**Sygn. akt: KIO 236/15, KIO 241/15**

**WYROK**
**z dnia 24 lutego 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**
**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz**
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2015 r. przez:
A. wykonawcę: **A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. w (01-355), Warszawie ul. Konarskiego 8 (sygn. akt KIO 236/15),**
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„N.R." sp. z o.o. w Łodzi (90-032), ul. Kopcińskiego 56 oraz Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp z o.o. w Warszawie (02-495), ul. Ryżowa 49 (sygn. akt KIO 241/15)**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kancelarię Sejmu w Warszawie (00-902), ul. Wiejska 4/6/8**

przy udziale wykonawcy: **Awima sp. j. B. W. w Józefowie (05-410), ul. 3 Maja 2B lok. 22**
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 236/15 oraz KIO 241/15** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia oba rozpoznawane odwołania i nakazuje zamawiającemu: Kancelarii Sejmu w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) oferty złożonej przez wykonawcę: Awima sp. j. B. W. w Józefowie z uwagi na fakt,**

---

**iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,**
2. kosztami postępowania w każdej ze spraw obciąża zamawiającego: **Kancelarię Sejmu w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:
   A. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. w Warszawie (sygn. akt KIO 236/15)** tytułem wpisu od odwołania,
   B. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„N.R." sp. z o.o. w Łodzi oraz Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 241/15)** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego: **Kancelarii Sejmu w Warszawie:**
   A. na rzecz wykonawcy: **A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. w Warszawie (sygn. akt KIO 236/15)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
   B. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„N.R." sp. z o.o. w Łodzi oraz Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA" sp z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 241/15)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,



Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze 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:** ……

**Członkowie:** ……

……



**Sygn. akt: KIO 236/15, KIO 241/15**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Usługa *całorocznego utrzymania porządku na obszarach utwardzonych oraz całorocznego utrzymania i pielęgnacji zieleni na terenach będących w zarządzie Kancelarii Sejmu* " zostało wszczęte przez Kancelarię Sejmu w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją przesłaną Prezesowi Izby w piśmie z dnia 11 lutego 2015 r., a także pkt. 2.2 pisemnego protokołu postępowania, przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 227-401220) w dniu 25 listopada 2014 r.

Pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli mu swoje oferty w prowadzonym przez niego postępowaniu, o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę: Awima sp. j. B. W. w Józefowie, zwanego dalej Awima.

Odwołanie wobec powyższego w dniu 9 lutego 2015 r. wnieśli:

wykonawca: A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. − w Warszawie (sygn. akt KIO 236/15), zwany dalej również Odwołującym w sprawie KIO 236/15,

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „N.R.” sp. z o.o. w Łodzi − oraz Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA” sp z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 241/15), zwani dalej łącznie również Odwołującym w sprawie KIO 241/15.

Odwołujący w sprawie KIO 236/15 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) *„art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty pomimo, iż oferta AWIMA zawierają rażąco niską cenę;*
2) *art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, że jej złożenie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,*

3) *91 ust 1 Pzp, polegające na braku odrzucenia oferty pomimo, iż złożone przez AWIMA wyjaśnienia były lakoniczne i nie pozwalały na dokonanie oceny czy oferta zawierała rażąco niską cenę,*
4) *art. 7 ust. 1 Pzp”.*

Twierdził on, że pomimo faktu sklasyfikowania złożonej przez niego oferty w rankingu ofert podlegających ocenie przez Zamawiającego na pozycji trzeciej (zgodnie z pismem z dnia 29 stycznia 2015 r.), posiada on interes we wniesieniu odwołania, albowiem uwzględnienie

złożonego przez niego odwołania, a co za tym idzie odrzucenie oferty złożonej przez Awima, doprowadziłoby o uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą. Z pominięciem oferty Awima to Odwołujący w sprawie KIO 236/15 zaoferował Zamawiającemu najwięcej cen gwarantujących uzyskanie najwyższej liczby punktów zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert i sposobu oceny tych ofert zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Odwołujący stał na stanowisku, że w świetle zapisów SIWZ uznać należało, że Zamawiający nie wymagał określenia jednej, całościowej ceny ryczałtowej za cały przedmiot zamówienia – wymagał wyceny poszczególnych czynności, poddając ocenie, odrębnie przypisując z tego tytułu punkty, poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawców. Konieczne tym samym, zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 236/15, było zweryfikowanie w toku procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp każdej z cen jednostkowych zaoferowanych przez Awima, szczególnie z uwagi na fakt, iż ceny za usługę pielęgnacji terenów zielonych oraz wywóz 1 m 3 śniegu znacznie odbiegały od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Co istotne, w kontekście stawianych przez tego wykonawcę zarzutów, uważał on, że wezwanie skierowane do Awima w piśmie z dnia 15 stycznia 2015 r. oraz wyjaśnienia złożenie w odpowiedzi na nie (pismo z dnia 23 stycznia 2015 r.), stanowiły wypełnienie procedury z art. 90 ustawy Pzp. Przekonanie to pozwoliło Odwołującemu w sprawie KIO 236/15 twierdzić, że wyjaśnienia złożone przez Awima nie mogły zostać uznane za wystarczające w swej treści, a to z kolei rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt4) ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania tej czynności Odwołujący w sprawie KIO 236/15 zarzucał Zamawiającemu.

Zarzucał on również Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia powołanej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Twierdził przy tym, że zaoferowanie przez Awima cen rażąco niskich w odniesieniu do usług pielęgnacji terenów zielonych oraz wywozu 1 m 3 śniegu stanowiło przejaw manipulacji cenami w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów za te właśnie usługi (odpowiednio 40 i 10 punktów), co, zdaniem Odwołującego



w sprawie KIO 236/15, dawało Awima pewność uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 236/15 było to celowe działanie, podyktowane nie rachunkiem ekonomicznym i realną wartością oferowanych usług, ale dążeniem do uzyskania odpowiedniej ilości punktów w procesie oceny oferty, tym samym było ukierunkowane na utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 236/15 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Awima.

Odwołujący w sprawie KIO 241/15 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

> „art. *90 ust. 1 ustawy PZP - poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie − przeprowadzenie procedury wyjaśniającej czy cena oferty wybranej nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej, pomimo zaistnienia przesłanek faktycznych i prawnych obligujących Zamawiającego do jego zastosowania,*
> *art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy PZP w związku z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 − r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 150 z późn. zm. , zwaną w dalszej części Odwołania ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji- poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „AWIMA B. W." sp. j. pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."*

Odwołujący w sprawie KIO 241/15, mając na uwadze to, że do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym nowelizacją, która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r., twierdził, że Zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia w odniesieniu do oferty złożonej przez Awima procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp, czego ten, w jego ocenie zaniechał. Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 241/15 nie stanowiło bowiem wypełnienia tego obowiązku skierowanie

przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w piśmie z dnia 15 stycznia 2015 r. W ocenie wykonawcy wnoszącego odwołanie wynagrodzenie opisane w SIWZ ma charakter kosztorysowy, a ceny jednostkowe mają charakter samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych pozycji składających się na przedmiot zamówienia.

Stał on na stanowisku, że z uwagi na fakt zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp, a także wobec sklasyfikowania złożonej przez niego oferty na drugim miejscu w rankingu ofert opisanym w piśmie z dnia 29 stycznia 2015 r. przysługiwał mu interes we wniesieniu odwołania.



Zarzucał on również Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Awima na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Twierdził on, że zaoferowanie przez tego wykonawcę cen na tak niskim poziomie narusza dobre obyczaje kupieckie. Wskazywał on przy tym na ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych prac opisanych zbiorczo, jako usługi pielęgnacji zieleni, które niezależnie od zakresu, charakteru czynności czy wymaganych do ich realizacji nakładów pracy czy sprzętu wycenione zostały na poziomie 1 grosza netto za każdą z tych prac. Podobnie ocenił Odwołujący w sprawie KIO 241/15 zaoferowaną przez Awima cenę za wywóz 1 $m^3$ śniegu, która nie uwzględniała, jego zdaniem, samych tylko kosztów paliwa, co czyniło ją niemożliwą do wykonania. Odwołujący w sprawie KIO 241/15 stał na stanowisku, że cena oferty nie stanowiła sumy cen jednostkowych – to ceny jednostkowe stanowiły podstawę do wyliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Stąd też koniecznym było to, aby wykonawcy uwzględnili w sporządzonej przez siebie wycenie oferowanych usług wszelkie koszty w taki sposób, aby zapewnić sobie rentowność wykonania każdego z elementów zlecanych czynności niezależnie od innych prac. Z uwagi na poziom cen zaoferowanych przez Awima Odwołujący w sprawie KIO 241/15 twierdził, że takie działanie powołanego wykonawcy uznane zostać powinno za próbę uzyskania jak najwyższej liczby punktów i wyeliminowanie tym samym pozostałych wykonawców z możliwości uzyskania zamówienia.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Awima na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3) ustawy Pzp, ewentualnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wezwania Awima do złożenia odpowiednich wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Na mocy zarządzenia Prezesa Izby z dnia 12 lutego 2015 r. powołane sprawy zostały rozpoznane łącznie.

W dniu 11 lutego 2015 r. wykonawca: Awima doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 236/15 oraz KIO 241/15 po stronie Zamawiającego. W dniu 12 lutego 2015 r. zgłoszenie po stronie odwołującego w sprawie 236/15 doręczył Prezesowi Izby Odwołujący w sprawie KIO 241/15 – w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron oświadczył, że wycofuje tak dokonane przystąpienie.

Izba uznała, że wykonawca: Awima (zwany dalej również Przystępującym) skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 236/15 i



KIO 241/15 po stronie Zamawiającego, a tym samym uzyskał status uczestnika postępowania w obu tych sprawach.

Izby wykluczyła w odniesieniu do każdego z rozpoznawanych odwołań to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowań odwoławczych, na podstawie zebranego materiału dowodowego w każdej ze spraw, z uwzględnieniem

stanowisk stron oraz uczestnika postępowań odwoławczych, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu w każdej ze spraw, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Przypisanie obu odwołującym takiego prawa, było możliwe w ocenie Izby, z uwagi na przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle stanowisk Stron, jak i Przystępującego, w obu postępowaniach, w przypadku uwzględnienia obu odwołań, a w konsekwencji odrzucenia przez oferty przez Zamawiającego złożonej Przystępującego (przyjmując założenie, że Zamawiający w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert nie odrzuci żadnej z pozostałych ofert, czy też nie wykluczy z udziału w postępowaniu któregokolwiek z wykonawców, którzy oferty te złożyli – rozstrzyganie w tej kwestii leży poza kognicją Izby w rozpoznawanych obecnie sprawach KIO 236/15 i KIO 241/15), za najkorzystniejszą w świetle opisanych w SIWZ kryteriów oceny ofert ma szansę zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego w sprawie KIO 236/15 (na mocy decyzji z dnia 29 stycznia 2015 r. sklasyfikowana na trzeciej pozycji w rankingu ofert), zaś oferta złożona przez Odwołującego w sprawie KIO 241/15 ma szansę zostać sklasyfikowana w takim przypadku na pozycji drugiej. Zgodnie z przepisem art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Stąd też, w przypadku gdyby Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez Odwołującego KIO 236/15 (Izba nie przesądza o konieczności dokonania takiej czynności, a opisane tu rozważania poczynione zostały jedynie w celu ustalenia, czy każdy z dwóch Odwołujących mógł ponieść szkodę w wyniku potwierdzenia się zarzucanego w każdym z rozpoznawanych odwołań dokonania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp), a wykonawca ten będzie uchylał się



od zawarcia umowy, Zamawiający będzie mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. W takim przypadku to Odwołujący w sprawie KIO 241/15 stałby się Wykonawcą, który będzie mógł stanąć przed szansą na wykonanie umowy w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia (właściwym jest tu poczynienie analogicznego zastrzeżenia, jakie zostało poczynione w odniesieniu do Odwołującego w sprawie KIO 236/15). Mając na uwadze tak poczynione założenia, Izba uznała, że prawo wniesienia odwołania przysługiwało obu Odwołującym.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego w każdej ze spraw dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały w każdej ze spraw złożone w toku postępowania odwoławczego przez Strony.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w każdym z odwołań, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 20 listopada 2014 r. na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie zamieścił ogłoszenie o zamówieniu.

W pkt I.5 SIWZ opisane zostały kryteria oceny ofert i sposób ich oceny. Wskazane tam zostało, że „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 $C_i = (C_n : C_x) \times 40$*
*b) szacunkowy roczny koszt pielęgnacji terenów zielonych – [zł] 40 pkt $C_i = (C_n : C_x) \times 40$*
*c) koszt jednostkowy wywozu 1 m $^3$ śniegu – [m $^3$] 10 pkt $C_i = (C_n : C_x) \times 10$*
*d) koszt jednostkowy 1 roboczogodziny – [rbh] 5 pkt $C_i = (C_n : C_x) \times 5$*
*e) wielkość narzutu do kosztu zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych,* środków *ochrony roślin i nawozów – [%] 5 pkt $C_i = (C_n : C_x) \times 5$*

*gdzie:*
*$C_i$ – otrzymana ilość punktów za każdy rodzaj usługi (a-e)*
*$C_n$ – najniższa zaoferowana cena za dany rodzaj usługi (a-e)*

*$C_x$ – 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* $C = \sum C_{i\,(a-e)}$ *."*

W pkt II.I.1 SIWZ Zamawiający opisał wielość obszarów utwardzonych oraz terenów zieleni objętych przedmiotem zamówienia.

W pkt II.III.1-5 SIWZ zawarte zostały zapisy odnoszące się do 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."*

W załączniku nr 7 Zamawiający zawarł, zamknięty w formie tabeli opis 39 czynności, które wykonawcy zobowiązani byli wykonywać w ramach czynności pielęgnacji terenów zielonych, opisując przy tym technologię wykonania każdej z prac, szacunkowe powierzchnie objęte daną czynnością (w m $^2$ ) lub wielokrotność danej czynności (w sztukach), jak również



przybliżone krotność realizacji danej czynności w odniesieniu do jednego roku. Wskazano tam m.in. koszenie, pielęgnację lub grabienie trawników, cięcie drzew i krzewów (wprowadzono szczegółową kategoryzację w zależności od wielkości ciętej rośliny), wycinanie i przesadzanie lub sadzenie drzew lub krzewów. Zgodnie z zawartym w pkt III SIWZ formularzu oferty Zamawiający wymagał, aby wykonawca składający ofertę wycenił odrębnie cenę jednostkową realizacji każdej z 39 wyspecyfikowanych w opisie usług pielęgnacji terenów zielonych czynności, a kwota otrzymana po zsumowaniu tak wycenionych usług w odniesieniu do jednego roku miała być uwzględniana przy ocenie ofert,

zgodnie z pkt I.5.b) SIWZ.

Zgodnie z pkt IV.3.1 SIWZ „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 pkt IV.3.3 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawcę do prowadzenia dziennika prac ogrodniczych, sam zaś zobowiązał się do prowadzenia miesięcznego zestawienia wykonanych prac ogrodniczych. Zgodnie z kolejnym punktem (IV.3.4) obustronnie podpisane miesięczne zestawienie wykonanych prac ogrodniczych stanowić miało podstawę sporządzenia protokołu odbioru tych prac.

Przed upływem terminu składania ofert wpłynęło do Zamawiającego osiem ofert.

Jedną z nich złożył Przystępujący. Zgodnie z jej treścią powołany wykonawca ustalił cenę jednostkową w odniesieniu do każdej z 39 wyspecyfikowanych w opisie usług pielęgnacji terenów zielonych czynności na kwotę jednego grosza netto, zaś cenę za wywóz 1 m 3 śniegu ustalił on na poziomie 10 gr. netto.

Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2015 r., powołując się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez niego oferty. W piśmie tym zauważył on, że „podana *w ofercie cena szacunkowego kosztu pielęgnacji terenów zieleni w odniesieniu do jednego roku jest najniższa spośród tych cen we wszystkich ofertach i jest niższa prawie 4-krotnie od ceny następnej w kolejności i prawie 100-krotnie od najwyższej ceny za tę usługę".* Mając to na uwadze, zapytał Przystępującego, czy rzeczywiście jest gotowy wykonać te usługi za zaoferowaną kwotę. W tym samym piśmie Zamawiający zauważył, że „podana *w ofercie cena wywozu 1 m3* śniegu *znacznie odbiega od pozostałych cen ofertowych; jest ona niższa 100-krotnie od ceny następnej w kolejności i 3800-krotnie od najwyższej ceny za tę usługę".* Mając to na uwadze, zapytał Przystępującego, czy rzeczywiście jest gotowy wykonać tę usługę za zaoferowaną kwotę.



---

Przystępujący, w piśmie z dnia 23 stycznia 2015 r., wyjaśnił, że zaoferowane przez niego ceny stanowią bilans sprzyjających i dostępnych mu warunków cenotwórczych, w szczególności posiadanie własnego sprzętu, zatrudnianie pracowników, oszczędność metody, optymalizacja kosztów oraz otrzymywanie atrakcyjnych rabatów od dostawców.

Pismem z dnia 29 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą, wobec czego obaj odwołujący wnieśli odwołania do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, każde z odwołań rozpoznała w granicach zarzutów w nich zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w każdym z odwołań, doszedł do przekonania, iż część z zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 236/15 oraz wszystkie podniesione w sprawie KIO 241/15 znalazły oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a to z kolei spowodowało, że każde z rozpoznawanych odwołań, jako takie, zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby, z uwagi na dzień upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu (20 listopada 2014 r.) Zamawiający zobowiązany był do postępowania o udzielenie zamówienia przez siebie prowadzonego stosować przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014 r. Zgodnie bowiem z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 18 września 2014 r. poz. 1232) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Tym samym *a contrario* do postępowań wszczętych po tej dacie, stosować należy przepisy w brzmieniu znowelizowanym. Zgodnie z art. 5 powołanej ustawy, weszła ona w życie po 30 dniach od

dnia ogłoszenia, a zatem w dniu 19 października 2014 r. Skoro zatem, zgodnie z powołanym art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, za dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia uznać należy dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej (w rozpoznawanej sprawie miało to miejsce w dniu 20 listopada 2014 r.), do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego znajdowały zastosowania przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r.

**KIO 236/15**

W ocenie Izby, rozstrzygającym o ocenie zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp było przesądzenie o



---

charakterze wezwania skierowanego do Przystępującego w piśmie z dnia 15 stycznia 2015 r. Jak to zostało przesądzone w orzecznictwie, niewłaściwym byłoby bowiem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, w przypadku, gdy Zamawiający nie skorzystałby z procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp i nie umożliwił wykonawcy, który taka ofertę złożył, złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Koniecznym jest zatem umożliwienie wykonawcy przedstawienia takich wyjaśnień. Konsekwencją powyższego jest to, że Zamawiający w przypadkach określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem 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, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu treści wezwania skierowanego do Przystępującego w piśmie z dnia 15 stycznia 2015 r., niewłaściwym byłoby przyjęcie, że powołane wezwanie należy uznać za takie, które wszczynałoby procedurę opisaną w art. 90 ustawy Pzp. Uznać można jedynie, że z tegoż pisma wynika wyłącznie dążenie Zamawiającego do uzyskania potwierdzenia przez Przystępującego, w trybie art. 87 ustawy Pzp, że w istocie zaoferował on Zamawiającemu ceny na takim poziomie, na jakim zidentyfikował je sam Zamawiający w oparciu o treść złożonej mu oferty. W piśmie tym brak wyraźnego odwołania się do przepisu art. 90 ustawy Pzp, określenia konsekwencji, jakie ustawa wiąże ze złożeniem wyjaśnień w trybie tego przepisu, czy chociażby wezwania do przedstawienia odpowiednich dowodów mających potwierdzać to, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest ceną rażąco niską. Nie sposób też z treści samego wezwania wywieść, że zamiarem Zamawiającego było wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym właśnie trybie.

Jeśli zatem Przystępujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, to przedwczesnym jest stawianie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp oferty złożonej przez tego wykonawcę. Stąd też Izba uznała tak postawiony zarzut za niezasługujący na uwzględnienie.



---

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego.

Punktem wyjścia dla tak postawionego zarzutu i kwestią zasadniczą dla rozstrzygnięcia było przesądzenie o charakterze cen jednostkowych zaoferowanych przez każdego z Wykonawców.

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 I.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.

Uwzględniając tak przyjętą ocenę charakteru cen jednostkowych, a także fakt zaoferowania przez Przystępującego cen na poziomie 1 lub 10 groszy za wykonanie poszczególnych czynności, czy też usług, uzasadnionym, w ocenie Izby, było przekonanie wyrażone przez Odwołującego w sprawie KIO 236/15, że „charakter *i celowość tego działania wynika wprost z ustalonych przez Wykonawcę* [Przystępującego] *cen jednostkowych bez wątpienia podyktowanych nie rachunkiem ekonomicznym i realną wartością, ale chęcią uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert."* Oczywistym jest bowiem, że nie opiera się na rachunku ekonomicznym ustalenie ceny np. za wycięcie czy posadzenie drzewa na poziomie 1 grosza za każde ścięte lub posadzone drzewo. Takie zaś działanie ocenione musiało zostać jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, jako zagrażające i naruszające (w skutkach, jakie rodziło) interes innych przedsiębiorców – wykonawców,



którzy rzetelnie ustalili poziom oferowanych przez siebie cen jednostkowych, a tym samym stanowiące naruszenie 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 ze zm.).

Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Mając to na uwadze, Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie powołanej oferty.

**KIO 241/15**

Jak to zostało przesądzone w sprawie KIO 236/15, wezwanie skierowane do Przystępującego pismem z dnia 15 stycznia 2015 r. nie mogło być uznane za wezwanie wszczynające procedurę opisaną w art. 90 ustawy Pzp.

Mając zaś na uwadze przypisane przez Zamawiającego w treści SIWZ znaczenie poszczególnym cenom jednostkowym oraz znacznie dysproporcje pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Przystępującego, a cenami innych wykonawców (na których występowanie zwrócił uwagę sam Zamawiający w piśmie z dnia 15 stycznia 2015 r.), zasadnym uznała Izba twierdzenie, że w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający był zobowiązany do wszczęcia w odniesieniu do oferty złożonej przez Przystępującego procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, iż za wszczęcie takiej procedury nie zostało przez Izbę uznane skierowanie do Przystępującego powołanego wezwania z dnia 15 stycznia 2015 r., a innego wezwania w tej materii, zgodnie z przekazanymi przez Zamawiającego dokumentami postępowania, Zamawiający do powołanego Wykonawcy nie skierował, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 przez zaniechanie jego

zastosowania w odniesieniu do oferty złożonej przez Przystępującego.

W tym kontekście, podkreślenia wymaga to, że z dniem 25 lipca 2014 r. zmieniona została definicja ceny na gruncie ustawy Pzp. Przepis art. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w obecnie obowiązującym brzmieniu i mającym zastosowanie do rozpoznawanej sprawy, przesądza, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Przepis ten odsyła w równym stopniu, tak do art. 3 ust. 1 pkt 1) powołanej ustawy, jak i do jej art. 3 ust. 1 pkt 2). W pierwszym z powołanych przepisów zawarta została definicja ceny, zgodnie z którą to wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, zaś drugi z tych przepisów definiuję pojęcie ceny



---

jednostkowej towaru lub usługi, jako cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach. Ma to o tyle znaczenie, że przepis art. 2 pkt 1) ustawy Pzp w uprzednio obowiązującym brzemieniu odsyłał jedynie do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385) definiującego pojęcie ceny, pomijając przy tym przepis art. 3 ust. 1 pkt 2) tej ustawy, który podobnie jak w ustawie z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług definiował pojęcie ceny jednostkowej.

Okoliczność ta, tj. zmiana z dniem 25 lipca 2014 r. definicji ceny na gruncie ustawy Pzp (zawarcie w tym pojęciu również cen jednostkowych), nie mogła pozostać bez wpływu na sposób interpretacji przepisu art. 90 ustawy Pzp.

Zauważenia przy tym wymaga, że Izba jeszcze na gruncie uprzednio obowiązującego brzmienia definicji ceny również dopuszczała możliwość badania w trybie art. 90 ustawy Pzp poszczególnych cen jednostkowych. Tak np. orzeczeniu wydanym w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach KIO 1181/14 KIO 1182/14 KIO 1183/14 KIO 1194/14 KIO 1195/14, gdzie Izba przesądziła, że „ze *wskazanej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach w powiązaniu ze specyfiką przedmiotowego zamówienia publicznego wynika zasadność i celowość dokonanych przez zamawiającego analiz cen jednostkowych za poszczególne zadania (roboty) z uwagi na fakt,* że *to właśnie ceny jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty. Specyfika zamówienia i w istocie nieznany rzeczywisty zakres prac w powiązaniu z wynagrodzeniem oparte na obmiarze za każde zadanie uzasadnia takie stanowisko.”*

Mając na uwadze fakt, że w odwołaniu w sprawie KIO 241/15 podniesiony został analogiczny, jak w sprawie KIO 236/15 zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oferty złożonej przez Przystępującego, który Izba z tych samych względów jak w sprawie KIO 236/15 uznała za zasadny, skład orzekający odstąpił od nakazania Zamawiającemu przeprowadzenia procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Przystępującego. Izba uznała bowiem, że nakaz odrzucenia oferty złożonej przez powołanego wykonawcę skonsumował potrzebę przeprowadzenia takich wyjaśnień, jako dalej idący i rozstrzygający o braku możliwości po stronie Przystępującego dalszego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.



---

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż każdy z Odwołujących przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia wnioski o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez każdego z Odwołujących kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w każdej ze spraw (3 600 zł), oraz uiszczonego wpisu (15 000 zł).

**Przewodniczący:** ……

**Członkowie:** ……

……