Sygn. akt: KIO 587/15 KIO 599/15

WYROK

z dnia 10 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 25 marca 2015 r. przez wykonawcę: **P.H.U. GAMMA A. Z., Warszawa – sygn. akt KIO 587/15**

B. w dniu 26 marca 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „N.R." sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 599/15**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa całorocznego utrzymania porządku na obszarach utwardzonych oraz całorocznego utrzymania i pielęgnacji zieleni na terenach będących w zarządzie Kancelarii Sejmu* (nr postępowania BIZ/3020-35/2014) prowadzonym przez zamawiającego: **Kancelaria Sejmu, Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 587/15:

A. Zakład Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „N.R." sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania w obu sprawach obciąża **odwołujących – P.H.U. GAMMA A. Z. z Warszawy** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „N.R." sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług**

Ogrodniczych „FLORA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższych **odwołujących** tytułem wpisów od odwołań.

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

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Kancelaria Sejmu w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp", „pzp" lub „PZP"}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługa całorocznego utrzymania porządku na obszarach utwardzonych oraz całorocznego utrzymania i pielęgnacji zieleni na terenach będących w zarządzie Kancelarii Sejmu* (nr postępowania BIZ/3020-35/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_227-401220 z 25 listopada 2014 r., z tym że 20 listopada 2014 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.sejm.gov.pl}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.500.000,00 zł, co stanowi równowartość 828.421,97 euro.

16 marca 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom faksem lub drogą elektroniczną zawiadomienie o wynikach postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „Zakład Zieleni"}, a także o odrzuceniu ofert złożonych przez: po pierwsze – P.H.U. GAMMA A. Z. z Warszawy {dalej również w skrócie: „Gamma"}, po drugie – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „N.R." sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „Konsorcjum NR"}.

{KIO 587/15}

25 marca 2015 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – P.H.U. GAMMA A. Z. z Warszawy wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust 1 pkt 4 – polegające na odrzucenia oferty Gamma, pomimo iż oferta ta nie spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – polegające na odrzuceniu oferty Gamma, pomimo że jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
3. Art. 92 ust. 1 pkt 2 – przez brak {podania} uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty

Gamma w sposób wskazujący zakres stwierdzonych nieprawidłowości.

4. Art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 – przez pominięcie czy niedostateczne rozważenie przy weryfikacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego wskazanych w tych przepisach czynników, mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla firmy Gamma, a także pomocy publicznej udzielonej Odwołującemu na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.
5. Art. 90 ust. 2 i 3 – przez błędne uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień, które wykazują, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
6. Art. 91 ust 1 – przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy ma ona taki przymiot przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {żądania}:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Gamma.
2. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
3. Powtórzenia badania ofert, ich oceny oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1, 4-6 listy zarzutów}

Odwołujący podał, że dla usługi pielęgnacji terenów zielonych Zamawiający oczekiwał od wykonawców wypełnienia i złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego dla usługi nr 2, stanowiącego zestawienie 39 czynności ogrodniczych w odniesieniu do 1 roku (dla każdej czynności podano szacunkowe powierzchnie albo ilości oraz przybliżone krotności w odniesieniu do 1 roku), w tym podania oferowanych cen jednostkowych netto za te

czynności. Odwołujący wypełnił ten kosztorys dla każdej pozycji, a łącznie za usługę zaproponował cenę 15.133,50 zł.

9 marca 2015 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość poszczególnych cen za: szacunkowy koszt pielęgnacji terenów zielonych (w zł), koszt jednostkowy wywozu 1 m ^{2} śniegu (w zł), koszt jednostkowy 1 roboczogodziny (w zł), wielkość narzutu do kosztu zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów (w %), gdyż wskazane ceny były niższe niż 30% od średniej arytmetycznej tych cen we wszystkich złożonych ofertach.

11 marca 2015 r. Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia i ich uzupełnienie wraz z dowodami na ich poparcie w zakresie elementów oferty w celu wykazania czynników obiektywnych wpływających na zaoferowane ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla firmy GAMMA, a także pomocy publicznej udzielonej Odwołującemu na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Odwołujący stwierdził na podstawie uzasadnienia odrzucenia jego oferty, że Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wiarygodne odnośnie wszystkich cen stanowiących przedmiot wezwania, z wyjątkiem szacunkowego kosztu pielęgnacji terenów zielonych, uznanego za rażąco niski. Zamawiający wskazał, że cena ta jest dziesięciokrotnie niższa od następnej w kolejności, przedstawione wyjaśnienia są lakoniczne, a dowody nieprzekonujące.

Odwołującemu wydaje się, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał na niedozwolone zaniżenie ceny za szacunkowy koszt pielęgnacji terenów zielonych w odniesieniu do 1 -roku, lecz Zamawiający odniósł się jedynie do pięciu cen jednostkowych, doprowadziło Odwołującego do wniosku, że pozostałych cen jednostkowych Zamawiający nie traktował jako rażąco niskich.

Zdaniem Odwołującego, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, jego wyjaśnienia były bardzo szczegółowe, wskazywały konkretne czynniki wpływające na obniżenie ceny, jak również ich wpływ na cenę, co powodowało, że nadawały się do weryfikacji.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach zaznaczył, że są one wspólne dla elementów oferty będących przedmiotem wezwania, w związku z czym dla uniknięcia powtórzeń będzie odwoływał się przy poszczególnych punktach do wyjaśnień i dowodów złożonych w innej części pisma. W ocenie Odwołującego ma to istotne znaczenie. Skoro Zamawiający uznał dla kosztu jednostkowego wywozu 1m ^{3} śniegu, kosztu jednostkowego 1 Roboczogodziny i wielkości narzutu do kosztu zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów za wiarygodne te same czynniki wpływające na cenę, pominął je dla szacunkowego kosztu pielęgnacji terenów zielonych, błędnie uznając, że w tym zakresie oferta jest rażąco niska.

Odwołujący dodał, że do wyjaśnień załączył kalkulację, na której opierał się przygotowując ofertę w zakresie pielęgnacji terenów zielonych i która stanowiła podstawę do oszacowania kosztu wykonania tej usługi w odniesieniu do 1 roku. Zdaniem Odwołującego z tego zestawienia wprost wynika, że zaoferowana cena daje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż pokrywa koszty, jak również zapewnia zysk.

Przechodząc do wskazanych w wyjaśnieniach konkretnych czynników mających wpływ na cenę, Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że zatrudnianie do wykonywania usługi pielęgnacji terenów zielonych osób niepełnosprawnych pozwoliło obniżyć koszty pracy o ponad połowę, w związku z udzieloną Odwołującemu pomocą publiczną na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, co zostało udowodnione za pomocą

właściwego wniosku Wn-D o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzenia wraz z załącznikami INF-D-P oraz historią z rachunku bankowego dot. wpływów z PFRON.

Po drugie – obniżenie kosztów wykonania poszczególnych czynności pielęgnacji terenów zielonych (zwłaszcza koszenie, opryski, nawożenie, wycinka i cięcie drzew i krzewów) ma wynikać także z posiadanego na własność nowoczesnego sprzętu, który jest oszczędny w użytkowaniu, a jednocześnie wydajny, co obniża koszty pracy, gdyż zdecydowanie podnosi jej wydajność. Odwołujący wskazał, że spowodowało to obniżenie ceny o ponad połowę. Odwołujący dodał, że dla przykładu wskazał dwa konkretne urządzenia, załączając specyfikację jednej z nich – samojezdnej kosiarki Amazone Profihopper 1250 zDrive, w celu wykazania, że za pomocą takiego urządzenia skoszenie podanej przez Zamawiającego szacunkowej powierzchni trawników może zostać wykonane w ciągu zaledwie 3 godzin (choć zastrzegł, że z ostrożności i tak przyjął niższe założenia w swojej kalkulacji).

Po trzecie – Odwołujący wskazywał, że uzyskuje dodatkowe przychody ze sprzedawanych odpadów drzewnych oraz biomasy, którą zgodnie z SIWZ wykonawca ma obowiązek usunąć i wywieźć (załącznik Nr 7 do SIWZ pkt 1, 4, 6-16, 18-24, 29). Odwołujący zawarł dwie umowy, które załączył do wyjaśnień, zgodnie z którymi to kupujący będzie miał obowiązek odbioru sprzedawanych surowców z miejsca wskazanego przez Odwołującego. Odwołujący stwierdził, że taka organizacja wykonywania zamówienia powiększa zysk z wykonania usługi pielęgnacji terenów zielonych o kwoty wskazane w kalkulacji, ale także pomniejsza koszty związane z wykonaniem czynności wymienionych w pozycjach 1, 4, 6-16, 18-24, 29 o ok. 50 zł/m 3 surowców związanych z ich wywozem, przez co zostały obniżone koszty pracy oraz koszty sprzętu i jego eksploatacji.

Odwołujący dodał, że powyższe czynniki nie były mu dostępne podczas składania oferty na wykonanie usług na rzecz Zamawiającego tożsamych z przedmiotem zamówienia, na podstawie której wykonuje od 4 lat te usługi na rzecz Zamawiającego. Odwołujący powołał się na to, że w wyroku z dnia 22 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2202/12) wskazano, że (…) *analiza badanej ceny oferty, pod względem jej realności musi odnosić sie do konkretnego zamówienia i wszechstronnego rozważenia sytuacji wykonawcy – przywoływanej w wyjaśnieniach.* Zdaniem Odwołującego błędne jest zatem porównywanie

przez Zamawiającego aktualnej oferty do sytuacji sprzed 4 lat, kiedy nie dysponował takim potencjałem technicznym i organizacyjnym, jak w chwili obecnej.

Odwołujący podkreślał także, że dysponuje doświadczeniem w świadczeniu usług tego samego rodzaju na terenach objętych przedmiotem zamówienia na rzecz Zamawiającego, co ma mieć niebagatelny wpływ na precyzyjność przyjętej kalkulacji, jak z i również oszczędności związane wypracowaniem rozwiązań technicznych organizacyjnych, które wpływają na efektywność oraz koszty wykonywania usług przez Odwołującego.

{ad pkt 2, 3-6 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający dokonując odrzucenia jego oferty, uzasadnił to *naruszeniem uniwersalnego zakazu konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,* przez *zaoferowanie przez Wykonawcę wielu cen za wykonanie poszczególnych czynności na poziomie kilku groszy – charakter i celowość tego działania wynika wprost z ustalonych przez Wykonawcę cen jednostkowych.*

W ocenie Odwołującego powyższe uzasadnienie odrzucenia jego oferty nie wypełnia dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż nie precyzuje zakwestionowanych przez Zamawiającego czynności, a Odwołujący zmuszony jest domyślać się, które pozycje wzbudziły zastrzeżenia Zamawiającego.

Odwołującemu wydaje się, że Zamawiający zakwestionował poszczególne ceny jednostkowe wyszczególnionych czynności wykonywanych w ramach usługi pielęgnacji terenów zielonych, a zarzut czynu nieuczciwej konkurencji oparł na kryterium rażąco niskiej ceny. Ma to wynikać z zestawienia uzasadnienia odrzucenia oferty Konsorcjum NR, gdzie Zamawiający odwołał się do manipulowania cenami w celu uzyskania najwyższej punktacji, z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający podniósł, że ustalenie

przez Odwołującego poszczególnych cen jednostkowych było kierowane chęcią uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że w jego ofercie w zakresie pielęgnacji terenów zielonych znalazło się jedynie sześć czynności (na 39 wyszczególnionych), za które zaproponował cenę 0,02 zł/ m^2, a co do jednej z tych czynności 0,01 zł/m^2.

Odwołujący powtórzył ponownie, że wskazane ceny były podyktowane realną ich wartością oraz rachunkiem ekonomicznym, co wykazał w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający wywodzi podstawy odrzucenia oferty wyłącznie z zawarcia w niej rażąco niskiej ceny, brak potwierdzenia tego powoduje, że że nie można przypisać zachowaniu wykonawcy znamion czynu nieuczciwej konkurencji (tak wyrok Izby z 13 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2732/13; KIO 2742/13).

Zdaniem Odwołującego nie można uznać, że określenie ceny za pięć pozycji podyktowane było chęcią uzyskania najwyższej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert, gdyż zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy nie otrzymywali punktów za ceny jednostkowe poszczególnych czynności ogrodniczych wchodzących w zakres usługi pielęgnacji terenów zielonych, lecz za szacunkową cenę tej usługi w odniesieniu do 1 roku. Gdyby oferty Odwołującego nie odrzucono, ceny te nie przesadziłyby w żaden sposób o uzyskaniu przez Odwołującego maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert za usługę pielęgnacji terenów zielonych w odniesieniu do 1 roku. Z tego powodu określenie cen za przedmiotowe czynności na zaoferowanym przez Odwołującego poziomie nie zagrażało ani nie naruszało w jakikolwiek sposób interesów innych wykonawców.

{KIO 599/15}

26 marca 2015 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „N.R." sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia ich oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Zieleni.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {jeżeli nie wskazano inaczej}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 1-3 – przez nieprawidłową ocenę złożonych w trakcie postępowania wyjaśnień Odwołującego oraz przedłożonych dowodów, do uznania przez Zamawiającego, oferta co w konsekwencji doprowadziło że Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 150, z późn. zm, dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji") – przez uznanie, że złożenie przez Odwołującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad zarzutu nr 1}

Odwołujący podał, że Zamawiający jako uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał wyłącznie różnice pomiędzy cena jednostkową zaproponowaną przez Odwołującego a cenami wskazanymi przez pozostałych wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ Zamawiający oszacował na 3,5 mln łączną wartość zamówienia, ale nie oszacował wysokości poszczególnych cen jednostkowych, których wskazania w ofercie oczekiwał od wykonawców, nie ma możliwości porównania oszacowania z zaoferowanymi cenami.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp wyłącznie w oparciu o fakt, że zaproponowana przez Odwołującego cena jednostkowa jest trzykrotnie niższa od następnej w kolejności.

Zdaniem Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp przedstawił rzetelne wyjaśnienia oraz wystarczające dowody, potwierdzające, że cena oferty nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej. Przedstawił przebieg procesu kalkulacji oferty, poparty dowodami, oraz wykazał, że tak ukształtowana cena pozwoli zrealizować przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę przy założeniu nie tylko pokrycia poniesionych nakładów (kosztów) ale także osiągnięcia godziwego zysku.

Według Odwołującego dokonując obiektywnej oceny złożonych przez niego wyjaśnień należy wziąć również pod uwagę następujące okoliczności.

Wykonania usługi utrzymania porządku na terenach utwardzonych nie da sie wycenić w dokładnym rozbiciu na robociznę, materiał i sprzęt, tak jak można to uczynić w przypadku roboty budowlanej, gdzie przy użyciu programu kosztorysowego wykonawcy mogą precyzyjnie określić koszt np. wybudowania 100 m ^{2} chodnika. Odwołujący stwierdził, że na zewnętrzne prace porządkowe wpływ mają czynniki nieprzewidywalne, takie jak zmienne warunki atmosferyczne (deszcz, śnieg słońce), pory roku, ruch jaki odbywa się po terenie (czy teren jest zamknięty czy otwarty), lokalizacja nieruchomości.

Odwołujący podkreślił, że całoroczna usługa utrzymania porządku na terenach utwardzonych jako jedyna kategoria prac przedmiotu zamówienia gwarantuje wykonawcy ciągłość prac niezależnie od warunków atmosferycznych. W takim przypadku, przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia umożliwia to wykonawcy kształtowanie miesięcznej ceny jednostkowej w oparciu o średnioroczne koszty wykonania usługi.

Odwołujący wskazał, że przy kalkulacji ceny brał także pod uwagę długi okres na jaki

zawarta jest umowa wieloletnia (maksymalnie 4 letni), a także możliwość waloryzacji wynagrodzenia na zasadach określonych w SIWZ.

Odwołujący podniósł również, że przedłożył dowody w postaci zawartych z innymi zamawiającymi umów, które realizuje w Warszawie oraz w Łodzi wraz z referencjami z lutego 2015 r., potwierdzającymi, że prace objęte tymi umowami wykonuje prawidłowo. Według Odwołującego dokumenty te jednoznacznie dowodzą, że zaoferowana cena jest realna i rynkowa, a także, że została skalkulowana rzetelnie, z uwzględnieniem wszelkich kosztów oraz w oparciu o długotrwałe doświadczenie w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie określił w sposób wyraźny i precyzyjny żądanego zakresu wyjaśnień, jakie chciałby uzyskać w zakresie cen jednostkowych wymienionych w wezwaniu, ograniczając się do zacytowania art. 90 ust. 1 pzp.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli jego wyjaśnienia budzą wątpliwości, Zamawiający winien zwrócić się o ich doprecyzowanie lub udzielenie szerszych informacji, a zaniechanie tego nie może obciążać Odwołującego.

{ad zarzutu nr 2}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający jako kolejną podstawę odrzucenia jego oferty wskazał, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Polegać to ma na manipulowaniu przez Odwołującego poszczególnymi cenami w celu uzyskania najwyższej punktacji. Odwołujący zaproponował najniższą cenę za utrzymanie porządku na 1 m ^{2} powierzchni utwardzonych i najwyższą za koszt pielęgnacji zieleni w odniesieniu do 1 roku, co było podyktowane chęcią

uzyskania jak najwyższej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Działania te podyktowane są chęcią wyeliminowania konkurencyjnych wykonawców z rynku.

Odwołujący z następujących powodów zakwestionował takie stanowisko Zamawiającego.

Według Odwołującego nie odpowiada stanowi faktycznemu twierdzenie, że zaoferował najwyższą cenę za pielęgnację zieleni w odniesieniu do 1 roku, gdyż ocenie powinny podlegać ceny jednostkowe zaoferowane za wykonywanie poszczególnych prac ogrodniczych, a nie szacunkowy roczny koszt, który podlegał ocenie przy przyznawaniu punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący uzasadnił to kosztorysowym charakterem wynagrodzenia, gdzie wykonawca za wykonane prace ma otrzymywać miesięczne wynagrodzenie, będące iloczynem faktycznie wykonanych w danym miesiącu prac oraz zaproponowanych w ofercie cen jednostkowych. Natomiast ilość prac wskazanych w SIWZ może ulec zmianie, nie tylko ze względu na ich charakter prac (powyżej opisany),

ale także w zależności od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, który zastrzegł sobie możliwość zmian ich zakresu i ilości.

Odwołujący powołał się na to, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku z 24 lutego 2015 r. (sygn. akt: KIO 236/15, KIO 241/15), wydanym w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdzie jednoznacznie rozstrzygnięto o tym, jaki charakter mają poszczególne ceny jednostkowe.

Odwołujący podkreślił, że każdy z wykonawców, którzy złożyli nieodrzucone i zaakceptowane przez Zamawiającego oferty, odmiennie w stosunku do konkurentów określił swoje ceny jednostkowe, raz są to ceny wyższe, w innych zaś pozycjach niższe. W postępowaniu nie została złożona ani jedna oferta, która zawierałaby tylko najniższe ceny albo tylko najwyższe. Zdaniem Odwołującego takie zróżnicowanie cen jednostkowych stanowi naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami. Odwołujący zaproponował na 39 pozycji łącznie 6 najwyższych cen jednostkowych. Natomiast wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza zaoferował takich cen 12. Z kolei1 3 cen na najwyższym poziomie zaproponował wykonawca A&M PARTNERS A. B. . Najwięcej najniższych cen (30) zaproponowało konsorcjum DC SYSTEM COMPANY IMPEL CLEANING sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że oferty tych wykonawców nie zostały przez Zamawiającego zakwestionowane.

Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez niego ceny jednostkowe za wykonanie czynności ogrodniczych zostały skalkulowane prawidłowo i rzetelnie z uwzględnieniem ich realnych kosztów oraz wymagań Zamawiającego. Wpływ na wysokość ceny miała też zaproponowana wysokość narzutu do kosztu zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów. Ponadto Odwołujący powołał się na to, że szacunkowa kwota rocznego utrzymania terenów zieleni z jego oferty jest porównywalna z ceną wykonawcy wybranego przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu na świadczenie usług tego samego rodzaju.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieuzasadniony dualizm i arbitralność oceny ofert w zakresie pielęgnacji terenów zielonych, gdyż w przypadku Odwołującego odniósł się do szacunkowych rocznych kosztów pielęgnacji zieleni jako ceny globalnej, natomiast dla uzasadnienia odrzucenia oferty Gamma A. Z. wskazał na zaoferowanie przez tego wykonawcę w zakresie pielęgnacji wielu poszczególnych czynności na poziomie kilku groszy.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z podstawowymi zasadami arytmetyki, gdyż o ile zaniżenie ceny może zagwarantować uzyskanie maksymalnej liczby punktów, o tyle w przypadku ustanowienia maksymalnie wysokiej, nierynkowej ceny wykonawca otrzyma najniższą liczbę punktów. W konsekwencji suma

uzyskanych w wyniku takich działań punktów nie gwarantowałaby uzyskania korzystniej łącznej liczby punktów w jedynym kryterium jakim jest cena.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie postawił zarzutu manipulowania cenami Wykonawcy A&M PARTNERS A. B., który zaproponował za wywóz śniegu cenę 10-krotnie wyższą od najniższej. Przy czym wykonawca ten jednocześnie uzyskał największą liczbę punktów w kategorii koszt utrzymania porządku na terenach utwardzonych. Zarzutu takiego nie postawił także Zamawiający wybranemu Zakładowi Zieleni, który zaproponował najwyższą marżę z tytułu wielkości narzutu do kosztu zakupu materiału ogrodniczego, tj. 750-krotnie wyższą niż Odwołujący oraz 7,5-krotnie wyższą od następnej w kolejności.

W konsekwencji według Odwołującego należy uznać, że sposób kalkulowania przez niego oferty nie stanowił niedozwolonego manipulowania cenami, a normalną konkurencyjną praktykę rynkową.

{KIO 587/15, KIO 599/15}

7 kwietnia 2015 r. wpłynęły do Izby odpowiedzi na powyższe odwołania, w których Zamawiający wniósł o ich oddalenie, w szczególności zajmując następujące stanowisko odnośnie poszczególnych zarzutów.

{rażąco niska cena}

Zdaniem Zamawiającego zawarte w odwołaniach zarzuty naruszenia przepisów nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym obu spraw. Zamawiający stwierdził, że art. 90 ust. 2 pzp wskazuje na wykonawcę jako podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego wprowadzona regulacja odpowiada dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii {np. wyroki: z 12 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 785/14), z 16 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 669/14)}, zgodnie z którą na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, co spowodowało obniżenie ceny i w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na jej obniżenie, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską. Zamawiający dodał, że na mocy art. 190 ust. 1a pzp analogiczna zasada obowiązuje również w postępowaniu odwoławczym. Jeżeli wykonawca nie sprosta obowiązkowi nałożonemu na niego na mocy art. 90 ust. 2 pzp, zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia jego oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 pzp).

Zamawiający powołał się również na to, że w doktrynie {komentarz do Prawa zamówień publicznych z 2015 r. autorstwa J. Pieroga} wskazuje się, że zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nic może to być więc

polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, że dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06, niepubl.), nie można powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę. Jednocześnie przy udzielaniu wyjaśnień należy uwzględniać istniejące przepisy, w tym politykę społeczną państwa. Taką cechę mają wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że koszty te przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, wynikające z odpowiednich przepisów. Należy przy tym zwrócić uwagę, że nie oznacza to konieczności zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem, lecz konieczność ustalania ceny oferty w oparciu o rzetelne wskaźniki płacowe.

{KIO 587/15}

Zamawiający przedstawił następujące argumenty na potwierdzenie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego Gamma z powodu rażąco niskiej ceny za pielęgnację terenów zieleni w odniesieniu do 1 roku

{1.}

Zamawiający podał, że Odwołujący zaoferował pielęgnację zieleni w ciągu 1 roku za kwotę 14.012,50 zł netto, co stanowi zgodnie z SIWZ wynagrodzenie roczne dla 3 osób (2 pracowników i 1 osoba nadzoru).

Zamawiający przedstawił następujące wyliczenia i uwagi: 14012,50 : 3 = 4 670,83 zł rocznie na 1 osobę (bez względu na wykształcenie, stanowisko i zakres prac); 4670,83 zł : 12 = 389,24 zł – wynagrodzenie miesięczne dla 1 osoby za 8 godz. pracy dziennie (od 8:00 do 16:00) w dni robocze, czyli za ok. 176 godz. pracy (22 dni w miesiącu), co daje wynagrodzenie w kwocie 2,21 zł/godz. Nawet przy 100% dofinansowaniu dla osób

niepełnosprawnych, wynagrodzenie miesięczne wyniosłoby 778,48 zł, czyli ok. 4,42 zł/godz. dla każdego pracownika (również z wykształceniem wyższym).

Zamawiający podkreślił, że powyższe wyliczenie uwzględnia tylko wynagrodzenie pracowników. Natomiast nie zostały w nim uwzględnione między innymi: koszty eksploatacji sprzętu mechanicznego (m.in. konserwacje, przeglądy), koszty paliwa do sprzętu mechanicznego, koszty amortyzacji sprzętu nowego (przywoływana kosiarka samojezdna AMAZONE Profihopper 1250 zDrive) oraz zysk wykonawcy.

Zamawiający, powołując się na wypowiedzi doktryny, podniósł, że przy składaniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zadaniem wykonawcy jest wykazanie wpływu, jaki otrzymana pomoc publiczna miała na wysokość zaoferowanej ceny. Ponadto wykonawca musi udowodnić, że pomoc ta została przyznana legalnie. Teoretycznie jest więc możliwa sytuacja, w której wykonawca dostarczy dowody na otrzymanie pomocy zgodnie z prawem, ale nie wykaże, że pomoc ta miała wpływ na zaoferowanie niskiej ceny.

Co do obniżenia kosztów realizacji usług spowodowanego zatrudnianiem osób niepełnosprawnych, Zamawiający zauważył, że osoby niepełnosprawne nie powinny obsługiwać sprzętu mechanicznego ogrodniczego oraz wykonywać niektórych prac pielęgnacyjnych takich jak np. prace na wysokości.

{2.}

Zamawiający oświadczył, że na podstawie rozeznania rynku w zakresie czynności koszenia trawników przy użyciu kosiarki spalinowej (dane internetowe z 3 firm) ustalił, że ceny rynkowe mieszczą się w przedziale 0,15 - 0,40 zł netto/m ^{2}, w zależności od warunków otoczenia. Do kalkulacji przyjęto cenę średnią wynoszącą. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia usługą koszenia objęte jest łącznie 15000 m ^{2} trawnika, przy czym w ciągu roku szacowane jest skoszenie tej powierzchni 18-krotnie. Przy stawce uśrednionej (0,25 zł netto/m2) roczny koszt tej usługi wyniesie 67.500,00 zł netto. A w przypadku zastosowania stawki najniższej (z uwzględnieniem bardzo sprzyjających warunków realizacji usługi: niezróżnicowane ukształtowanie terenu, duża powierzchnia, zastosowanie wysokowydajnego sprzętu mechanicznego) – 40.500,00 zł netto. Wg Zamawiającego obejmuje to koszty osobowe, koszty eksploatacji sprzętu mechanicznego oraz uwzględnia zysk wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że ponieważ teren Kancelarii Sejmu ma charakter zurbanizowany, zróżnicowany powierzchniowo, o różnych wewnętrzny, nachyleniach terenu, charakteryzuje się rozrzuceniem fragmentów trawników, których utrzymanie często wiąże się ze stosowaniem kosiarki żyłkowej ręcznej – zastosowanie wysokowydajnych kosiarek samojezdnych jest niemożliwe.

{3.}

Odnośnie zaoferowanej przez Odwołującego ceny 30 zł netto za szt. pielęgnacji

drzew starszych, Zamawiający stwierdził, że przewidywał w ciągu roku cięcie pielęgnacyjne

10 drzew starszych o wysokości około 10-12 metrów. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że takich prac nie można wykonać bez ręcznego sprzętu mechanicznego oraz wykorzystania koszowego podnośnika samochodowego. Praca podnośnika wyliczana jest na podstawie czasu pracy maszyny. Koszt pracy 1 rbh sprzętu wynosi 80 zł netto. Czas niezbędny do wykonania cięcia pielęgnacyjnego wynosi minimum 4 rbh, czyli 320 zł netto. Ponadto sprzęt mogą obsługiwać osoby posiadające odpowiednie uprawnienia do obsługi oraz posiadające dopuszczenie do pracy na wysokości. Dla przewidywanej pielęgnacji 10 drzew w ciągu roku łączna kwota usługi wyniesie 3200 zł netto.
{4.}

Zamawiający uznał powoływanie się przez Odwołującego w wyjaśnieniach z 11 marca 2015 r. na użycie posiadanej samojezdnej kosiarki AMAZONE Profihopper 1250 zDrive za niewiarygodne, gdyż jednocześnie załączył ofertę zakupu powyższego urządzenia w firmie TECH-KOM P. L. ze Środy Wielkopolskiej z 26 lutego 2015 r. w cenie 29.000 euro netto.

Zamawiający podsumował, że odrzucona oferta zawierała cenę oderwaną od realiów rynkowych, niewiarygodną i oczywiście nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego i ekonomii. Według Zamawiającego cena ta nie gwarantowała wywiązania się z zobowiązań umownych.

{KIO 599/15}

Zamawiający przedstawił następujące argumenty na potwierdzenie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum NR z powodu uznania za rażąco niską stawki za utrzymanie porządku na 1 m ^{2} powierzchni utwardzonej w wysokości 0,35 zł netto.
{1.}

Zamawiający oświadczył, że na podstawie rozeznania rynku w zakresie czynności porządkowych ustalił, że ceny rynkowe mieszczą się w przedziale (dane internetowe z 7 firm): dla letniego sprzątania terenów zewnętrznych polegającego na zamiataniu, zbieraniu śmieci – 0,20 - 4,00 zł netto/m ^{2} , dla zimowego sprzątania terenów zewnętrznych, polegającego na odśnieżaniu chodników, jezdni – 1,00 - 3,00 zł netto/m ^{2} . Zamawiający przyjął na tej podstawie, że koszt wykonania usługi całorocznego utrzymania terenów utwardzonych zawiera się w granicach 1,00 - 3,00 zł netto/m ^{2} . Przy czym koszty te zawierają koszty osobowe, koszty eksploatacji sprzętu mechanicznego oraz zys, lecz nie uwzględniają materiałów (np. piasek, sól, chlorek).
{2.}

W ocenie Zamawiającego usługi, na których realizację na terenie Warszawy i Łodzi powołał się Odwołujący, dotyczą jedynie wąskiego zakresu usług utrzymania porządku na obszarach utwardzonych w ciągu całego roku. Przedstawione umowy zawierają jedynie elementy odśnieżania (płużenia) śniegu na terenie dróg publicznych (drogi gminne, drogi krajowe, autostrady) i przystanków autobusowych, z wykorzystaniem sprzętu mechanicznego oraz piasku i soli drogowej. Natomiast Zamawiający w SIWZ szczegółowo określił zakres prac przewidzianych w ramach całorocznego utrzymania porządku oraz nakazał stosowanie określonych środków chemicznych do usuwania skutków śliskości zimowe (chlorek wapnia – dużo droższy od soli drogowej).

Zamawiający podniósł również, że teren Kancelarii Sejmu ma charakter wewnętrzny, zurbanizowany, o zróżnicowanej nawierzchni (beton, kamień, kostka brukowa, kostka granitowa, drogi ekologiczne), o różnym nachyleniach terenu, z licznymi schodami i podjazdami dla niepełnosprawnych, co uniemożliwia stosowanie ciężkiego sprzętu mechanicznego.

Ponadto Zamawiający powołał się na to, że określił wielkość i lokalizację pryzm śniegowych, na których gromadzony jest zgarnięty z terenu śnieg.

Zamawiający podsumował, że Odwołujący nie przedstawił kalkulacji, a przedłożone dowody nie przekonały Zamawiającego, że za cenę ponad 3-krotnie niższą od następnej w kolejności możliwe byłoby wykonywanie usługi utrzymania porządku na powierzchniach utwardzonych. Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego zawierała cenę oderwaną od

realiów rynkowych, niewiarygodną i oczywiście nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego i ekonomii. Według Zamawiającego cena ta nie gwarantowała wywiązania się z zobowiązań umownych.

{KIO 587/15, KIO 599/15}

{czyn nieuczciwej konkurencji}

Zamawiający stwierdził, że analiza systemowa przepisów odnoszących się do czynów nieuczciwej konkurencji, jak również literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że w ramach definicji wyrażonej w powyższym przepisie czynem nieuczciwej konkurencji jest każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym norma prawna wyrażona w powyższym przepisie jest bardzo pojemna i może ona obejmować niemalże każdego rodzaju czynności przedsiębrane przez określone podmioty w dowolnej formie, miejscu i czasie. {wyrok Izby z 20 września 2011 r., sygn. akt KIO 1924/11}.

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 19 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 216/14) *ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie który* świadczy *o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów.* (...) *Biorąc pod uwagę wpływ, jaki zaoferowanie tak niskiej ceny miało na punktację w ramach oceny ofert, niewątpliwie należy uznać, iż celem zaniżenia ceny za realizację ww. usługi było zdobycie maksymalnej ilości punktów i poprzez to działanie na szkodę innych wykonawców oraz zamawiającego.* (...) *Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Ż*aden *z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości* świadczenia, *uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza i zakłóca rynkowe reguły uczciwego konkurowania. (...) Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13, łączonych KIO 1240 1246, 1248/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie..*

Zamawiający dodał, że podobne stanowisko zostało zaprezentowane w uchwale Izby z 16 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 30/14), gdzie okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego

przepisu było manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący celowo manipulowali cenami w celu uzyskania zamówienia. Zamawiający dodał, że podobne praktyki zastosowane przez AWIMA sp. j. B. Wiśniewski spowodowały nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty tego wykonawcy wyrokiem Izby z 24 lutego 2015 r. (sygn. akt :KIO 236/15, KIO 241/15)

{KIO 587/15}

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący Gamma celowo zawyżył koszt utrzymania porządku na terenach utwardzonych, podając cenę jednostkową 2,5 zł netto za 1 m^2, przenosząc tym samym do tej pozycji zaniżone koszty pielęgnacji zieleni.

{KIO 599/15}

Z kolei Odwołujący Konsorcjum NR celowo zawyżył koszty pielęgnacji zieleni, podając kwotę 371.140 zł, rekompensując sobie w ten sposób zaniżoną stawkę jednostkową 0,35 zł netto za 1 m^2, którą podał za koszt utrzymania porządku na terenach utwardzonych.

{KIO 587/15}

Na skutek przekazania przez Zamawiającego drogą elektroniczną kopii odwołań Gamma i Konsorcjum NR odpowiednio 26 i 27 marca 2015 r. – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły w formie pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 587/15:
– 27 marca 2015 r. – Zakładu Zieleni sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
– 30 marca 2015 r. – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „N.R." sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania obu zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności któregokolwiek z przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania Wykonawcy Gamma.

{KIO 587/15, KIO 599/15}

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w którejkolwiek z rozpoznawanych spraw, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, odpowiedziach na odwołania, pismach złożonych w toku postępowania odwoławczego {pismo Przystępującego Zakładu Zieleni z 7 kwietnia 2015 r.} a także odnotowane w protokole rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby obydwaj

Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty, a także, że mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które uniemożliwiają im uzyskanie tego zamówienia, na co, w razie uwzględnienia wniesionego przez siebie odwołania, mogliby liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołań:

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opracowana w następującym układzie: rozdział I – instrukcja dla wykonawców, rozdział II – opis przedmiotu zamówienia, rozdział III – formularz oferty wraz z załącznikami, rozdział IV – istotne postanowienia umowy.

Na stronie tytułowej specyfikacji określono termin realizacji zamówienia jako okres od 1 kwietnia 2015 r. do 31 marca 2019 r. lub do wyczerpania nieprzekraczalnej wartości umowy. Przy czym zgodnie z rozdziałem IV pkt 3.1 s.i.w.z.: *Nieprzekraczalna wartość netto umowy wynosi 3 500 000 zł + podatek VAT, zgodny z przepisami obowiązującymi w dniu*

wystawienia faktury. Wyczerpanie środków *przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację niniejszej umowy przed dniem 31.03.2019 r. spowoduje wcześniejsze jej rozwiązanie.*

W rozdziale I pkt 5 s.i.w.z. w następujący sposób został opisany sposób oceny ofert w ramach ceny jako kryterium o wadze 100%:
W kryterium ceny Wykonawca może otrzymać do 100 pkt w następującym rozbiciu za poszczególne rodzaje usług (czynności):
a) koszt utrzymania porządku na 1 m 2 terenu utwardzonego – [zł] 40 pkt Ci =(Cn : Cx) x 40
b) szacunkowy roczny koszt pielęgnacji terenów zielonych – [zł] 40 pkt Ci = (Cn : Cx) x 40
c) koszt jednostkowy wywozu 1 m 3 śniegu *– [m 3] 10 pkt Ci = (Cn : Cx) x10*
d) koszt jednostkowy 1 roboczogodziny – [rbh] 5 pkt Ci = (Cn : Cx) x 5
e) wielkość narzutu do kosztu zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków *ochrony roślin i nawozów – [%] 5 pkt Ci = (Cn : Cx) x 5*
gdzie:
Ci – otrzymana ilość punktów za każdy rodzaj usługi (a-e)
Cn – najniższa zaoferowana cena za dany rodzaj usługi (a-e)
Cx – cena rodzaju usługi rozpatrywanej oferty (a-e)
Zaoferowane ceny muszą być większe od zera.
Zostanie wybrana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów C (za wszystkie wymienione czynności), zgodnie z wzorem C= ∑ Ci (a-e).

Rozdział II s.i.w.z. składa się z trzech zasadniczych pkt: I. *Przedmiot zamówienia,* II. *Zakres prac objętych niniejszym zamówieniem* i III. *Wynagrodzenie.*

Zgodnie z pkt I.1. przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie całorocznego utrzymania porządku na obszarach utwardzonych na terenie będącym w zarządzie Kancelarii Sejmu (chodnikach, schodach, jezdniach, parkingach, podjazdach dla osób niepełnosprawnych o łącznej powierzchni 21 473 m 2 oraz całorocznego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni o łącznej powierzchni 27 365 m 2 .

W pkt II.1. sprecyzowano zakres prac objętych utrzymaniem porządku na obszarach utwardzonych, w tym jako:
– usuwanie ręczne i maszynowe wszelkich zanieczyszczeń, w tym plam i zacieków, z terenów utwardzonych, w tym z okładzin kamiennych ściennych budynków, cokołów i murów oporowych, znaków drogowych, tablic informacyjnych zewnętrznych {pkt 1.1. - 1.3};
– likwidację odrastających traw, chwastów i Mochów {pkt 1.4.};
– zbieranie wszelkich nieczystości z terenów zielonych {pkt 1.5.};
– opróżnianie zewnętrznych koszy na śmieci i zewnętrznych popielnic oraz utrzymywanie ich, a także altan śmietnikowych i miejsc do składowania odpadów, we właściwym stanie

czystości {pkt 1.6. - 1.7.};
– usuwanie skutków zimy {pkt 1.9.}, w tym: usuwanie śniegu ręczne lub mechaniczne, z pryzmowaniem śniegu w razie obfitych opadów {pkt 1.9.1.}, zwalczanie śliskości zimowej przez: po pierwsze – usuwanie z nawierzchni lodu, zlodowaciałego lub ubitego śniegu, ręcznie lub przez zastosowanie środków chemicznych, po drugie – zapobieganie śliskości przez posypywanie oczyszczonej nawierzchni piachem lub środkiem chemicznym, przy czym zastrzeżono użycie środków nie gorszych (pod względem wpływu na degradację środowiska naturalnego) niż chlorek wapnia {pkt 1.9.3.}

W pkt II.2. określono harmonogram prac porządkowych, w tym że:
– codzienne utrzymanie porządku na obszarach utwardzonych odbywa się od poniedziałku do piątku (sprecyzowany teren – również w sobotę) w godzinach porannych, z efektem na godzinę 7:00 {pkt 2.1.};
– w powyższe dni utrzymywanie terenu na bieżąco w czystości w godz. od 7:00 do 16:00 wymaga zapewnienia co najmniej dwóch osób w dyspozycji Zamawiającego {pkt 2.2.};
– utrzymanie na bieżąco czystości w godz. od 16:00 do zakończenia obrad, nie dłużej jednak niż do godz. 22:00, w dniach posiedzeń Sejmu, średnio 10 dni w miesiącu, wymaga zapewnienia co najmniej jednej osoby w dyspozycji Zamawiającego {pkt 2.3.};
– usuwanie skutków zimy w ramach codziennego utrzymania porządku odbywa się w godzinach nocnych i porannych, z efektem na godz. 7:00 (7:30 w sobotę dla sprecyzowanego terenu) {pkt 2.4.};
– rozpoczęcie prac ma nastąpić nie później niż w ciągu jednej godziny od momentu rozpoczęcia opadów śniegu w ciągu dnia, w tym usunięcie śniegu i lodu w godz. od 7:00 do 16:00 w dni robocze, przez zapewnienie nie mniej niż 10 pracowników i przynajmniej 1 pracownika nadzoru w dyspozycji Zamawiającego, a w dni posiedzeń Sejmu od godz. 16:00 do zakończenia obrad, przez zapewnienie co najmniej 1 osoby w dyspozycji Zamawiającego {pkt 2.5};
– pełnienie w dni wolne od pracy i święta dyżuru na wezwanie Zamawiającego {pkt 2.6}.

W pkt II.3. sprecyzowano zakres i sposób wykonywania pielęgnacji zieleni.

Pkt II. 3.1. co do określenia czynności składających się na całoroczną pielęgnację terenów zielonych odsyła do załącznika nr 7. W załączniku tym wyszczególniono 39 rodzajów czynności, przy czym dla każdej określono zwięźle technologię prac oraz podano szacunkowe powierzchnie (w m^2) {de *facto* dla niektórych czynności w m^3} albo ilości (w szt.) oraz szacowane krotności ich wykonywania w odniesieniu do 1 roku, w tym {w nawiasie opis technologii}:
– koszenie trawników {Cięcie *trawy na wysokości 4-6 cm z podkoszeniem przy elementach architektonicznych, nawierzchniach, drzewach, skupinach krzewów i rabatach itp. z*

całkowitym usunięciem pokosu. Pokos należy usunąć bezpośrednio po koszeniu. Wywóz trawy i zanieczyszczeń} – 15000 m^2 – 18 razy {pkt 1};
– zakładanie trawnika z siewu, zakładanie trawnika darniowego z rolki – po 500 m^2 – po 1 razie {pkt 2 - 3};
– renowacja trawnika {Renowacja *trawnika powinna być wykonana z zastosowaniem aeratora. Po aeracji trawnik należy wygrabić a urobek usunąć i wygrabić}* – 15000 m^2 – 1 raz {pkt 4};
– pielenie żywopłotów i skupin krzewów {Płytkie *spulchnianie gleby oraz usuwanie ręczne chwastów z systemem korzeniowym (w tym samosiewów) oraz odcięcie brzegów otaczającego trawnika. Usunięcie i wywiezienie urobku winno nastąpić natychmiast po zakończeniu prac}* – 2500 m^2 – 6 razy {pkt 5};
– cięcie formujące żywopłoty lub skupiny roślin {Cięcie *obejmuje wszystkie płaszczyzny* żywopłotu *po linii odrostów pędów tegorocznych. Usunięcie i wywiezienie urobku winno nastąpić natychmiast po zakończeniu prac}* – 2000 m^2 – 2 razy {pkt 6};
– cięcie formujące krzewy o podanym obwodzie (wyszczególniono 5 zakresów) pędu głównego {Przycinanie *pędów mające na celu zagęszczenie krzewu i nadanie odpowiedniej formy. Usunięcie i wywiezienie odciętych pędów winno nastąpić natychmiast po zakończeniu prac* – łącznie 800 szt. – 1 raz {pkt 6 - 11};
– cięcie pielęgnacyjne krzewów (w tym odmładzanie) o podanym obwodzie

(wyszczególniono 5 zakresów) pędu głównego {Usunięcie *przekwitłych kwiatostanów, suchych i uszkodzonych części roślin, odmładzanie, w zależności od gatunku i wieku, według wskazań przedstawiciela Zamawiającego. Usunięcie i wywiezienie urobku winno nastąpić natychmiast po zakończeniu prac* – łącznie 800 szt. – 1 raz {pkt 12 - 16};
– mulczowanie korą skupin krzewów i żywopłotów {Kompostowaną *korę drzew iglastych rozłożyć warstwą o odpowiedniej grubości. Przyjmuje się, że 1,5 m 2 powierzchni pokrywa 80 litrów}* – 2500 m 2 – 1 raz {pkt 17};
– wycinka krzewu o podanym obwodzie pędu głównego (wyszczególniono 5 zakresów) {Wycinka *krzewu oraz usunięcie systemu korzeniowego na głębokości 0,5 m. Usunięcie i wywiezienie urobku winno nastąpić natychmiast po zakończeniu prac* – łącznie 50 szt. – 1 *raz {pkt 18 - 22};*
– wycinka drzew {opis jw.} oraz pielęgnacja drzew starszych – łącznie 15 szt. – 1 raz {pkt 23 - 24};
– sadzenie różnych krzewów (wyszczególniono 3 kategorie) i przesadzenie krzewów starszych {pkt 25 -28}, sadzenie bylin oraz traw ozdobnych {pkt 29} – łącznie 410 szt. – 1 raz;
– sadzenie kwiatów sezonowych, cebul tulipanów {wspólny dla tych poz. opis: *złożenie*

istniejącej linii kroplującej, uprawa gleby na głębokości min. 0,30 m, wygrabienie z wybraniem i wywozem zanieczyszczeń, zastosowanie warstwy materiału użyźniającego o grubości 0,02 m, sadzenie kwiatów, rozłożenie istniejącej linii kroplującej, odcięcie {pkt 29 - 32}, drzew *brzegów otaczającego trawnika, kwiatów do donic* {zbliżony opis}
{pkt 39} – łącznie 6005 – 1 raz, z wyjątkiem sadzenia kwiatów do donic – 2 razy;
– grabienie jesienne i wiosenne liści – łącznie 125 m 3 – 1 raz {pkt 33 - 34};
– oprysk drzew starszych {opis jn.} – 25 szt. – 1 raz {pkt 35};
– oprysk roślin iglastych, liściastych, trawników i żywopłotów {Oprysk *odpowiednimi* środkami *chemicznymi roślin liściastych i* żywopłotów} – 20000 m 2 – 2 razy {pkt 36};
– nawożenie trawników {Wykonanie *nawożenia przy użyciu „AZOFOSKA" w Sawce 5 kg na 100 m 2 lub innego nawozu mineralnego wieloskładnikowego w dawce zalecanej przez producenta}* – 15000 m 2 – 1 raz {pkt 37};
– nawożenie skupin krzewów, żywopłotów i rabat bylinowych {opis jw.} – 2500 m 2 – 1 raz {pkt 38};

Odnośnie wykonywania pielęgnacji terenów zielonych zastrzeżono, że:
– odbywa się ona od poniedziałku do piątku od godz. 8:00 do 16:00 przez zapewnienie dwóch osób w dyspozycji Zamawiającego {pkt 3.2.};
– wykonywanie prac przy użyciu sprzętu mechanicznego należy każdorazowo uzgodnić z Zamawiającym {pkt 4};
– wykonawca jest zobowiązany do zakupu materiału roślinnego (za którego jakość odpowiada), ogrodniczego, środków ochrony roślin i nawozów po akceptacji Zamawiającego {pkt 5}.

W pkt III. zawarto następujące postanowienia odnośnie wynagrodzenia:
1. Wynagrodzenie miesięczne za wykonanie usługi całorocznego utrzymania porządku na terenach utwardzonych zostanie obliczone w następujący sposób:
– cena za utrzymanie porządku na 1 m 2 powierzchni utwardzonej zostanie pomnożona przez faktyczną liczbę m 2 powierzchni terenu Kancelarii Sejmu objętej usługą utrzymania porządku w danym miesiącu.
2. Wynagrodzenie miesięczne za wykonanie usługi całorocznej pielęgnacji terenów zielonych zostanie obliczone w następujący sposób:
2.1. Cena jednostkowa za czynności pielęgnacji terenów zielonych pomnożona przez faktyczną liczbę / powierzchnię wykonanych czynności w danym miesiącu,
2.2. W przypadku zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków *ochrony roślin i nawozów Wykonawca ma prawo doliczenia narzutu [%] do wartości netto faktury za wyżej wymienione materiały.*
3. Wynagrodzenie miesięczne za pełnione dyżury: w przypadku dyżurów w dni wolne

od pracy i święta *wynagrodzenie zostanie obliczone w następujący sposób:*
– podwojona stawka roboczogodziny zostanie przemnożona przez ilość przepracowanych roboczogodzin dyżuru, bez względu na rodzaj i rozmiar wykonywanych robót. Zamawiający będzie korzystał z dyżuru sporadycznie.
4. Wynagrodzenie miesięczne za przepracowane roboczogodziny: w przypadku wystąpienie innych czynności, nieokreślonych w przedmiocie zamówienia, Zamawiający zapłaci wynagrodzenie za każde rozpoczęte 30 minut wykonywania wskazanych czynności przez pracowników Wykonawcy, obliczone w następujący sposób:
– stawka roboczogodziny zostanie przemnożona przez liczbę przepracowanych roboczogodzin wykonywania czynności nieokreślonych w przedmiocie zamówienia w danym miesiącu, bez względu na rodzaj i rozmiar wykonywanych robót.
5. Wynagrodzenie miesięczne za wywóz nadmiaru śniegu *zostanie obliczone w następujący sposób:*
– cena za wywóz 1 m 3 zostanie pomnożona przez ilość wywiezionych m 3 śniegu.
5.1. W przypadku stwierdzenia składowania śniegu *w pryzmach o wysokości wyższej niż 1,5 m lub stanowiących przeszkodę dla ruchu kołowego lub pieszego, Zamawiający może podjąć decyzję o wywozie nadmiaru* śniegu.
5.2 Nadmiar śniegu *będzie wywożony na* życzenie *Zamawiającego. O ilości i kolejności wywożenia decyduje Zamawiający*.

Zgodnie z zawartym w rozdziale III SIWZ formularzem oferty wykonawca miał odrębnie podać {w zł netto brutto oraz stawki % VAT, z wyj. wielkości narzutu}:
1) koszt utrzymania porządku na 1 m 2 powierzchni utwardzonej;
2) szacunkowy koszt pielęgnacji terenów zieleni według zestawienia czynności w odniesieniu do 1 roku, co wymagało uprzedniego wyliczenia kosztów dla każdej z 39 czynności na podstawie danych podanych w załączniku nr 7 i przyjętej ceny jednostkowej, a następnie zsumowania wartości wszystkich pozycji, a także podania w % wielkości narzutu do zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów;
3) ceny za wywóz 1 m 3 śniegu;
4) stawki roboczogodziny.

W rozdziale IV zawarto w szczególności postanowienia odzwierciedlające powyższy opis przedmiotu zamówienia i zasady wynagradzania, a ponadto, że sprecyzowano dodatkowo, że:
– do wykonania usług wykonawca użyje sprzętu mechanicznego oraz własne środki chemiczne posiadające wymagane atesty {pkt 1.1.4) i 1.2.6)};
– wymagane jest, aby pracownicy wykonawcy obsługujący sprzęt posiadali odpowiednie uprawnienia oraz wykonywali swoją pracę w odzieży roboczej identyfikującej wykonawcę,

posiadali identyfikatory osobiste oraz byli wyposażeni w niezbędne środki ochrony indywidualnej {pkt 1.1.8) i 1.2.8};
– wykonawca ma skierować do realizacji umowy w zakresie pielęgnacji terenów zielonych nie mniej niż 2 pracowników i przynajmniej 1 pracownika nadzoru {o pracowniku nadzoru nie wspomniano uprzednio} {pkt 1.2.9)};
– wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia dziennika prac ogrodniczych, a Zamawiający do prowadzenia miesięcznego zestawienia wykonanych prac ogrodniczych {pkt 3.3}
– obustronnie podpisane miesięczne zestawienie wykonanych prac ogrodniczych stanowi podstawę sporządzenia protokołu odbioru tych prac {pkt 3.4}.
– za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie miesięczne wyliczane na podstawie cen podanych w ofercie i podpisanego przez obie strony protokołu odbioru odpowiednio: prac porządkowych lub prac ogrodniczych, w tym ostatnim przypadku wykonawca do faktury załącza kopie faktur za zakupiony materiał roślinny, materiały ogrodnicze, środki ochrony roślin i nawozy {pkt 3.5}.

Z pkt 5.1. 1) wynika, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić, jeżeli wzrost cen będzie mnie mniejszy niż 2% w stosunku do poprzedniego roku; wynagrodzenie

może być waloryzowane corocznie, każdorazowo na wniosek wykonawcy, o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem publikowany przez Prezesa GUS w Monitorze Polskim, jednak pierwsza waloryzacja może nastąpić w 2017 r., od następnego miesiąca po ogłoszeniu wskaźnika za 2016 r.

Przed upływem terminu składania ofert wpłynęło do Zamawiającego osiem ofert, w których wskazano następujące stawki lub kwoty netto w zł (z wyj. narzutu w %) {kwoty brutto są większe o kwotę podatku VAT wg stawki 8%}

Roczny koszt Skrócone oznaczenie Koszt 1 m 2 Wywóz 1 m 3 Stawka L.p. dla terenów Narzut (%)
wykonawcy pow. utwardz. śniegu roboczogodziny zielonych
1. Gamma 2,50 14012,50 0,01 10,00 7,00 2. AG-Complex 16,71 254105,00 8 55,00 17,00
3. Konsorcjum NR 0,35 371140,00 0,01 39,00 12,50 4. Awima 1,81 3737,55 0,01 0,10 13,46
5. Zakład Zieleni 1,10 147670,00 7,5 80,00 18,00 6. A&M Partners 1,09 166875,00 5 380,0 12,00
7. Konsorcjum DC System 1,23 210487,00 1 30,00 12,50 8. Konsorcjum FBSerwis 1,65 232025,00 2 50,00 18,00

W załączonym do oferty Wykonawcy Gamma wykazie osób {załącznik nr 3} wymieniono 16 osób, w tym:
– 1 osobę do kierowania i nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem prac pielęgnacji

terenów zielonych;
– 1 osobę do koordynacji prac w zakresie pielęgnacji zieleni oraz sprzątania terenów utwardzonych {pkt 2 wykazu};
– 1 osobę do koordynacji i nadzoru prac w zakresie interwencyjnego odśnieżania w przypadku opadów śniegu;
– 4 osoby do sprzątania terenów utwardzonych, pielęgnacji terenów zielonych, odśnieżania, utrzymania na bieżąco czystości terenu {pkt 3 - 6 wykazu};
– 9 osób do sprzątania terenów utwardzonych, pielęgnacji terenów zielonych, interwencyjnego odśnieżania w przypadku opadów śniegu {pkt 7 - 15 wykazu}.

Pierwotnie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez AWIMA B. W. sp. j. z siedzibą w Józefowie {dalej: „Awima”}. Na skutek uwzględnienia poprzednich odwołań obecnych Odwołujących wyrokiem z 24 lutego 2015 r. (sygn. akt: KIO 236/15, KIO 241/15) Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie tego wyboru, a przy powtórzeniu badania i oceny ofert – odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba oddaliła odwołanie Gamma w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Awima jako zawierającej rażąco niską cenę, gdyż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie zostały złożone w ramach procedury z art. 90 pzp.

Uprzednio Zamawiający pismami z 15 stycznia 2015 r. wzywał – podając, że działa na podstawie art. 26 ust. 4 pzp – m. in. następujących wykonawców do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie:
– Awima – szacunkowego rocznego kosztu pielęgnacji terenów zieleni, który jest niższy prawie 4-krotnie od następnej w kolejności oferty i prawie 100-krotnie od najdroższej w tym zakresie oferty, a także kosztu wywozu 1 m 3 śniegu, który znacznie odbiega od pozostałych ofert, w tym jest 100-krotnie niższy od następnej w kolejności oferty i 3800-krotnie od najdroższej w tym zakresie oferty;
– Gamma – szacunkowego rocznego kosztu pielęgnacji terenów zieleni, który jest niższy ponad 10-krotnie od następnej w kolejności oferty i ponad 26-krotnie od najdroższej w tym zakresie oferty;
– Konsorcjum NR – kosztu utrzymania porządku na 1 m 2 powierzchni utwardzonej, który jest najniższy spośród złożonych ofert, niższy ponad 3-krotnie od oferty następnej w kolejności i prawie 48-krotnie od najdroższej w tym zakresie oferty.

Przy powtórnym badaniu ofert Zamawiający pismami z 9 marca 2015 r. wzywał w trybie art. 90 ust. 1 pzp, w związku z tym, że zaoferowana przez nich cena za dany

element przedmiotu zamówienia (podlegający odrębnej ocenie wg powyżej przytoczonego sposobu oceny ofert w kryterium ceny) jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej we wszystkich złożonych ofertach, m.in. następujących wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość poszczególnych cen:
– Zakładu Zieleni – kosztu utrzymania porządku na 1 m 2 powierzchni utwardzonej;
– Gamma – wszystkich elementów, z wyjątkiem kosztu utrzymania porządku na 1 m 2 powierzchni utwardzonej;
– Konsorcjum NR – kosztu utrzymania porządku na 1 m 2 powierzchni utwardzonej, kosztu wywozu 1 m 3 śniegu oraz wielkości narzutu do kosztów zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów.

W piśmie z 11 marca 2015 r. Wykonawca Gamma na wstępie oświadczył, że *zaproponowanie poszczególnych cen było możliwe z uwagi na oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia dostępnych dla firmy GAMMA, a także pomocy publicznej udzielonej na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.*

Następnie powołał się na wypracowanie rozwiązań technicznych i organizacyjnych pozwalających na obniżenie kosztów usług dzięki niemal 4-letniemu wykonywaniu ich na rzecz Zamawiającego.

Przy wyjaśnianiu zaoferowania 14.012,50 zł {błędnie nazywaną kwotą brutto, która w rzeczywistości wynosi 15.133,40 zł} jako szacunkowego rocznego kosztu pielęgnacji terenów zielonych Wykonawca Gamma powołał się na kalkulację, która według jego słów była podstawą ustalenie ceny, a przedstawia *ilość założonych jednostek (szt., m2) wyszczególnionych w ofercie czynności do wykonania w ciągu 1 godziny, łączną cenę za wykonanie w ciągu 1 godziny czynności, a także koszty związane z jej wykonaniem i zakładany zysk, w tym także dodatkowy przychód ze sprzedaży biomasy oraz odpadów drzewnych.*

Kalkulacja ta sprowadza się do tabeli wyszczególniającej 39 czynności i ich ceny jednostkowe z formularza ofertowego, dla których podano dodatkowe informacje, jak na poniższym przykładzie:

Ceny L.p. Wyszczególnienie Ilość Całkowity Dodatkowy Całkowite Koszt Zysk jednostkowe
1. Koszenie trawników 0,02 1700,00 34,00 1,00 20,00 13,00 1,00 4. Renowacja trawnika 0,10 180,00 18,00 0,00 16,00 1,00 1,00
Pielenie ywopłotów 5. 0,01 1700,00 17,00 0,00 16,00 0,50 0,50 i skupin krzewów

Ceny L.p. Wyszczególnienie Ilość Całkowity Dodatkowy Całkowite Koszt Zysk jednostkowe
Cięcie formujące 6. ywopłoty lub skupin 0,10 200,00 20,00 2,00 16,00 3,50 0,50
roślin Mulczowanie korą
skupin krzewów i 17. 0,02 1050,00 21,00 0,00 19,00 0,50 1,50 ywopłotów
Oprysk roślin iglastych, liściastych, trawników i 36. 0,02 1000,00 20,00 0,00 19,00 0,50 0,50
ywopłotów Nawo enie trawników 37. 0,02 1000,00 20,00 0,00 19,00 0,50 0,50
Nawo enie skupin krzewów, ywopłotów i 38. 0,02 1000,00 20,00 0,00 19,00 0,50 0,50
rabat bylinowych

Jako wyjaśnienie *poszczególnych pozycji i jej elementów ww. kalkulacji,* wykonawca Gamma powołał się na:
– posiadanie na własność całego sprzętu do wykonywania usługi, który został zamortyzowany w trakcie realizacji dotychczasowego zamówienia na rzecz Zamawiającego, *co spowodowało obniżenie ceny z uwagi na znaczne obniżenie kosztów wykonywania usługi* średnio *o ponad 50 %;*
– korzystanie przy koszeniu trawników z samojezdnej kosiarki AmazoneProfihopper 1250 zDrive oraz kosiarki samobieżnej Adela, każda o wydajności 5000-6000 m 2 /h i koszcie paliwa średnio 5 - 7 zł, co podnosi wydajność pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę {do

wyjaśnień załączono specyfikację obu urządzeń};
– zamiar skierowania do prac osób, których doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju usług wynosi od 3 do 15 lat, co w połączeniu z użyciem nowoczesnego sprzętu pozwoli na optymalizację kosztów;
– dysponowanie 10 osobami do realizacji sprzątania terenów utwardzonych przy opadach śniegu, przy wymaganiu zapewnienia 2 osób do wykonywania pielęgnacji terenów zielonych, umożliwiające skierowanie pozostałych osób również do wykonywania czynności związanych z tą pielęgnacją;
– skierowanie do wykonywania usług pielęgnacji terenów zielonych osób niepełnosprawnych, na które otrzymuje jako pracodawca dofinansowanie z PFRON;
– uzyskiwanie dodatkowych przychodów ze sprzedaży odpadów drzewnych oraz biomasy uzyskiwanych przy czynnościach z pkt 1, 4, 6 - 16, 18 - 24 i 29 załącznika nr 7 do s.i.w.z., co pomniejsza koszt wykonywania kosztów tych czynności *o ok. 50 zł/m 3 surowców związanych z ich wywozem, przez co zostały obniżone koszty pracy oraz koszty sprzętu i jego eksploatacji* {do wyjaśnień załączono dwie umowy z 1 października 2014 r. zawarte z dwoma przedsiębiorcami}.

Ponadto odnośnie zatrudniania osób niepełnosprawnych odesłano do wyjaśnień

dotyczących kosztu jednostkowego 1 roboczogodziny na poziomie 7,56 zł brutto.

W tej części wyjaśnień Wykonawca Gamma wskazał, że na podstawie art. 26a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych otrzymuje jako pracodawca miesięczne dofinansowanie z PFRON w wysokości odpowiednio:
– 405,93 zł/m-c dla osoby wskazanej w pkt 10 załącznika nr 3 do oferty (zastrzegając, że osoba ta nie przepracowała pełnego miesiąca, a normalnie comiesięczne dofinansowanie tej osoby wynosi 1.125,00 zł);
– 1.576,71 zł zł/m-c dla osoby wskazanej w pkt 11 załącznika nr 3 do oferty;
– 1.125,00 zł zł/m-c dla osoby wskazanej w pkt 2 załącznika nr 3 do oferty;

Wykonawca podsumował, że powyższe dofinansowanie ma wpływ na wysokość kosztu jednostkowego 1 roboczogodziny, gdyż pozwala na jego obniżenie o ponad połowę.

Na przykładzie osoby z największym dofinansowaniem Wykonawca Gamma obliczył, że po odjęciu tej kwoty od całkowitego kosztu jej zatrudnienia w wysokości 2.160,00 zł, miesięczny koszt jej zatrudnienia wynosi 588,29 zł, co przy średniej liczbie 168 godzin w miesiącu daje koszt roboczogodziny 3,50 zł.

Na końcu Wykonawca Gamma wspomniał, że zamierza zwiększyć udział osób niepełnosprawnych przy świadczeniu swoich usług.

Do wyjaśnień załączono wypełnione wnioski Wn-D o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzenia dla osób wymienionych w wyjaśnieniach za styczeń 2015 r., potwierdzające powyższe dane, z których ponadto wynika, że:
– w okresie sprawozdawczym Gamma zatrudniała ogółem 16 pracowników, w tym 4 osoby niepełnosprawne, a średni stan zatrudnienia za 12 miesięcy poprzedzające ten okres wynosił w przeliczeniu 14,8 osoby, w tym 4,17 niepełnosprawnych;
– osoba z największym dofinansowaniem ma znaczny stopień niepełnosprawności, a pozostałe dwie osoby – umiarkowany.

W piśmie z 12 marca 2015 r. Konsorcjum NR wyjaśniło, że zaoferowana cena jednostkowa w wysokości 0,35 zł netto za utrzymanie porządku na 1 m 2 *jest ceną rynkową i została wyliczona z należytą starannością na podstawie wnikliwej analizy warunków realizacji przedmiotu zamówienia określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwzględnieniem aktualnych i zakładanych czynników składających się na tę cenę, a więc robocizny, materiałów i sprzętu oraz bogatego doświadczenia Konsorcjum w* świadczeniu *usług będących przedmiotem zamówienia niniejszego postępowania.*

Jako główny element cenotwórczy Konsorcjum zidentyfikowało koszty robocizny, które zostały *ustalone na poziomie 76.800,00 zł w skali roku, co stanowi* średniomiesięczny *koszt w wysokości 6 400,00 zł.*

Jako kolejny czynnik cenotwórczy Konsorcjum wskazało *koszty sprzętu oraz koszty* środków *chemicznych,* środków *uszarstniających, kosztów paliwa, kosztów ustawienia pojemników na piasek w miejscach wskazanych przez Zamawiającego, których* średniomiesięczne *koszty Wykonawca wyliczył na kwotę 700,00 zł.*

Ponadto Konsorcjum powołało się na to, że *jako wykonawca działający od lat w branży związanej z całorocznym oczyszczaniem nawierzchni utwardzonych ulic i chodników (ścieżek rowerowych, miejsc parkingowych, przejść podziemnych, podjazdów dla osób niepełnosprawnych) dysponuje bogatą bazą sprzętową oraz wykwalifikowaną kadrą operatorów.* Przy czym większa część sprzętu została zamortyzowana, *co pozwala na obniżenie cen jego stosowania w stosunku do obowiązujących cen rynkowych za daną usługę.*

Ponadto Konsorcjum wskazało, że wpływ na ustalenie powyższej stawki ma jednoczesna realizacja kliku wieloletnich kontraktów o tożsamym charakterze jak przedmiot zamówienia, zarówno w Warszawie, jak i okolicach, *co wpływa na wysokość zarówno kosztów pośrednich (koszty bazy, administracyjne, zarządu, w tym ubezpieczeń) które rozkładane są na większą ilość kontraktów oraz kosztów bezpośrednich związanych z kupnem materiału – zawierane wieloletnie kontrakty, uzyskiwane duże upusty przy zakupie, obniżenie kosztów zakupu i przechowywania (w załączeniu wykaz zawartych przez Wykonawców kontraktów – załącznik nr 1).*

Powyższe ma umożliwiać elastyczne dysponowanie zarówno sprzętem, jak i osobami wykonującymi prace porządkowe.

Konsorcjum oświadczyło, że przy wycenie wzięło pod uwagę przewidzianą w SIWZ waloryzację wynagrodzenia.

Finalnie Konsorcjum powołało się na przekazane 20 stycznia 2015 r. Zamawiającemu kopie umów wraz z formularzami cenowymi, które realizuje obecnie zarówno w Warszawie, jak i Łodzi. Dodatkowo na potwierdzenie należytego wykonania tych prac załączył referencje wystawione w lutym 2015 r. przez dwóch zamawiających.

Do wyjaśnień z 20 stycznia 2015 r. Konsorcjum NR załączyło kopie 4 umów:
– umowy zawartej 22 listopada 2014 r. z Miastem Stołecznym Warszawa Dzielnica Mokotów na zimowe oczyszczanie ulic gminnych i dróg wewnętrznych na terenie dzielnicy Mokotów, przy czym z załącznika nr 8 wynika, że np. stawka 0,01 zł/ m ^{2} za ośnieżanie chodników (ręczne lub mechaniczne) przy liczbie 3 akcji do 30 listopada 2014 r., a w okresie do 20 kwietnia 2015 r. stawka 0,012 zł / m ^{2} za tę samą czynność przy liczbie 11 akcji;
– umowy zawartej 31 grudnia 2012 r. z Miastem Łódź na letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych w rejonie I obejmującym obszar Zimna Woda-Żabieniec, bez załączników określających wykaz czynności objętych umową i ich ceny

Sygn. akt: KIO 587/15 KIO 599/15

jednostkowe;
– umowy zawartej 14 listopada 2013 r. z Miastem Stołecznym Warszawą Dzielnicą Ursynów na zimowe utrzymanie ulic i chodników w psach dróg na terenie dzielnicy Ursynów w latach 2013 - 2016, gdzie np. dla ręcznego płużenia śniegu z uszosrtnianiem wskazano stawki od 0,01 zł / m ^{2} w 2013 r. do 0,05 zł / m ^{2} w 2016, przy czym obowiązuje wykonywanie usług w ramach akcji związanych z opadami lub żądaniem zamawiającego;
– umowy zawartej 19 grudnia 2014 r. z Miastem Stołecznym Warszawa – Zarządem Oczyszczania Miasta na całoroczną pielęgnację zieleni niskiej (trawniki, krzewy, różanki, byliny) oraz utrzymaniu czystości i konserwacji elementów małej architektury na terenach zieleni położonych wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych w dzielnicach Wawer i Wesoła, gdzie wyszczególnione w załączniku nr 1 prace dotyczą utrzymania terenów zielonych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku

do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie

z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" lub „uznk"} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołujących jako niewykazujące, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny za pielęgnację terenów zieleni (oferta Odwołującego Gamma) czy utrzymanie porządku na terenach utwardzonych (oferta Konsorcjum NR). Zamawiający miał podstawy uznać jednocześnie, że zaniżenie cen w tych elementach przedmiotu zamówienia stanowi przejaw nieuczciwego manipulowania tymi cenami w celu uzyskania lepszej punktacji wg przyjętego systemu oceny ofert w kryterium ceny. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił te oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 pzp jako zawierające rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego Izby oczywiste jest, że w tej sprawie obie wskazane przez Zamawiającego podstawy odrzucenia pozostają ze sobą w ścisłej korelacji, gdyż stwierdzenie rażącego zaniżenia cen legło u podstaw uznania tych cen za znamię czynu nieuczciwej konkurencji.

Skład orzekający podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 24 lutego 2015 r. (sygn. akt: KIO 236/15, KIO 241/15), który dotyczył tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, co do charakteru cen jednostkowych wskazywanych w ofertach: *Jak to przyznał sam Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą w prowadzonym przez niego postępowaniu „nie było ceny globalnej, do której można było się odnieść". Izba podziela tę ocenę. W treści SIWZ zostało bowiem opisane szereg usług, które mogły być i miały (zgodnie z postanowieniami SIWZ, w szczególności zapisów rozdziału II – Opis przedmiotu Zamówienia i rozdziału IV – Istotne postanowienia umowy)* świadczone *niezależnie od siebie i wynagradzane tylko w takim stopniu, w jakim zostałyby w danym miesiącu wykonane i zgodnie potwierdzone przez strony umowy. Tak ukształtowane wynagrodzenie uznać należy za wynagrodzenie kosztorysowe. Wagę znaczenia poszczególnych cen jednostkowych (z zastrzeżeniem odmiennego potraktowania cen za*

realizację usług z zakresu pielęgnacji terenów zielonych, gdzie porównaniu został poddany szacunkowy koszt zakładanej ilości wyspecyfikowanych czynności w odniesieniu do jednego roku – co jednakże, zdaniem Izby, nie wpływa na ocenę samego charakteru cen jednostkowych zaoferowanych za realizację każdej z 39 wyspecyfikowanych czynności) podkreślił sam Zamawiający przypisując każdej z tych cen inne znaczenie w procesie oceny oferty (pkt 1.5 SIWZ). Z tego też względu, a w szczególności z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, koniecznym było przyjęcie, że poszczególne ceny jednostkowe winny zostać tak skalkulowane przez wykonawców, aby mogły zostać uznane za realne i zapewniające rentowność wykonania usługi, które wycenę stanowią. Każda z cen jednostkowych stanowić powinna samodzielną i rynkową wycenę usługi, do której się odnosiła.

W ocenie Izby w obu odwołaniach błędnie zinterpretowano powyżej przytoczone stanowisko w odniesieniu charakteru ceny za pielęgnację zieleni w odniesieniu do 1 roku. Wspólną cechą cen jednostkowych za usługi z pkt 1, 3 i 4 oraz cen jednostkowych za poszczególne 39 czynności objętych usługą z pkt 2 formularza oferty jest to, że mają charakter cen kosztorysowych, czyli na etapie realizacji zamówienia wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie kosztorysowe będące iloczynem tych stawek i liczby faktycznie wykonanych jednostek miary, w których wyrażona jest dana usługa. Jednakże przy badaniu wystąpienia rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami ocenianym w ramach kryterium oceny ofert w przypadku usługi pielęgnacji terenów zieleni znaczenie ma również, a nawet przede wszystkim, łączna cena wyliczona zgodnie z tabelą zawartą w pkt 2 formularza ofertowego, czyli szacunkowy koszt wykonywania w okresie roku 39 czynności w wymiarze określonym w tej tabeli. Ponieważ w tym przypadku przewiduje się, że taki właśnie zakres czynności będzie zrealizowany w ciągu roku, należy brać pod uwagę realność wyceny tego zbioru jako całości. Z kolei ponieważ ta łączna cena, a nie ceny jednostkowe, jest brana pod uwagę w świetle kryteriów oceny ofert, nieuzasadnione zaniżenie lub zawyżenie tej ceny może świadczyć o manipulowaniu w celu uzyskania wyższej punktacji lub zrekompensowania ceny zaniżonej dla innej usługi.

Jak wynika z przebiegu postępowania po wydaniu powyższego wyroku, Zamawiający przy powtórzonych czynnościach badał, czy zawarte w ofertach ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (oceniane odrębnie w ramach kryterium oceny ofert) są realne i nie zostały celowo zaniżone, aby uzyskać wyższą punktację w ramach przyjętego systemu oceny ofert w kryterium cenowym. W tym celu Zamawiający wzywał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp wszystkich wykonawców, których ceny za dany element przedmiotu zamówienia odbiegały o ponad 30% od średniej arytmetycznej we wszystkich

złożonych ofertach, z wyjątkiem wykonawcy Awima, którego ofertę na mocy powyżej przywołanego wyroku miał uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, którzy domagali się poprzednio odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niskie ceny za pielęgnację zieleni i cenę wywozu śniegu, nie powinni mieć wątpliwości co do znaczenia składanych wyjaśnień. Odwołujący Gamma zaoferował za pielęgnację zieleni cenę ponad dziesięciokrotnie niższą od następnej w kolejności oferty, a Odwołujący Konsorcjum NR zaoferował za utrzymanie porządku na powierzchniach utwardzonych stawkę ponad trzykrotnie niższą od następnej w kolejności oferty. Przy takiej dysproporcji, a także zidentyfikowanych w poprzedniej sprawie zagrożeniach uczciwej konkurencji, Odwołujący powinni złożyć wyjaśnienia, które jednoznacznie wykazywałyby na realność zaoferowanych cen za dany element przedmiotu zamówienia, a tym samym usuwałyby podejrzenie ich zaniżenia dla uzyskania maksymalnej liczby punktów. W tych okolicznościach należało przedstawić kalkulację ceny zawierającą informację co do kosztów pracy, sprzętu, materiałów, innych kosztów, zysku i innych elementów składowych ceny, której towarzyszyć powinny wyjaśnienia i dowody co do realności przyjętych podstaw wyceny.

Aktualne pozostaje stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), że *dla*

zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {podobne stanowisko zostało wyrażone przez ten sąd również w wyrokach z: 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3765/13) oraz 17 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3547/13). W orzecznictwie Izby dodaje się, takie wyjaśnienia powinny wskazywać zarówno co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na jej obniżenie {por. uzasadnienie wyroku Izby z 18 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO 2659/12)}.

W ocenie Izby żaden z Odwołujących nie przedstawił wyjaśnień odpowiadających powyższym kryteriom, czyli takich, które w okolicznościach tego postępowania wykazywałyby, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny odnośnie pielęgnacji terenów zielonych (w przypadku Wykonawcy Gamma) czy utrzymania w czystości powierzchni utwardzonych (w przypadku Konsorcjum NR).

Wyjaśnienia Wykonawcy Gamma nie zawierały wiarygodnej kalkulacji, która odpowiadałaby powyżej wskazanym kryteriom, czyli prezentowała spójne i całościowe obliczenie wykazujące, że wskazana w ofercie cena za pielęgnację zieleni w ciągu roku pozwala na pokrycie kosztów pracy, sprzętu, materiałów eksploatacyjnych i innych elementów związanych z realizację zamówienia w sposób zgodny z opisem przedmiotu

zamówienia, ewentualnie część kosztów stałych funkcjonowania przedsiębiorstwa, a ponadto pozwalała jeszcze na osiągnięcie zysku.

Załączona do pisma z 11 marca 2015 r. tabela wyłącznie nazywa się kalkulacją czynności całorocznej pielęgnacji terenów zielonych, gdyż w rzeczywistości zawiera wyszczególnienie 39 czynności i cen jednostkowych z formularza ofertowego {2 i 3 kolumna}, a następnie podaje liczbę szt. lub m ^{2}, które według objaśnienia w treści wyjaśnień mają być możliwe do wykonania w ciągu godziny {4 kolumna}, co po przemnożeniu przez ceny jednostkowe ma być wyliczeniem przychodu, który jest możliwy do osiągnięcia w ciągu godziny wykonywania danej czynności {5 kolumna}. Po tej kolumnie pojawia się nowy wątek, gdyż następna kolumna {6} ma obrazować tzw. dodatkowy zysk z tytułu przychodów ze sprzedaży odpadów drzewnych i biomasy, które powstaną przy wykonywaniu czynności typu koszenie trawników, cięcie formujące i pielęgnacyjne czy wycinka krzewów i drzew. W przypadku większości spośród tych czynności ten uboczny zysk osiągany przez godzinę ich wykonywania wynosi 1 lub 2 zł, ale przy wycince drzew osiąga rekordowe 100 zł. W następnych dwóch kolumnach {7 z opisem *Całkowite* i 8 z opisem *Koszt}* pojawia się wątek kosztów godzinnego wykonywania danej czynności. Ostania kolumna {9} łączy te wątki matematycznie, gdyż wylicza zysk za godzinę wykonywania czynności przez odjęcie tych kosztów od przychodu z tytułu godzinnego wykonywania danej czynności. W ten sposób matematycznie Wykonawcy Gamma udało się wyliczyć zysk za godzinę realizacji każdej czynności na poziomie, w zależności od rodzaju czynności, od 0,50 zł do 2,00 zł, nie licząc powyżej opisanego tzw. zysku dodatkowego.

Abstrahując od dyskusyjnej realności założonej wydajności {bezpośrednio przekładającej się na zakładany zysk}, co w wyjaśnieniach zostało uzasadnione konkretniej w odniesieniu do czynności koszenia trawy wydajnością posiadanych kosiarek, a już bardzo ogólnikowo doświadczeniem personelu i nowoczesnością sprzętu {w domyśle innego niż kosiarki}, nie wiadomo skąd się wzięły kwoty kosztów wstawione w kolumnach 6 i 7. Wyjaśnienia zawierają bowiem jeszcze tylko informację o godzinowym koszcie paliwa do kosiarek, co ponownie odnosi się wyłącznie do czynności koszenia trawy, oraz, przez odesłanie do innej części wyjaśnień, o koszcie roboczogodziny. Jednakże biorąc pod uwagę, że wynosi on średnio 7,00 zł netto, a założony koszt czynności w samej kolumnie 7 waha się od 16,00 do 26,00 zł, Odwołującemu mogło się wydawać, że udała mu się sztuka wykazania Zamawiającemu, jak za kwotę 15.133,50 zł rocznie można z zyskiem wykonywać czynności objęte usługą pielęgnacji terenów zieleni.

W rzeczywistości taki sposób kalkulacji, podobno oparty na wieloletnim doświadczeniu Wykonawcy Gamma w wykonywaniu tego typu usług, w tym dla Zamawiającego, zupełnie abstrahuje od rzeczywistości nie tylko ekonomicznej, ale przede

wszystkim od realiów wykonywania usługi pielęgnacji zieleni kształtowanych przez postanowienia s.i.w.z. Umknęło uwadze Odwołującego, że Zamawiający wymaga, aby przez pięć dni w tygodniu, od poniedziałku do piątku, do jego dyspozycji pozostawały dwie, a nawet trzy osoby (wliczając osobę nadzorującą). Według wyliczeń z odpowiedzi na odwołanie {obarczonych niewielkim błędem wynikającym z wzięcia pod uwagę kwoty netto a nie brutto}, nawet przy założeniu kosztów roboczogodziny maksymalnie zredukowanych przez dofinansowanie dla osób niepełnosprawnych, zaoferowana cena za roczne wykonywanie pielęgnacji zieleni wystarczyłaby na pokrycie około połowy kosztów rocznego wynagrodzenia osób.

Należy jednak zauważyć, że Odwołujący w wykazie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia wskazał tylko trzy osoby niepełnosprawne objęte dofinansowaniem, z czego dwie do pracy w terenie, a jedna do koordynacji, spośród których tylko jedna objęta jest dofinansowaniem w najwyższej kwocie, a jednocześnie jest to osoba ze znacznym stopniem niepełnosprawności, co uprawnia ocenę Zamawiającego, że nie będzie mogła obsługiwać ogrodniczego sprzętu mechanicznego, a także wykonywać niektórych innych prac. Z kolei sam zamiar zatrudnienia w przyszłości większej liczby osób niepełnosprawnych jest tylko deklaracją, której wiarygodność można oceniać przez pryzmat wynikającej z załączonego do wyjaśnień dokumentu informacji, że średniorocznie Wykonawca Gamma zatrudniał 4 osoby niepełnosprawne.

Wracając do doświadczeń z realizacji tego typu usług, zarysował się olbrzymi rozdźwięk pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. Według Odwołującego możliwe jest wypielęgnowanie w ciągu godziny jednego starszego drzewa za 30 zł, przy łącznych kosztach 29 zł, co daje zysk godzinowy 1 zł plus zysk dodatkowy 10 zł. Tymczasem według doświadczenia Zamawiającego pielęgnacja takiego drzewa będzie wymagała poświęcenia 4 godzin i zaangażowania podnośnika samochodowego, którego użycie wygeneruje koszt na poziomie 320 zł.

Z kolei na rozprawie rozgorzał spór co do faktycznej możliwości użycia kosiarek zadeklarowanych w wyjaśnieniach. Co prawda wydaje się, że Zamawiający przedwcześnie założył, bez uprzedniego umożliwienia Odwołującemu rozwiania wątpliwości, że nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego o posiadaniu takiego sprzętu. Skoro jednak nie była to okoliczność dotychczas dostępna Wykonawcy Gamma, jak to podkreślił w odwołaniu, wydaje się, że to Zamawiający wie lepiej na ile możliwe jest na zarządzanych przez niego terenach użycie ciężkiej kosiarki samojezdnej, choćby z uwagi na system nawadniający czy ukształtowanie terenu. W ostateczności należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający zastrzegł w s.i.w.z., że wykonawca ma każdorazowo uzgadniać z nim wykonywanie prac przy użyciu sprzętu mechanicznego, więc może się po prostu nie zgodzić na użycie tej kosiarki.

Powyższe okoliczności potwierdzają prawidłowość oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień jako niekonkretnych, niewiarygodnych i nierzetelnych, a w konsekwencji stwierdzenia, że za cenę zaoferowaną przez Odwołującego Gamma nie jest możliwe wykonywanie pielęgnacji terenów zielni, gdyż jest to cena rażąco niska, nierealistyczna i oderwana od realiów rynkowych {które Zamawiający również dodatkowo badał}. Bezzasadne jest zatem stanowisko Odwołującego Gamma, jakoby miało znaczenie uznanie przez Zamawiającego za wystarczające wyjaśnień co do innych elementów przedmiotu zamówienia, gdyż powołano się w nich na te same czynniki. Dotyczy to *de facto* odwołania się do kosztu roboczogodziny, który sam w sobie nie został uznany za rażąco niski, co – jak powyżej wykazano – nie zmienia tego, że wykonanie usługi pielęgnacji zieleni zgodnie z s.i.w.z. przy zastosowaniu tej stawki za kwotę 1261,13 zł miesięcznie nie jest obiektywnie możliwe. Nie ma również domniemywanej przez Odwołującego zależności, polegającej na wywodzeniu z treści uzasadnienia odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, że Zamawiający nie uważał za rażąco niski szacunkowego rocznego kosztu pielęgnacji terenów zielonych, skoro jego zaniżenie jest właśnie wprost wskazane w uzasadnieniu

odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

O poziomie wiarygodności wyjaśnień Wykonawcy Gamma świadczy podnoszenie w wyjaśnieniach dotyczących wielkości narzutu jako szczególnie korzystnego uwarunkowania uzyskiwanie wysokich rabatów za materiały i środki ogrodnicze. Tymczasem przy konstrukcji tej opłaty jako wartości procentowej od kosztu zakupu wyższy koszt zakupu, który i tak obciąża Zamawiającego, generuje kwotowo większe przychody dla wykonawcy zamówienia {0,1% od 1000 zł = 1 zł, a 0,1% od 500 zł = 0,50 zł}.

Z kolei wyjaśnienia Konsorcjum NR z 12 marca 2015 r. w ogóle nie zawierały choćby próby przedstawienia sposobu kalkulacji zaoferowanej stawki za utrzymanie porządku na powierzchniach utwardzonych. Zostały tylko podane założone koszty: robocizny (w wysokości 6400 zł miesięcznie), a także zbiorczo potraktowane koszty środków chemicznych, materiałów uszarstniających, paliwa, ustawienia pojemników na piasek (na poziomie 700 zł), co nie pozwala na ich weryfikację, gdyż nie wiadomo do jakiego zakresu rzeczowego te kwoty się odnoszą.

Wydaje się, że Odwołujący zdaje sobie sprawę ze słabości tych wyjaśnień, skoro w odwołaniu, po pierwsze – argumentuje, że takiej wyceny w rozbiciu na robociznę, materiał i sprzęt dokonać się nie da. W ocenie Izby takie wytłumaczenie nie ma racji bytu, gdyż zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp na wezwanym do wyjaśnień Konsorcjum NR spoczywał obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny za usługę. Po drugie – twierdzi, że wezwanie nie określało precyzyjnie żądanego zakresu wyjaśnień, co jest

oczywiście niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy {a przywołane w tym miejscu w odwołaniu orzeczenie jest zupełnie nieadekwatne w okolicznościach tej sprawy}, gdyż pismo Zamawiającego precyzyjnie wskazywało ceny których usług są przedmiotem wezwania. Co więcej, specyfika tego zamówienia jest taka, że od początku jest podzielone na kilka wyodrębnionych usług. Po trzecie – Odwołujący domaga się ponowienia wezwania. Tymczasem tak się składa, że *de facto* było to już drugie wezwanie dotyczące terenów utwardzonych, gdyż Konsorcjum NR było już w tym zakresie wzywane do wyjaśnień w styczniu, tyle że na innej podstawie prawnej. Odwołujący miał więc wyjątkowo dużo czasu na przygotowanie przekonujących i popartych odpowiednimi dowodami wyjaśnień.

Konsorcjum NR z własnego wyboru konsekwentnie w obydwu wyjaśnieniach, jak i w toku postępowania odwoławczego uznało za właściwy sposób dowodzenia, że zaoferowana stawka 0,35 zł netto za m^2 nie jest rażąco niska powoływanie się na inne realizowane przez siebie, względnie innych wykonawców usługi, w jego przekonaniu podobne, gdzie występują takie, a nawet niższe stawki za m^2, jako dowód na to, że taki jest poziom cen występujących na rynku tego typu usług. O ile co do zasady może to być skuteczny sposób, o tyle kluczowe znaczenie ma odwołanie się do usług rzeczywiście podobnych pod względem zakresu rzeczowego i charakteru wynagrodzenia. W przeciwnym razie sama zbieżność stawek niczego nie dowodzi.

W ocenie Izby Konsorcjum NR powołało się na usługi, które nie mają na tyle podobnego charakteru, aby mogły być przekonującym dowodem na rynkowy charakter stawki zaoferowanej Zamawiającemu.

W przypadku czterech umów, na które Konsorcjum NR powołało się w obu złożonych wyjaśnieniach, jak już powyżej ustalono, jedna z nich dotyczy usług zbliżonych pod względem zakresu rzeczowego, ale do usługi pielęgnacji zieleni, dwie dalsze obejmują tylko zimowe utrzymanie dróg i chodników, a tylko jedna (umowa realizowana na terenie Łodzi od 2013 r.) – zarówno letniego, jak i zimowego utrzymania tego typu obiektów, co i tak stanowi węższy zakres rzeczowy niż w tym zamówieniu.

Z kolei na rozprawie Odwołujący dołączył formularze ofertowe i wyciągi z formularza cenowego kilku ofert złożonych w 2012 r. w związku z powyższym zamówieniem, które realizuje od 2012 r. w łodzi, przy czym w formularzach cenowych zaznaczył stawki dla *oczyszczania ręcznego – cyklicznego* kształtujące się w zakresie od 0,22 do 0,40 zł za m^2 {część kopii jest niewyraźna}. Niestety, nie sposób stwierdzić co kryje się pod tym określeniem, gdyż umowa w tym zakresie odsyła do załączników, których Odwołujący nie złożył do zamknięcia rozprawy.

Oprócz tego na rozprawie Konsorcjum NR złożyło jako dowód cztery przykładowe

wydruki z cenników na różnych stronach internetowych, w których stawki za sprzątanie

i utrzymanie terenów zewnętrznych kształtują się na poziomie od nawet 0,08 zł do 1,3 zł za m^2. W ocenie Izby materiały te nie mają większej wartości dowodowej, gdyż nie sposób stwierdzić na podstawie skrótowych, hasłowych opisów, czy dotyczą zakresu rzeczowego zbliżonego do tego zamówienia. Brak też informacji na temat systemu wynagradzania.

Przede wszystkim umknęło uwadze Odwołującego, że w przedmiotowym zamówieniu wykonawca zamówienia ma obowiązek permanentnego utrzymywania na bieżąco porządku na terenach utwardzonych – codziennie z efektem na godziny poranne, ze stałym zapewnieniem co najmniej dwóch osób do dyspozycji Zamawiającego. Jednocześnie wynagrodzenie jest wypłacane tylko co miesiąc w wysokości obliczonej przez przemnożenie zaoferowanej stawki przez faktyczną liczby m^2 powierzchni terenu objętej usługą w danym miesiącu. Jest to system znacznie mniej korzystny od systemu wynagrodzenia według stawek jednostkowych przemnożonych przez powierzchnię faktycznie oczyszczoną, ale w ramach jednorazowej akcji, co jest typowym systemem dla umów na zimowe utrzymanie dróg i chodników – taki system przewidziano wprost w umowie realizowanej na terenie Ursynowa. W pozostałych umowach, z uwagi na brak załączników nie można ustalić obowiązującego systemu wynagradzania. Nie można zupełnie porównywać dwóch usług, w których obowiązuje ta sama stawka 0,35 zł za m^2, jeżeli w jednym przypadku będzie ona przemnażana przez powierzchnię oczyszczoną w ramach jednorazowej akcji, a w drugim – tylko raz w miesiącu.

Podobnie nieadekwatne są dowody zgłoszone przez Odwołującego Gamma na rozprawie, gdyż co prawda w złożonej umowie i zleceniu, które wykonuje na terenie Warszawy są również niskie stawki za koszenie, ale zlecenie (stawka 0,03 zł za m^2) dotyczy tylko koszenia, a umowa (stawka 0,01 zł za m^2) zupełnie innego zestawienia czynności niż objęte usługą utrzymania terenów zielonych w tym zamówieniu. Ponadto nie wynika z tej umowy i zlecenia, aby ich wykonywanie wiązało się z pozostawianiem w dyspozycji zamawiającego pracowników. Zupełnie nieporównywalne są również usługi utrzymania czystości na obiektach związanych z komunikacją miejską na terenie Szczecina, gdzie co prawda występuje stawka 0,01 zł za m^2 koszenia trawy, ale jest to dodatkowa usługa interwencyjna do zasadniczej usługi z miesięcznym zryczałtowanym wynagrodzeniem.

Reasumując, Odwołujący, na których z mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp spoczywał ciężar dowodu, nie wykazali w toku postępowania odwoławczego, że ich oferty nie zawierają w zakresie stwierdzonym przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny za powyżej opisane usługi.

Ponadto Odwołujący Gamma i Odwołujący Konsorcjum NR bezzasadnie i bezskutecznie usiłowali wykazać, że nie podlegali odrzuceniu na podatnie art. 89 ust. 1

pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pewne niedostatki uzasadnienia odrzucenia oferty Gamma na tej podstawie prawnej nie mają znaczenia, gdyż czynność Zamawiającego była prawidłowa, a Odwołujący, który sam w poprzedniej sprawie odwoławczej doprowadził do odrzucenia oferty Awima m.in. za zaoferowanie rażąco niskich cen w ramach usługi pielęgnacji terenów zielonych jako przejawu manipulowania cenami w celu uzyskania maksymalnej liczby 40 punktów w tym kryterium, nie może wiarygodnie twierdzić, że nie wie za co został odrzucony. Bezpodstawnie zatem zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp. Jednocześnie wbrew obiekcjom Odwołującego Gamma dla stwierdzenia dopuszczenia się przez niego takiej manipulacji konieczne i wystarczające jest zarazem, że zaoferował rażąco zaniżoną cenę za pielęgnację terenów zieleni, co zrekompensował sobie zawyżając cenę za utrzymanie porządku na powierzchniach utwardzonych {zdecydowanie najwyższa cena spośród ofert dotychczas nieodrzuconych.

Z powodów powyżej opisanych oczywiście błędne jest stanowisko Odwołującego

Konsorcjum NR, że nie zaoferował najwyższej ceny za pielęgnację zieleni w odniesieniu do 1 roku, gdyż cena jego oferty w tym zakresie wynosi 400.831,20, zł, a następna w kolejności spośród wszystkich złożonych ofert zawiera dla usług pielęgnacji zieleni cenę 274.433,40 zł. Zawyżenie ceny w tym zakresie, przy jednoczesnym rażącym zaniżeniu ceny za usługę utrzymania powierzchni utwardzonych, pozwoliło uzyskać w jednym z tych kryteriów najwyższą liczbę 40 punktów. Gdyby Odwołujący w obu tych obszarach wycenił usługi rzetelnie w sposób zrównoważony, mógłby uzyskać mniejszą liczbę punktów, choć ekonomiczny koszt realizacji zamówienia byłby dla Zamawiającego korzystniejszy,

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i § 6 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) – obciążając Odwołujących kosztami tego postępowania, na które złożyły się uiszczone przez nich wpisy.

Przewodniczący: ……