12.2014 r. W wyjaśnieniach z dnia 05.12.2014 r. Konsorcjum w pierwszej kolejności potwierdza, że zakres ubezpieczenia obejmuje jedynie działalność sprzątania budynków klienta, a tym samym Konsorcjum potwierdza, iż nie jest to ubezpieczenie związane z przedmiotem zamówienia w Zadaniu Nr 2 (sprzątanie terenów zewnętrznych), co wykazano powyżej.

W następnej kolejności Konsorcjum potwierdziło w swoich wyjaśnieniach, że przedłożona polisa obejmuje zakresem odpowiedzialność cywilną z wyłączeniem odpowiedzialności cywilnej za wykonaną usługę, wskazując sprzecznie ze stanem faktycznym, iż jest to wyłączenie standardowe. Tymczasem nie jest to wyłączenie standardowe, lecz jest to jedna z opcji, którą wybiera wykonawca. Poza sporem pozostaje fakt, że jest to opcja najtańsza.

Odwolujący zaznaczył, zgodnie z orzecnictwem KIO oraz opinią UZP pt. „Opłaconą polisą lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jako dokumenty potwierdzające ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia”, że: -wykazanie się na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosowną polisą ubezpieczeniową ma na celu wykazanie się przez wykonawcę określonym statusem ekonomiczno-finansowym; -celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem: -zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (wyrok KIO

z dnia 18 stycznia 2012 r.); -zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (wyrok S.O. we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11); -polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej powinna potwierdzać ubezpieczenie wykonawcy w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia; -przedmiotem badania przez zamawiającego powinno być tylko ubezpieczenie wykonawców w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

9

Uwzględniając powyższe odwołujący stwierdził, że polisa o.c. niezwiązana z przedmiotem zamówienia w Zadaniu nr 2 i tym samym znacznie tańsza, nie stanowi potwierdzenia ekonomicznej zdolności Konsorcjum do realizacji zamówienia w Zadaniu nr 2. Słuszność powyższego stanowiska potwierdza orzecznictwo KIO zawarte m.in. w wyrokach: z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt KIO 894/13; z 11 maja 2011 r., sygn. akt KIO 910/11; z dnia 8 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 165/13.

Dokumentacja przetargu dowodzi, że powyższe okoliczności dot. polisy o.c. Konsorcjum zostały zgłoszone zamawiającemu wnioskiem z dnia 03.12.2014 r.

Wobec faktu, że polisa o.c. zawarta w ofercie Konsorcjum nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej opisanej dla Zadania nr 2, zamawiający obowiązany był do wykluczenia Konsorcjum z postępowania w części dot. Zadania nr 2 i odrzucenia jego oferty, czego bezprawnie zaniechał.

W uzasadnieniu zarzutu: -zaniechania rzetelnej oceny wyjaśnienia ceny zawartej w ofercie Konsorcjum w Zadaniu nr 2 oraz -zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, która zawiera cenę rażąco niską i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jako oferta z ceną dumpingową, odwołujący wskazał, że zarówno dokumentacja przetargowa jak wiedza i doświadczenie będące w posiadaniu zamawiającego w zakresie cen usług tego samego rodzaju, potwierdzają, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest ceną rażąco niską. Tym samym, niezrozumiałe są ww. zaniechania zamawiającego i wybór oferty Konsorcjum z ceną rażąco niską, niedającą w żadnym razie rękojmi należytego wykonania zamówienia, stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z dokumentacją przetargową w części zamówienia dot. Zadania nr 2 wpłynęło 7 ofert z cenami

- oferta nr 1 odwołującego 3 355 782,42 zł;
- oferta nr 2 dotychczasowy wykonawca usług P.U. „ROKA” Z.P.CH. A. I. K. 4 808 037,41 zł;
- oferta nr 3 Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Sp. z o.o., GOS-ZEC Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o. 7 320 477,66 zł;
- oferta nr 4 Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 J. J. Sp. z o.o. 4 054 214,95 zł;
- oferta nr 5 Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TAXLAS” J. N. Sp. j. i Firma „TAR” s.c. 4 982 185,19 zł;
- oferta nr 6 Konsorcjum: „DOMPOL” P.W. Sp. z o.o. i „DOMPOL” P.W. 1 688 233,54 zł;
- oferta nr 7 IMPEL CLEANING Sp. z o.o. 5 518 071,59 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę (brutto) jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 5 769 513,38 zł, określoną na podstawie art. 34 ustawy (tj. wg cen zawartych w dotychczasowej umowie).

10

Uwzględniając powyższe odwołujący wskazał, że cena zawarta w ofercie Konsorcjum: 1 688 233,54 zł: -stanowi jedynie 29,3% kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; -jest niższa o 70,7% od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; -jest niższa o 4 081 279,84 zł od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; -stanowi jedynie 38,3% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (średnia arytmetyczna wszystkich 7 ofert, tj. wraz z ofertą Konsorcjum wynosi 4 406 152,72 zł); -jest niższa o 61,7% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert; -jest niższa o 2 717 919,18 zł od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert; -stanowi 50,3% ceny zawartej w ofercie odwołującego; -jest niższa o 49,7% od ceny zawartej w ofercie odwołującego; -jest niższa

o 1 667 548,88 zł od ceny zawartej w ofercie odwołującego.

Obecnie rynek usług świadczonych w obiektach wojskowych jest już ugruntowany, a różnice pomiędzy ofertami nie przekraczają 20%. Nie występuje tak drastyczny rozrzut cenowy jak ma to miejsce w tym przetargu pomiędzy ofertą Konsorcjum, a pozostałymi ofertami oraz kwotą przewidzianą na wykonanie zamówienia.

Dokumentacja przetargowa dowodzi również, że ceny jednostkowe zawarte w Formularzu ofertowym w ofercie Konsorcjum są absurdalnie niskie, całkowicie nierealne i w sposób rażąco odbiegają od realiów rynkowych.

W odniesieniu do usług stanowiących przedmiot przetargu, cena zamówienia wynika bezpośrednio z oferowanych cen jednostkowych (wg Formularza ofertowego cena to suma iloczynów oferowanej ceny jednostkowej i elementów stałych dla wszystkich uczestników przetargu, tj. powierzchni i okresu realizacji). Wobec tego ceny jednostkowe mają zasadnicze znaczenie w celu ustalenia czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Jest to istotne zwłaszcza w okolicznościach takich jak to ma miejsce w ofercie Konsorcjum, gdzie niemal wszystkie ceny jednostkowe usług drastycznie odbiegają od cen rynkowych.

Dokumentacja przetargowa wskazuje, że zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia ceny (pismo z dnia 30.11.2014 r., Nr 4966/14/ZAM), żądając w szczególności: -całej kalkulacji na wykonanie usług na terenach zewnętrznych, -wykazu posiadanego sprzętu przeznaczonego do realizacji usługi wraz z optymalną liczbą godzin pracy sprzętu, -wysokości stawek za 1 roboczogodzinę pracy sprzętu, -wysokości płac dla pracowników świadczących usługi, -kosztów zakupu środków ochrony roślin oraz przedłożenia dowodów celem oceny wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 ustawy.

Koszty zatrudnienia stanowią, co najmniej 60% ceny zamówienia.

Zamawiający zaniechał w wezwaniu żądania przedstawienia przez Konsorcjum informacji najistotniejszej z punktu widzenia ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia tj. informacji o faktycznej liczbie pracowników

11

(etatów) przeznaczonych do zatrudnienia przy realizacji ww. zamówienia. Powyższa informacja ma kluczowe znaczenie w celu: -zweryfikowania najbardziej kosztownego elementu ceny jakim jest legalne zatrudnienie oraz -zweryfikowania, czy przy wykazanej liczbie zatrudnionych pracowników (etatów) możliwe jest w ogóle wykonanie zamówienia wg czynności i standardów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie ze Specyfikacją techniczną (Załącznik nr 3 do SIWZ), w sposób dający rękojmię należytego wykonania.

Zamawiający zaniechał żądania w wezwaniu przedstawienia przez Konsorcjum całej kalkulacji na wykonanie usług na terenach zewnętrznych wg Formularza ofertowego, przez przedstawienie szczegółowej kalkulacji dot. każdego z elementów zawartych w Formularzu ofertowym, ze szczególnym uwzględnieniem wyjaśnienia oferowanych, absurdalnie niskich cen jednostkowych, co umożliwiłoby zweryfikowanie realności ceny całego zamówienia.

Powyższe wady wezwania utrudniają, ale nie uniemożliwiają dokonanie: -rzetelnej i racjonalnej oceny wyjaśnienia ceny zawartej w ofercie Konsorcjum oraz -zbadania tej ceny na okoliczność ustalenia, czy jest ona rażąco niska, czego zamawiający bezprawnie zaniechał.

Dokumentacja przetargowa wskazuje, że zamawiający: -bezkrytycznie przyjął i uznał za wystarczające wyjaśnienia ceny przedłożone przez Konsorcjum; -nie dokonał żadnej analizy realności zarówno ceny, jak i cen jednostkowych wskazanych w ofercie Konsorcjum, choć jako organizator przetargów na usługi od wielu lat, dysponuje pełną wiedzą na temat realnej ceny tego zamówienia oraz rynkowych cen jednostkowych na usługi.

Zgodnie z Formularzem ofertowym zawartym w ofercie Konsorcjum w części zamówienia dot. Zadania nr 2, największy wartościowo zakres prac (ze względu na bardzo duże powierzchnie podlegające bieżącej obsłudze) wyceniony jest na podstawie ceny jednostkowej w wysokości 1 grosz i tak: -cena jednostkowa utrzymania w czystości terenowych obiektów utwardzonych wynosi 1 grosz; -cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów zieleni w okresie kwiecień - październik wynosi 1 grosz.

Uwzględniając ww. ceny jednostkowe nie jest możliwe sprzątnięcie 10 m² terenów utwardzonych czy terenów zieleni za 10 groszy. Jest to bowiem cena niewiarygodna.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo, w tym m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 „(...) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena

niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę 1 grosz."

Ceny jednostkowe zawarte w ofercie Konsorcjum są całkowicie oderwane od realiów

12

rynkowych, co potwierdza analiza przetargów publicznych dot. usług tego samego rodzaju, tj. usług utrzymania terenów zewnętrznych w obiektach wojskowych, w tym m.in. przetarg na usługi przeprowadzony przez zamawiającego w 2012 r. w zakresie sprzątnięcia terenów zewnętrznych i pomieszczeń w miejscowościach: Grudziądz, Grupa, Brodnica, Chełmno, Jamy gm. Rogoźno - znak sprawy 79/2012.

Odwolujący przedstawił tabelaryczne porównanie cen jednostkowych oferowanych w 2012 r. w dwóch najniższych cenowo ofertach, w tym w ofercie wybranej, z cenami jednostkowymi oferowanymi w tym przetargu w Zadaniu nr 2 przez Konsorcjum oraz przez odwołującego.

Ceny jednostkowe w zł/1 m²

Terenowe obiekty utwardzone podlegające utrzymaniu czystości 0,08; 0,03; 0,14; 0,01;

Terenowe obiekty utwardzone podlegające odśnieżaniu 0,06; 0,05; 0,04; 0,03;

Tereny zieleni utrzymywane w czystości w okresie kwiecień - październik 0,02; 0,03; 0,05; 0,01;

Koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy 0,09; 0,11; 0,02; 0,07;

Utrzymywanie rabat kwiatowych 0,20; 0,50; 0,30; 0,02;

Przycinanie krzewów (żywoplotów) w mb 0,02; 1,50; 0,15; 0,02;

Założenie i utrzymywanie pasów p.poż 0,16; 1,80; 0,10; 0,02;

Odśnieżanie połaci dachów wielkopowierzchniowych 1,00; 0,80; 0,10; 0,03;

Usuwanie sopli 1,00; 3,00; 0,10; 0,03.

Wyjaśnienia ceny przedłożone przez Konsorcjum na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, stanowią integralną część odwołania, w tym: -Kalkulacja całkowitego świadczenia usług w zakresie utrzymania czystości na terenach zewnętrznych stanowi Załącznik Nr 1 do odwołania, -Wykaz posiadanego w dyspozycji sprzętu przeznaczonego do realizacji usługi wraz z optymalną liczbą godzin pracy sprzętu w ciągu miesiąca stanowi Załącznik Nr 2 do odwołania, -Wykaz stawek netto za 1 roboczogodzinę pracy sprzętu (bez wynagrodzeń obsługi) i koszty jego pracy w okresie wykonania umowy stanowi Załącznik Nr 3 do odwołania, -Wysokość płac pracowników zatrudnionych przy realizacji usługi stanowi Załącznik Nr 4 do odwołania.

Wyjaśnienia ceny wskazują, że cena zawarta w ofercie Konsorcjum dot. Zadania nr 2 jest rażąco niska z powodu: 1) zaniżenia kosztów zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia; 2) zaniżenia godzin pracy sprzętu; 3) zaniżenia stawek netto pracy sprzętu; co wykazano w Kalkulacji potwierdzającej rażąco niską cenę w Zadaniu nr 2, stanowiącej Załącznik Nr 5 do odwołania, która potwierdza, że cena zawarta w ofercie Konsorcjum jest zaniżona o ok. 50%.

13

W uzasadnieniu powyższego odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach ceny Konsorcjum:

1) w Kalkulacji (Zał. nr 1 do odwołania) kwotę przeznaczoną na wynagrodzenia wskazano w wysokości 576 454,00 zł, co oznacza na podstawie Wysokości płac (Zał. Nr 4 do odwołania), że Konsorcjum zamierza zatrudnić do realizacji zadania zaledwie 9 pracowników zatrudnionych na pełny etat, a jest to liczba niewystarczająca, bowiem uwzględniając zakres zamówienia, minimalna liczba pracowników zatrudnionych na pełny etat, to co najmniej 25,5 pracowników, co potwierdza: -wizja lokalna dokonana przy udziale zamawiającego w dniach 08-14.10.2014 r., w której uczestniczył również przedstawiciel Konsorcjum; -faktyczna realizacja dotychczasowej umowy w sprawie usług wykonywana przez Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" Zakład Pracy Chronionej; -uzasadnienie zawarte poniżej w odwołaniu oraz Kalkulacja potwierdzająca rażąco niską cenę w Zadaniu nr 2 (Zał. Nr 5 do odwołania);

2) przedstawia Wykaz posiadanego w dyspozycji sprzętu przeznaczonego do realizacji usługi wraz z optymalną liczbą godzin pracy sprzętu w ciągu miesiąca (Zał. nr 2 do

odwołania), który zawiera zaniżone godziny pracy sprzętu, co potwierdza Kalkulacja potwierdzająca rażąco niską cenę w Zadaniu nr 2 (Załącznik Nr 5 do odwołania);
3) przedstawia Wykaz stawek netto (Załącznik Nr 3 do odwołania) zawierający absurdalne, nierealne, rażąco zaniżone stawki netto pracy sprzętu, co potwierdza Kalkulacja potwierdzająca rażąco niską cenę w Zadaniu nr 2 (Załącznik Nr 5 do odwołania).

Na podstawie Kodeksu pracy i treści SIWZ odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia ceny przedłożone przez Konsorcjum dowodzą, iż Konsorcjum znacznie zaniżyło koszty wynagrodzenia przez: -założenie zbyt małej liczby (tj. 9,13) pracowników zatrudnionych w wymiarze pełnego etatu oraz -nieuwzględnienie kosztów zastępstwa wynikających z ustawowego obowiązku udzielania pracownikowi urlopu wypoczynkowego.

Z kalkulacji Konsorcjum (Załącznik Nr 1 do odwołania) wynika, że Konsorcjum zamierza przeznaczyć na wynagrodzenia dla pracowników realizujących umowę w trakcie 30 m-cy kwotę 576 454 zł. Ponadto, w oświadczeniu (Załącznik Nr 4 do odwołania) deklaruje, że każdy z pracowników miałby otrzymywać wynagrodzenie miesięczne w wysokości 1 750 zł brutto (kwota wynikająca z minimalnej płacy obowiązującej od 1 stycznia 2015 r.).

Uwzględniając dodatkowe koszty (tj. ubezpieczenie społeczne, zdrowotne), które zobowiązany jest ponieść pracodawca z tytułu zatrudnienia - minimalna płaca, całkowity koszt, który musi uwzględnić do kalkulacji to 2 104 zł/m-c. W związku z powyższym liczba pracowników, którą Konsorcjum zamierza zatrudnić w wymiarze pełnego etatu wynika ze wzoru: $576\,454\text{ zł} : 2\,104\text{ zł/m-c} : 30\text{ m-cy} = 9,13\text{ pracowników}$.

Z opisów SIWZ wynika, że usługa bieżącego utrzymania w czystości realizowana ma

14

być na 5 znacznie oddalonych (10-50 km) od siebie obiektach (Grudziądz, Grupa, Brodnica, Chełmno, Gardeja) o łącznej powierzchni 1 103 847 m² (suma z SIWZ w przetargu: 449 279 m² pow. utwardzonych oraz 654 568 m² terenów zieleni).

W trakcie wizji lokalnej, która odbyła się w dniach 08-14.10.2014 r. na wszystkich obiektach, przedstawiciel zamawiającego przekazał, że jedynie obiekt -Grudziądz aktualnie obsługiwany jest przez 10 pracowników, a według niego dla prawidłowej realizacji planowanej umowy, ze względu na zwiększony jej zakres musiałoby być zatrudnionych 15 pracowników. Ponadto wizja lokalna na pozostałych obiektach (Grupa, Brodnica, Chełmno, Gardeja) wykazała, że aktualnie realizowana umowa wymaga zatrudnienia: -Grudziądz 10 pracowników (wg przedstawiciela zamawiającego powinno być 15); -Grupa 5 pracowników; -Brodnica 3 pracowników; -Chełmno 4 pracowników.

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że umowa, która ma być realizowana w wyniku przetargu: -obejmuje usługi na większej powierzchni tj. 1 103 847 m², natomiast aktualnie wykonywana umowa obejmuje usługi na pow. 886 337 m² (suma z SIWZ z przetargu poprzedzającym zawarte dotychczasowej umowy: 409 869 m² pow. utwardzonych oraz 476 468 m² terenów zieleni) potrzebne jest zatem dodatkowe zatrudnienie co najmniej 3 pracowników na pełny etat, oraz -odbywać się będzie na dodatkowo 1 obiekcie zlokalizowanym w miejscowości Gardeja dla obsługi, którego potrzebne jest zatrudnienie pracownika w wymiarze co najmniej 1/2 etatu.

Powyższe oznacza, że łączna minimalna liczba pełnych etatów wynikająca z aktualnie realizowanej umowy to 22 etaty. Biorąc pod uwagę zwiększony zakres przyszłej umowy należy do kalkulacji przyjąć min. łącznie 25,5 pełnych etatów.

Wobec tego, przy uwzględnieniu 25,5 etatów i kosztów jakie musi ponieść pracodawca wynikających z minimalnej płacy (2 104 zł/ m-c), koszt wynagrodzeń pracowniczych w okresie realizacji umowy (tj. 30 m-cy) powinien wynosić:
 $25,5\text{ etatu} * 2\,104\text{ zł/m-c} * 30\text{ m-cy} = 1\,609\,560\text{ zł}$.

Ponadto, w świetle przepisów Dział VII Kodeksu pracy każdemu pracownikowi w każdym roku jego pracy przysługuje urlop, który w praktyce oznacza potrzebę zatrudnienia pracowników na zastępstwo minimum na okres 1 miesiąca w każdym roku trwania umowy o pracę. Oznacza to, że koszt zastępstwa winien być uwzględniony w kalkulacji i w okresie trwania umowy wyniesie: $25,5\text{ pracowników} * 2\,104\text{ zł/m-c} * 2,5\text{ roku} (30\text{ m-cy}) * 1\text{ m-c/1 rok} = 134\,130\text{ zł}$.

Reasumując, całkowity koszt z tytułu wynagrodzeń, który musi uwzględnić wykonawca do realizacji planowanej umowy, to: $1\,609\,560\text{ zł} + 134\,130\text{ zł} = 1\,743\,690\text{ zł}$. Tym samym, powyższy realny koszt z tytułu wynagrodzeń wskazano w poz. 1 tabeli Kalkulacji potwierdzającej rażąco niską cenę w Zadaniu nr 2, stanowiącej Załącznik Nr 5.

15

Odwołujący stwierdził, że zatrudnienie jedynie 9 pracowników do obsługi powierzchni 1 103 847 m² oznacza, że na jednego pracownika miałoby przypadać do obsługi średnio ok. 120 000 m² pow./dzień. Tym samym dla obsługi choćby pasa terenu o szerokości 1 m każdy pracownik musiałby przebyć z maszyną bądź bez niej ok. 120 km dziennie.

Powyższe dowodzi, że przy zatrudnieniu 9 pracowników żaden wykonawca nie jest w stanie wykonać jednocześnie: -prac, które musi zgodnie z SIWZ realizować na bieżąco (codziennie), przy których niemożliwe jest wykorzystanie maszyn, polegających min. na: -sprzątaniu terenów zieleni (usuwanie wszelkich nieczystości); -załadunku zmiotek z terenów utwardzonych; -grabieniu liści, zmiataniu, odśnieżaniu i posypywaniu piaskiem wąskich przejść, chodników, schodów, niedostępnych dla sprzętu mechanicznego; -opróżnianiu koszy i innych; -prac okresowych, przy których niemożliwe jest wykorzystanie maszyn, polegających min. na: -dosiewaniu trawy; -nawożeniu; -odśnieżaniu dachów; -mineralizacji pasów ppoż. i innych; -codziennej obsługi kilkunastu maszyn z 75 sztuk, które do realizacji umowy zadeklarowało Konsorcjum w Zał. nr 2 do odwołania.

Konsorcjum w treści swoich wyjaśnień zadeklarowało zamiar zatrudnienia „specjalistycznych zespołów pracowników”: -które miałyby obsługiwać specjalistyczne maszyny i sprzęty; -dla których przewiduje wynagrodzenie pracownika wyższe niż 1 750 zł brutto miesięcznie.

Jeżeli zatem koszt wynagrodzenia „specjalistycznych zespołów pracowników” uwzględniony został w łącznej kwocie wynagrodzenia pracowników wskazanej w wyjaśnieniu ceny Konsorcjum (tj. w kwocie 576 454 zł), to oznacza, że liczba pracowników, którą mógłby zatrudnić wykonawca jest zdecydowanie niższa niż wyliczona powyżej 9,13. Zatem mniejsza liczba pracowników jest w stanie wykonać jeszcze bardziej ograniczony zakres prac.

Prowadzić to może również do wniosku, że w swojej kalkulacji (w poz. wynagrodzenia pracowników) Konsorcjum nie uwzględniło tak istotnego kosztu, który wynika z zatrudnienia „specjalistycznych zespołów pracowników”. Skutkiem tego jest fakt, że zadeklarowana kwota nie wystarcza na zatrudnienie pracowników mających obsługiwać wymienione w Zał. nr 2 do odwołania maszyny i sprzęt.

Wyjaśnienia ceny nie dowodzą, a nawet nie uprawdopodobniają, możliwości obniżenia ceny zawartej w ofercie Konsorcjum o 50% z uwagi na szczególne czynniki, które wyróżniają Konsorcjum spośród innych wykonawców uczestniczących w tym przetargu. Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów, w tym kalkulacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzających, że Konsorcjum miało realne podstawy do obniżenia ceny oferty o 50%, w tym w szczególności nie ma dowodów (kalkulacji) wskazujących na: -oszczędności metody wykonania niniejszego zamówienia,

16

wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, -dostępnych dla Konsorcjum, oryginalności projektu Konsorcjum, kosztów pracy wynikających z legalnego zatrudnienia, -udzieloną pomoc publiczną na podstawie odrębnych przepisów.

W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum powołuje się na planowaną, a tym samym nieudzieloną, a więc niepewną dotację PFRON w kwocie 236 250,00 zł w okresie trwania umowy, która w żadnym razie nie może stanowić uzasadnienia do obniżenia ceny w Zadaniu nr 2, bowiem zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy czynnikiem uzasadniającym obniżenie ceny może być w tym przypadku jedynie wpływ pomocy publicznej udzielonej (a nie planowanej do udzielenia w przyszłości) na podstawie odrębnych przepisów.

W wyjaśnieniach ceny nie dołączono żadnego dowodu potwierdzającego, że wskazana dotacja PFRON została udzielona Konsorcjum na okres trwania umowy w sprawie zamówienia (tj. na okres 30 miesięcy od 01.01.2015 r. do 30.06.2017) i dotyczy określonej liczby osób niepełnosprawnych. Jest to więc dotacja czysto hipotetyczna.

Wprawdzie Konsorcjum zapewnia w wyjaśnieniach ceny, że: -nie ma obaw co do ryzyka realności tej dotacji, bo od wielu lat z powodzeniem uzyskuje dotacje oraz posiada szczegółowe rozpoznanie o możliwości zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych, -zatrudni do realizacji tej usługi ok. 60% pracowników z II grupą niepełnosprawności by uzyskać z tego tytułu dotację PFRON na poziomie ok 236 250,00 zł w okresie trwania umowy.

Niemniej jednak nie wiadomo, czy Konsorcjum spełni kryteria do ubiegania się o takie dofinansowanie np. czy będzie miał możliwość zatrudnienia odpowiedniej ilości pracowników niepełnosprawnych przez cały okres umowy (30 m-cy), zwłaszcza, że przepisy o wysokości dotacji z PFRON na przestrzeni lat wielokrotnie się zmieniały, ostatnia zmiana miała miejsce w kwietniu 2014 r. Nie wiadomo zatem, czy i w jakiej wysokości dofinansowanie będzie przysługiwało w trakcie wykonywania umowy, co powoduje, że wskazana kwota dofinansowania może nie mieć nic wspólnego z rzeczywistością.

Konsorcjum wskazało, że zatrudni do realizacji tej usługi ok. 60% pracowników z II grupą niepełnosprawności (tzn. z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności). Zgodnie natomiast z art. 4 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych z dnia 27 sierpnia 1997 r., „do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych.”

Wobec tego takie osoby niepełnosprawne nie powinny kosić trawy ani odśnieżać ulic.

W świetle powyższego wyjaśnienia, ceny przedłożone przez Konsorcjum stanowią

17

dowód, że ww. pomoc publiczna nie została udzielona, a tym samym nie może ona uzasadniać obniżenia ceny zawartej w ofercie Konsorcjum.

W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum przedstawia Wykaz sprzętu (Załącznik nr 2 do odwołania), w którym powołuje się na maksymalizację zmechanizowania robót jak najbardziej wydajnymi urządzeniami, podczas gdy sprzęt wykazany w ww. wykazie, to sprzęt, który został ujęty w cenie każdego wykonawcy uczestniczącego w tym przetargu, jest to sprzęt wymagany w treści SIWZ - str. 52, niezbędny do wyliczenia ceny.

Ponadto w wykazie tym Konsorcjum nie przedstawia nowoczesnego, niezwykle wydajnego sprzętu, trudno za taki uznać: -zamiatarkę z napędem własnym (ręcznym) 3 szt.; -ciągnik rolniczy z przyczepą 4 szt.

W tym stanie rzeczy Konsorcjum nie dysponuje „nadzwyczajnym” sprzętem, co umożliwiło mu obniżenie ceny o 50% (wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r., sygn. akt KIO 337/13: „Co do korzystania z „najnowszych zunifikowanych technologii, które są bardzo wydajne i generują znaczne oszczędności w procesie realizacji usługi poprzez możliwość zastosowania ich na każdym obiekcie” powyższe określenie jest na tyle ogólne, że zamawiający nie mógł w żaden sposób ustalić, jaką faktyczną treść niesie. Nie jest bowiem wiadomym, jakie to technologie, jak realizowane i w jaki sposób wpływają na cenę oferty.”

Co więcej, z porównania treści Załącznik nr 2 i 3 do odwołania wynika, że wykazany przez Konsorcjum sprzęt do koszenia nie jest w stanie wykosić powierzchni wymaganej w opisie zamówienia w Zadaniu nr 2, co obrazuje poniższe zestawienie:

sprzęt do koszenia wykazany przez Konsorcjum w wyjaśnieniach ceny (załącznik nr 2 i 3 do odwołania); ilość roboczogodzin pracy sprzętu wg załącznik nr 3 do odwołania, wydajność pracy sprzętu w ciągu godziny wg załącznik nr 2 do odwołania, powierzchnia wykoszona sprzętem wykazanym przez Konsorcjum

kosiarka rotacyjna 500,00; 5 000,00; 2 500 000,00;

kosiarka cub Cadet LZT-50 500,00; 5 000,00; 2 500 000,00;

kosiarki samojezdne 2 500,00; 3 000,00; 7 500 000,00;

kosa spalinowa 5 000,00; 350,00; 1 750 000,00.

Ogółem powierzchnia wykoszona sprzętem wykazanym przez Konsorcjum: 14 250 000,00

Powierzchnia koszenia wymaga w SIWZ: 654 568 m² x 25 (ilość koszeń) 16 364 200,00

Niewykonana powierzchnia koszeń 2 114 200,00.

W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum wskazuje, że: "80% całego zakresu usługi będzie realizowana w pobliżu, gdzie Konsorcjum realizuje takie same zadania dla innych podmiotów, co pozwala mu na znaczne obniżenie kosztów w stosunku do innych uczestników tego przetargu, -kluczowe ale drażliwe i kosztowne prace tej usługi: koszenie i odśnieżanie realizować będzie Konsorcjum rozszerzając system działań już prowadzonych

18

na obszarze całego miasta na zlecenie Urzędu Miasta Grudziądza.”

Argumenty te jednak nie mogą się ostać, bowiem potencjał techniczny i kadrowy przewidziany do wykonania innego zamówienia (dla innego zamawiającego - UM Grudziądz)

nie może być brany pod uwagę jako potencjał techniczny i kadrowy przewidziany do wykonania przedmiotowego zamówienia tj. Zadania nr 2. Zwłaszcza w przypadku tak kluczowych, ale drażliwych i kosztowych prac tej usługi jakim jest koszenie i odśnieżanie, bowiem prace te należy wykonać jednocześnie w tym samym czasie zarówno dla zlecającego UM Grudziądz jaki i dla zamawiającego w Zadaniu nr 2. Tym samym, nie jest to argument uzasadniający obniżenie ceny o 50% (wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r., sygn. akt KIO 337/13).

W wyjaśnieniach ceny, Konsorcjum podaje informacje ogólne i niekonkretne, takie jak: -specjalizowanie się w realizacji tego typu usług, -wieloletnie doświadczenie, -odpowiednio wykwalifikowani pracownicy, -maksymalizacja zmechanizowania robót, -wydajny potencjał do koszenia zieleni, którą realizować będą specjalistyczne zespoły pracowników.

Informacje te z całą pewnością: -dotyczą w równym stopniu pozostałych uczestników tego przetargu, oferujących ceny o ponad 50% wyższe, -nie są podarte żadnymi dowodami (co wykazano powyżej), a tym samym w żadnym razie nie uzasadniają tak drastycznego obniżenia ceny w stosunku do pozostałych uczestników tego przetargu.

W świetle powyższego Konsorcjum nie wykazało w swoich wyjaśnieniach, że cena dot. Zadania nr 2 nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum w żaden sposób nie uzasadniają wysokości ceny oferty tak dalece odbiegającej od cen ofert pozostałych wykonawców oraz od wartości przedmiotu zamówienia. W kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu są wykonawcy o różnym rozmiarze przedsiębiorstwa, znaczących obrotach i stosujący nowoczesne metody zarządzania. Wyjaśnienia Konsorcjum nie zawierają też żadnych zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny i wg zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania nie prowadzą do ustalenia rzetelności i realności ceny oferty dot. Zadania nr 2, co powinno mieć skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy (np. wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1126/11, KIO 1154/11, KIO 1158/11).

Zgodnie z przepisami i orzecznictwem:

- ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał co do zasady na wykonawcy, który ofertę złożył. W przypadku postępowania odwoławczego przed KIO, ciężar dowodu będzie spoczywał także na tym wykonawcy - jeżeli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego - albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę

19

zawierającą rażąco niską cenę, nie jest uczestnikiem postępowania (wyrok KIO z dnia 11 marca 2014 r., KIO 373/14);

- zamawiający ma obowiązek ocenić wyjaśnienia w kontekście całego przedmiotu zamówienia i tym samym przedmiotu oferty. Wykonawca ma natomiast obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska (wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1363/12);

- zważyć należy, że nie chodzi tu o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również - w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie są wystarczające - poparte stosownymi dowodami.

Uznając, że przystępujący nie udowodnił, iż jego cena nie jest rażąco zaniżona Izba, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, nakazała odrzucenie jego oferty (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2894/13);

- przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na wykonawcę, jako na podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprowadzona regulacja odpowiada m.in. dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt KIO 785/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 669/14), zgodnie z którą to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że

zaproponowana cena nie jest rażąco niską. Jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2, zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) (opinia prawna UZP dot. rażąco niskiej ceny);

- ugruntowany jest także pogląd, że złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, jest zrównane w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień, co z kolei nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r., sygn. akt KIO 337/13);
- wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty

20

mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowej jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie (wyrok z dnia 9 kwietnia 2010 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09; wyrok S.O. w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO 2338/10, KIO 2499/10, KIO 2283/10, sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok S.O. w Warszawie, sygn. akt KIO/UZP 1443/08).

Z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum złożona w Zadaniu nr 2 jest bezprawnie zaniżona o ok. 50% jest ona nie tylko rażąco niska, ale jest to też oferta, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez działanie polegające na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w opinii UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. zatytułowanej: „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

Jak wykazano powyżej, nie jest możliwe świadczenie usług za cenę wskazaną przez Konsorcjum. W tej sytuacji jednym z powodów stosowania nierealnych stawek, cen jednostkowych jest właśnie chęć eliminacji innych przedsiębiorców z obrotu w branży.

Zasadność twierdzeń odwołującego znajduje potwierdzenie w doktrynie (co wykazano powyżej) i orzecznictwie: zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Obliguje go do tego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji. Z tych też względów zamawiający obowiązany jest dokonać oceny czy złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok z dnia 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-496/05).

Zamawiający obowiązany jest, przy dołożeniu należytej staranności, eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia ustawy z dnia 15 grudnia 2005 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski: "Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych", UZP 2006, str. 172).

Wobec tego należy stwierdzić, że zamawiający nie dokonał w sposób prawidłowy badania złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień ceny, a tym samym naruszył art. 90 ust. 2 ustawy i w konsekwencji zaniechał zastosowania art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4

21

ustawy.

W świetle powyższego wszystkie wskazane w odwołaniu zarzuty i żądania znajdują uzasadnienie w obowiązujących przepisach oraz w dokumentacji przetargowej.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Załączniki merytoryczne do odwołania:

1) Wyjaśnienia ceny przedstawione przez Konsorcjum:

-Kalkulacja całkowita świadczenia usług w zakresie utrzymania czystości na terenach zewnętrznych - Załącznik Nr 1 do odwołania;

-Wykaz posiadanego w dyspozycji sprzętu przeznaczonego do realizacji usługi wraz z optymalną liczbą godzin pracy sprzętu w ciągu miesiąca - Załącznik Nr 2 do odwołania;
-Wykaz stawek netto za 1 roboczogodzinę pracy sprzętu (bez wynagrodzeń obsługi) i koszty jego pracy w okresie wykonania umowy - Załącznik Nr 3 do odwołania;
-Wysokość płac pracowników zatrudnionych przy realizacji usługi - Załącznik Nr 4 do odwołania;
2) Kalkulacja potwierdzająca rażąco niską cenę w Zadaniu nr 2 - Załącznik nr 5 do odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W postępowaniu odwoławczym nie uczestniczył wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - konsorcjum firm „DOMPOL” P.W. Sp. o.o. i „DOMPOL” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z siedzibą w Grudziądzu.

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 4503 z siedzibą w Grudziądzu - nie brał udziału w posiedzeniu i rozprawie przed Izbą. W dniu 8 stycznia 2015 r., w przeddzień wyznaczonego terminu posiedzenia Izby, zamawiający przesłał faksem informację - wskazującą adresata Krajową Izbę Odwoławczą - o unieważnieniu postępowania w sprawie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości w obiektach kubaturowych i na terenach zewnętrznych” w zadaniu nr 2, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający zamieścił również informację o zawiadomieniu o powyższym wszystkich wykonawców w dniu 08.01.2015 r. w myśl art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp,

Drugi wykonawca wnoszący odwołanie - Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą Gronowo Górne - z trzecią lokatą oferty w rankingu ofert pod względem ceny, cofnął 8 stycznia 2015 r. odwołanie, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (postanowienie z dnia 9 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2740/14).

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki uprawniające go do wniesienia

22

odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia, z drugą lokatą oferty w rankingu ofert i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), nie dysponując w przedmiocie zarzutów odwołania stanowiskiem zamawiającego. Izba orzekła biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp). W posiedzeniu i rozprawie uczestniczył wyłącznie odwołujący.

Izba, uznała za zasadny jeden z zarzutów odwołania, uwzględniła odwołanie, mimo informacji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na fakt, że w dniu wydania wyroku (14 stycznia 2015 r.) czynność zamawiającego nie miała waloru skuteczności, nie upłynął termin na wniesienie odwołania od tej czynności.

Czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 11 grudnia 2014 r.) wykonana z naruszeniem przepisów ustawy miała wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co stanowi nieodzowną przesłankę uwzględnienia odwołania, w myśl art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z kolejnością zarzutów przedstawionych w odwołaniu i rozpoznanych na rozprawie, Izba zważyła.

Brak jest podstaw do uznania naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 Pzp (*zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*), w sytuacji, gdy jeszcze nie nastąpiło udzielenie zamówienia publicznego, a zarzuty odwołania dotyczą czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2, mających miejsce w dniu 11 grudnia 2014 r.

Ad 1. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania w związku z:

- a) uzupełnieniem przez Konsorcjum referencji, które nie potwierdzają należytego wykonania usług, co stanowi, że Konsorcjum pomimo uprzedniego wezwania w trybie

- art. 26 ust. 3 Pzp nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- b) dołączeniem do oferty Konsorcjum polisy o.c., która nie stanowi ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, co

23

stanowi, że Konsorcjum pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

1.a. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że referencje złożone na wezwanie zamawiającego na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, tj.:

- referencja wystawiona przez Urząd Miejski w Grudziądzu zawierająca stwierdzenie: *„Zadania realizowane były zgodnie z zakresem. Dotychczasowa współpraca pozwala polecić w/w firmę”* oraz
- referencja wystawiona przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - Olsztyn zawierająca stwierdzenie: *„Podczas trwania umowy dobrze i terminowo świadczyła usługi, stosując profesjonalne urządzenia, technologie i specjalistyczne środki - zatrudnia kompetentnych i zdyscyplinowanych pracowników. Wszelkie stwierdzone drobne niedociągnięcia były usuwane niezwłocznie po interwencji u pracownika nadzorującego prace lub bezpośrednio je wykonującego. Firma nie sprawiła nam zawodu nawet w sytuacjach nadzwyczajnych.”*
- nie potwierdzają wymaganego przez zamawiającego należytego wykonania usług.

Odwołujący uzasadniał swoje stanowisko tym, że potwierdzenie należytego wykonania usługi powinno zawierać w swojej treści określenie odpowiadające brzmieniu opisu zamieszczonego w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, a więc powinno zawierać określenie: *zostały wykonane/wykonywane należyście* oraz, że potwierdzenie wykonania zamówienia *zgodnie z zakresem* jest niewystarczające.

Stanowisko to nie zasługuje na uwzględnienie. Brak jest podstaw, by uznać, że potwierdzenia o wskazanej treści nie są potwierdzeniami *wykonania usług należyście*, ponieważ brzmienie tych opisów nie jest równoznaczne z opisem zamieszczonym w rozporządzeniu 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.

Należy wskazać, że żaden przepis prawny stosowany w procedurze udzielania zamówień publicznych nie określa obligatoryjnej treści opisu wykonania usługi *należyście*. Wskazany przepis wykonawczy do ustawy Pzp, podaje wyłącznie określenie służące do konstruowania przez zamawiających wymagań zamieszczanych odpowiednio w SIWZ.

Zatem, przez określenie *wykonane lub są wykonywane należyście*, należy rozumieć wszelkie opisy potwierdzające należytość rozumianą jako pojęcie stosowane w powszechnie używanym znaczeniu.

Nie można więc uznać, że zadanie nie zostało wykonane *należyście*, jeżeli w treści

24

oświadczenia odbiorcy usługi zamieszczono stwierdzenie: *Zadania zrealizowane były zgodnie z zakresem. Dotychczasowa współpraca pozwala polecić w/w firmę*. Oświadczenie tej treści potwierdza wykonanie umowy zgodnie z jej zakresem, a efekt współpracy stanowi podstawę do polecenia tej firmy innym podmiotom, zatem, jest to potwierdzenie, co do którego w okolicznościach sprawy nie można mieć zastrzeżeń, że nie potwierdza, w świetle wymagań zamawiającego, wykonania usługi *należyście*.

Podobne stanowisko dotyczy drugiej referencji. Brak jest podstaw do uznania, że *nienależyście* została wykonana usługa: *w zakresie utrzymania czystości i sprzątnięcia na stacjach i przystankach kolejowych*, w sytuacji, gdy odbiorca oświadcza, że: *Podczas trwania umowy dobrze i terminowo świadczyła usługi, stosując profesjonalne urządzenia, technologie i specjalistyczne środki - zatrudnia kompetentnych i zdyscyplinowanych pracowników. Wszelkie stwierdzone drobne niedociągnięcia były usuwane niezwłocznie po interwencji u pracownika nadzorującego prace lub bezpośrednio je wykonującego. Firma nie sprawiła nam zawodu nawet w sytuacjach nadzwyczajnych*.

Informacja o drobnych niedociągnięciach usuwanych niezwłocznie, w sytuacji sprzątnia nerwalgicznych terenów jak stacje i przystanki kolejowe oraz zakończenie tego oświadczenia zdaniem: *Firma nie sprawiała nam zawodu nawet w sytuacjach nadzwyczajnych*

- nie znajduje uzasadnienia do zakwalifikowania referencji jako niepotwierdzającej wykonania usługi należycie.

Formułując w orzecznictwie definicję należytego wykonania zobowiązania stwierdzono m.in., że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień nie muszą zawierać wprost sformułowania, że usługi, dostawy lub roboty budowlane zostały „wykonane należycie”, to z ich treści powinna wynikać pozytywna ocena, iż zamówienia zostały zrealizowane w sposób prawidłowy i staranny, tj. zgodny z umową - w wymaganym terminie, w pełnym zakresie itp.

W sprawie zakończonej wyrokiem Izby z 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1432/09, zamawiający wymagał „jednoznacznego” potwierdzenia należytego wykonania usług. W piśmie z 20 lipca 2009 r. potwierdzono należyte wykonanie zamówienia, pomimo że pozostawało ono w oczywistej sprzeczności z opisanymi w nim okolicznościami, wskazującymi, że wystąpiły istotne „uchybień” w realizacji usług ze strony wykonawcy, czego wyrazem było dwukrotne naliczenie kar umownych przez zamawiającego.

Z wyroku wynika, że istotne uchybień w realizacji umowy potwierdzone dwukrotnym naliczeniem kar umownych, stanowiły brak podstawy do uznania należytego wykonania

25

zamówienia, mimo oświadczenia w treści referencji o należytnym wykonaniu. Tak więc nie zawsze zamieszczenie w piśmie określenia *należyte wykonanie* jest pozytywnym potwierdzeniem wykonania i odwrotnie - brak określenia *należyte wykonanie* w dokumencie potwierdzającym wykonanie, nie zawsze świadczy o niewłaściwej treści dokumentu.

W sprawie przywoływanej w odwołaniu, zakończonej wyrokiem z 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 724/14, Izba uznała (wybrane fragmenty, niestanowiące cytatu), że: *Złożony w ofercie dokument zawiera jedynie potwierdzenie wykonania dostaw, co nie stanowi potwierdzenia, że dostawy zostały wykonane w sposób należyty, tj. w pełni zgodny z zawartą umową.*

Izba wskazuje, że w tamtej sprawie istotne znaczenie miała *wartość dostaw, w sytuacji, gdy wartości dostaw wskazane w liście referencyjnym i wykazie dla tej dostawy nie były tożsame, co mogło świadczyć o tym, że dokumenty te dotyczyły różnych dostaw.*

Pismo złożone wówczas na rozprawie potwierdzające wyłącznie „*wykonanie umowy*”, zostało uznane przez Izbę, jako *niebędące tożsame z potwierdzeniem należytego wykonania umowy, a zatem wykonania w pełni zgodnego z umową. List referencyjny potwierdzał jedynie okoliczność, że umowa została wykonana terminowo, podczas gdy w ocenie Izby terminowość nie jest jedyną przesłanką do stwierdzenia, że dostawa została wykonana należycie.*

Jak z powyższego wynika, do oceny rozstrzygnięcia dokonanego w innym postępowaniu, niezbędne jest wskazanie istotnych okoliczności, które stanowiły podstawę wydania orzeczenia.

Nie można uznać, że okoliczności w tamtej sprawie są analogiczne do przedstawionych w aktualnie rozpoznawanym odwołaniu.

Brak jest zatem podstaw do nakazania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

1.b. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do braku wykazania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodniej z przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2.

Odwołujący przedstawił dokładnie stan faktyczny w sprawie, dokonał jednak odmiennej interpretacji, co do znaczenia polisy ubezpieczeniowej. Z uzasadnienia odwołania i wyjaśnień przedstawionych na rozprawie wynika, że przedmiotem zarzutu - zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej w związku 26

żądaniem załączenia polisy - jest wyłącznie fakt złożenia polisy dotyczącej ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zadaniu 1 (sprzątanie powierzchni wewnętrznych). W ocenie odwołującego, w przypadku złożenia oferty na dwa zadania, potwierdzenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę ubezpieczeniową odpowiednią dla dwóch zadań, ma dotyczyć zakresu ubezpieczenia ściśle zgodnego z przedmiotem zamówienia, a więc zakresu ubezpieczenia dotyczącego sprzątania powierzchni wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych.

Wykonawca złożył polisę nr 908532095351 zawartą z ubezpieczycielem TUiR „WARTA” S.A. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jednak w innym zakresie niż wskazany w odwołaniu. W piśmie z dnia 01.12.2014 r., powołując się na przepisy art. 26 ust. 4 i w dalszej części art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i dokumentów dotyczących polisy, wskazując swoje wątpliwości dotyczące *wyłączenia odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę*.

W piśmie z dnia 05.12.2014 r. wykonawca złożył obszernie wyjaśnienia w zakresie pytania zamawiającego oraz wskazał, że polisa OC opiewa na kwotę 1 100 000,00 zł zgodnie ze zmianą postanowień SIWZ i związana jest z przedmiotem zamówienia.

Wskazał, cyt. *Zgodnie z rozdziałem VII ust. 3 pkt b SIWZ dla zadania pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości w obiektach kubaturowych i na terenach zewnętrznych - sprawa nr 90/2014” warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie „opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Polisa nr 908532095351 wystawiona przez TUiR WARTA S.A. na podstawie ogólnych warunków ubezpieczenia WARTA EKSTRABIZNES PLUS z dnia 13.02.2012 określa jako ubezpieczoną działalność - Działalność pomocniczą związaną z utrzymaniem czystości w budynkach PKD 81.10. - Polska Klasyfikacja działalności definiuje tę podklasę jak niżej:*

Podklasa ta obejmuje działalność pomocniczą związaną z utrzymywaniem porządku w budynkach klienta, poprzez:

*ogólne sprzątanie wnętrz,
wywóz śmieci,
ochronę i środki bezpieczeństwa,
działalności recepcyjne, pralnicze i podobne działalności pomocnicze.*

Działalności pomocnicze związane z utrzymaniem porządku w budynkach wykonywane są przez personel, który nie jest zaangażowany, ani odpowiedzialny za istotne

27

sprawy czy działalność klienta.

Podsumowując - Ubezpieczona na podstawie polisy nr 908532095351 działalność w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego - jest to działalność, która odpowiada zakresowi zamówienia określonego w SIWZ i będzie wykonywana faktycznie przez Wykonawcę (Ubezpieczonego) - DEMPOL P.W. Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, ul. Hallera 17/19 w przypadku wygrania postępowania.

Dodatkowo Polisa nr 908532095351 wystawiona przez TUiR WARTA S.A. na podstawie ogólnych warunków ubezpieczenia WARTA EKSTRABIZNES PLUS z dnia 13.02.2012 obejmuje zakresem odpowiedzialność cywilną z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia w wyłączeniu za produkt i wykonywana usługę.

Zgodnie z par. 46 ogólnych warunków ubezpieczenia WARTA EKSTRABIZNES PLUS z dnia 13.02.2012:

1. WARTA obejmuje ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialność cywilną Ubezpieczającego, jeżeli w związku z posiadaniem mienia lub prowadzeniem ubezpieczonej działalności jest on zobowiązany do naprawienia szkody osobowej lub szkody rzeczowej poniesionej przez osobę trzecią.

2. Odpowiedzialność cywilna Ubezpieczającego, o której mowa w ust. 1 obejmuje zarówno odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych (tzw. odpowiedzialność cywilna deliktowa) jak i odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (tzw. odpowiedzialność cywilna kontraktowa).

W zakresie podstawowym zatem polisa obejmuje zarówno odpowiedzialność cywilną deliktową Wykonawcy (cytowany powyżej par. 46 ust. 1 oraz 2 OWU WARTA

EKSTRABIZNES PLUS z dnia 13.02.2012) oraz odpowiedzialność cywilną kontraktową (odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania).

Standardowym wyłączeniem jest odpowiedzialność ubezpieczyciela za produkt i wykonaną usługę. Zgodnie z par. 45 ust. 1 ogólnych warunków ubezpieczenia WARTA EKSTRABIZNES PLUS z dnia 13.02.2012. Poniżej zacytowana została definicja odpowiedzialności cywilnej za produkt oraz wykonaną i odebraną usługę.

„Odpowiedzialność za produkt i wykonaną usługę - odpowiedzialność za szkody osobowe lub szkody rzeczowe wyrządzone wadą produktu lub dostarczeniem przez Ubezpieczającego produktu innego niż uzgodniono, w tym również powstałe na skutek błędnego doradztwa dotyczącego zastosowania dostarczonego produktu, jak również odpowiedzialność za szkody wyrządzone wadliwym wykonaniem przekazanych odbiorcy prac lub usług”.

W ramach i zakresie postępowania pn. „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości w obiektach kubaturowych i na terenach zewnętrznych - sprawa nr 90/2014 nie

28

będzie dostarczał produktów i usług przekazywanych odbiorcy.

Zamawiający nie określił w SIWZ konieczności posiadania polisy obejmującej zakresem odpowiedzialność cywilną za produkt oraz odpowiedzialność za szkody wyrządzone wadliwym wykonaniem przekazanych prac lub usług.

Dodatkowo, biorąc pod uwagę jednak linię orzecznictwa Wykonawca zwraca uwagę, że treści polisy OC, jaką pod wątpliwość poddaje Zamawiający, nie jest znacząca dla oceny potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej części wykonawca przedstawił stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby, w szczególności z wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 27/13.

Kończąc wyjaśnienia, wykonawca wskazał: *Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Wykonawcy załączona Polisa nr 908532095351 wystawiona przez TUIR WARTA S.A. jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych, potwierdzając spełnianie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.*

Stanowisko wykonawcy znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, doktrynie i opinii (przedstawiającej stosowne orzecznictwo) pt.: *Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jako dokumenty potwierdzające ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia* - strona www.uzp.gov.pl.

Z opinii wynika: -*celem* żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, -polisa OC składana w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości, -celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem: 1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia; 2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek - wyrok S.O. we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11); - polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy, wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności; -celem

29

żądania i złożenia opłaconej polisy w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (§ 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) jest wykazanie się przez wykonawcę na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym statusem ekonomiczno-

finansowym, nie zaś ubezpieczeniem danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia.

Oceniając powyższe, Izba uznała, że wykonawca składając ofertę na przedmiot zamówienia opisany jako „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości w obiektach kubaturowych i na terenach zewnętrznych - sprawa nr 90/2014” i załączając polisę nr 908532095351 wystawioną przez TUIR WARTA S.A. na podstawienie ogólnych warunków ubezpieczenia WARTA EKSTRABIZNES PLUS z dnia 13.02.2012 oraz dodatkowo polisę nr 908532095351 wystawioną przez TUIR WARTA S.A. na podstawienie ogólnych warunków w ubezpieczenia WARTA EKSTRABIZNES PLUS z dnia 13.02.2012 - wykazał spełnianie wymaganego warunku.

Skoro zakres ubezpieczenia nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia i jest wystarczające, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności, a opłacona polisa jest potwierdzeniem sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy na etapie badania i oceny ofert, to złożenie polisy potwierdzającej ubezpieczenie na sumę ubezpieczenia właściwą dla całego przedmiotu zamówienia, przy tożsamości zakresu ubezpieczenia z częścią przedmiotu zamówienia

- w kontekście przedstawionego stanowiska i wymagań zamawiającego - nie uzasadnia oceny, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba wskazuje, że mimo treści wezwania zamawiającego w zakresie polisy, nie został wyczerpany tryb postępowania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ad 2. Naruszenie przepisów art. 24 ust. 4 Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum.

Brak uznania naruszenia tego przepisu jest następstwem negatywnej oceny zarzutów przedstawionych w pkt 1.a. i 1.b.

Ad 3. Naruszenie przepisów art. 90 ust. 2 Pzp wobec wadliwej oceny wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przekazanego przez Konsorcjum na wezwanie zamawiającego.

30

Izba podzieliła stanowisko odwołującego w tym zarzucie, co do oceny wyjaśnień wykonawcy dokonanej przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed wejściem w życie ustawy nowelizującej ustawę Prawo zamówień publicznych, obowiązującej od dnia 19 października 2014 r., wobec tego do oceny zarzutów odwołania stosowane są przepisy obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowił, że *zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

W tym brzmieniu przepis normował uprawnienie i jednocześnie zobowiązanie zamawiającego do podjęcia wskazanych w nim czynności. Zamawiający oceniając ofertę podejmował decyzję, czy jego zdaniem, cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia ustalonego z należytą starannością w toku szacowania wartości, czy też nie. Jeżeli zamawiający uznał, jak w tym przypadku, że cena oferty wykonawcy budzi wątpliwości, co do jej wysokości, podejmował czynności, o których stanowił wskazany przepis.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 30.11.2014 r.), zobowiązując wykonawcę do przedstawienia, w szczególności: -całej kalkulacji na wykonanie usług na terenach zewnętrznych, -wykazu posiadanego sprzętu przeznaczonego do realizacji usługi wraz z optymalną liczbą godzin pracy sprzętu w ciągu miesiąca, -wysokości stawek za 1 roboczogodzinę pracy sprzętu, -wysokości płac dla pracowników świadczących usługi, -kosztów zakupu środków ochrony roślin.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, (...) *oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki w szczególności m.in. na oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane (...).*

Wykonawca złożył wyjaśnienia deklarując gotowość udzielenia dalszych wyjaśnień dotyczących organizacji i kalkulacji kosztów realizacji usługi oraz załączył: -Kalkulację całkowitą „Świadczenia usług w zakresie utrzymania czystości na terenach zewnętrznych JW. 4503 na okres 30 m-cy w cenach netto - sprawa nr 90/201”, -Wysokość płac pracowników zatrudnianych przy realizacji usługi, -Wykaz posiadanego w dyspozycji sprzętu przeznaczonego do realizacji usługi wraz z optymalną liczbą godzin pracy sprzętu w ciągu

31

miesiąca, -Koszty zakupów - ŚRODKI OCHRONY ROŚLIN.

Z faktu wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej wynika, że zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające, a przynajmniej nieskutkujące zastosowaniem przepisu art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: niewłaściwą treść wezwania do złożenia wyjaśnień, w sytuacji, gdy koszty zatrudnienia stanowią, co najmniej 60% ceny zamówienia oraz niewłaściwą ocenę złożonych wyjaśnień, wskazując w odwołaniu:

„- Zamawiający zaniechał w wezwaniu żądania przedstawienia przez Konsorcjum informacji najistotniejszej z punktu widzenia ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia tj. informacji o faktycznej liczbie pracowników (etatów) przeznaczonych do zatrudnienia przy realizacji ww. zamówienia. Powyższa informacja ma kluczowe znaczenie w celu: -zweryfikowania najbardziej kosztownego elementu ceny jakim jest legalne zatrudnienie oraz -zweryfikowania, czy przy wykazanej liczbie zatrudnionych pracowników (etatów) możliwe jest w ogóle wykonanie zamówienia wg czynności i standardów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie ze Specyfikacją techniczną (Załącznik nr 3 do SIWZ), w sposób dający rękojmię należytego wykonania.

- Zamawiający zaniechał żądania w wezwaniu przedstawienia przez Konsorcjum całej kalkulacji na wykonanie usług na terenach zewnętrznych wg Formularza ofertowego, przez przedstawienie szczegółowej kalkulacji dot. każdego z elementów zawartych w Formularzu ofertowym, ze szczególnym uwzględnieniem wyjaśnienia oferowanych, absurdalnie niskich cen jednostkowych, co umożliwiłoby zweryfikowanie realności ceny całego zamówienia.

- Powyższe wady wezwania utrudniają, ale nie uniemożliwiają dokonanie: -rzetelnej i racjonalnej oceny wyjaśnienia ceny zawartej w ofercie Konsorcjum oraz zbadania tej ceny na okoliczność ustalenia, czy jest ona rażąco niska, czego zamawiający bezprawnie zaniechał.

- Dokumentacja przetargowa wskazuje, że zamawiający: -bezkrytycznie przyjął i uznał za wystarczające wyjaśnienia ceny przedłożone przez Konsorcjum; -nie dokonał żadnej analizy realności zarówno ceny, jak i cen jednostkowych wskazanych w ofercie Konsorcjum, choć jako organizator przetargów na usługi od wielu lat, dysponuje pełną wiedzą na temat realnej ceny tego zamówienia oraz rynkowych cen jednostkowych na usługi.

- Zgodnie z Formularzem ofertowym zawartym w ofercie Konsorcjum w części zamówienia dot. Zadania nr 2, największy wartościowo zakres prac (ze względu na bardzo duże powierzchnie podlegające bieżącej obsłudze) wyceniony jest na podstawie ceny jednostkowej w wysokości 1 grosz i tak: -cena jednostkowa utrzymania w czystości

32

terenowych obiektów utwardzonych wynosi 1 grosz; -cena jednostkowa utrzymania w czystości terenów zieleni w okresie kwiecień-październik wynosi 1 grosz.”

Odwołujący załączył do odwołania załączniki przedstawiające wykazy sprzętu, stawek pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników oraz kalkulacje - kosztów i potwierdzenia ceny rażąco niskiej. Na rozprawie złożył pismo pt. Stanowisko zamawiającego oraz załączniki: Prawidłowe zestawienie stawek netto, ilości maszynogodzin pracy sprzętu

do zaniżenia stanowiące podstawę wyliczenia wskaźnika kosztów pracy sprzętu oraz Komentarz do tego opracowania.

Odwołujący przedstawił argumentację zarzutów dotyczących oceny wyjaśnień wykonawcy, która z przyczyn wskazanych wyżej, nie została zakwestionowana przez zamawiającego.

Izba uwzględniła zarzut, uznając stanowisko w przedmiocie niewłaściwej oceny wyjaśnień wykonawcy za zasadne. Czynność zamawiającego narusza przepis art. 90 ust. 2 Pzp.

Ad 4. Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenie przepisów art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej cenę rażąco niską oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji - oferta z ceną dumpingową.

Odwolujący nie przedstawił zarzutu - czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przywołując wyłącznie przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jedynie w uzasadnieniu wskazał art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podnosząc utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku na skutek sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia.

Stosownie do z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie winno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania (wyrok z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 71/14). Zarzut odwołania musi być wyraźny, wskazywać konkretną czynność zamawiającego naruszającą konkretny przepis ustawy i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne, zarówno formułowanie jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania (wyrok z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13). 33

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp następuje wówczas, gdy po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1-3 Pzp, zamawiający ustali, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stwierdzić należy, że uwzględnienie zarzutu niewłaściwie przeprowadzonej procedury badania ceny oferty przez błędne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenie tych czynności, powoduje brak podstaw do jednoczesnego uwzględnienia zarzutu naruszenie przepisów ustawy wskazujących dalej idący skutek i nakazania czynności, które mogą być następstwem wyjaśniania ceny oferty.

Zatem, Izba nie znajduje podstaw do uznania, że nastąpiło naruszenie wskazanych przepisów ustawy, skoro zamawiający wszczynając procedurę wyjaśniającą nie wyjaśnił wszystkich aspektów ceny oferty.

Ad 5. Uznanie naruszenia przepisów art. 91 Pzp wobec dokonania czynności wyboru oferty sprzecznie z przepisami ustawy, jest skutkiem uwzględnienia zarzutu przedstawionego w pkt 3.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzać na rzecz odwołującego: kwotę uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: