

WYROK
z dnia 24 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 9, 11 i 19 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm:

- 1. Remondis Opole sp. z o.o., Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole - lider;**
- 2. Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o., ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry,**
- 3. Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa;**
- 4. BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.K., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Sosnowiec,**
al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec,

przy udziale wykonawcy: **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: W. P. Zakład Usługowy "JAMPICH" z siedzibą: ul. Lenartowicza 68/84, 41-219 Sosnowiec** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm:

- 1. Remondis Opole sp. z o.o., Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole - lider;**
- 2. Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o., ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry,**
- 3. Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa;**
- 4. BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.K., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło,**

i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

1

publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. Remondis Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (lider); 2. Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach; 3. Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; 4. BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Nowym Chechle - zwany też „konsorcjum Remondis” - wniósł w dniu 25 maja 2015 r. odwołanie wobec czynności i zaniechania zamawiającego - Gminy Miasta Sosnowiec - w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Utrzymanie porządku i czystości na terenie Miasta Sosnowca*”, znak sprawy: WGK.271.01.07.2015.

W wyniku czynności dokonanych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania (unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę – P. W.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: W. P. Zakład Usługowy "JAMPICH" z siedzibą w Sosnowcu - i powtórzenie czynności badania i oceny ofert), odwołujący cofnął część zarzutów i żądań oraz odpowiednie części uzasadnienia odwołania. Cofnięte części odwołania zostały pominięte w tym uzasadnieniu.

II. Zarzuty przedstawione w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy JAMPICH (dalej: „Jampich”), mimo że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzają, iż cena oferty Jampich jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211, z późn. zm.), dalej „uznk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty Jampich, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, w zw. z art. 26 ust. 2b, w zw. z art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawcy Jampich do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca ten

3

nie wykazał realności dysponowania zasobami udostępnianymi w zakresie potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia;

- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 przez zaniechanie wezwania wykonawcy Jampich do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia Jampich z postępowania, mimo że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie dotyczącym wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia;

6) (cofnięty);

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

III. Żądania przedstawione w odwołaniu podtrzymane na rozprawie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;

3) (cofnięty);

- 4) wezwania wykonawcy Jampich do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 5) odrzucenia oferty Jampich;
- 6) wykluczenia Jampich z postępowania;
- 7) dokonania wyboru oferty Konsorcjum Remondis jako najkorzystniejszej.

IV. Zachowanie terminu i wymogów formalnych.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący otrzymał w dniu 15 maja 2015 r. Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, zamawiający otrzymał kopię odwołania.

V. Interes oraz szkoda.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i został sklasyfikowany na pozycji drugiej w rankingu ofert podlegających ocenie punktowej. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Jampich z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy, uniemożliwia odwołującemu wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym, naraża go na poniesienie szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia.

Uzasadnienie odwołania.

I. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.

1. Wyrokiem z dnia 6 maja 2015 r., KIO 807/15 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odtajnienie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez wykonawcę Jampich w dniu 3 kwietnia 2015 r. W związku z odtajnieniem ww. dokumentu odwołujący miał możliwość zapoznania się z jego treścią oraz dokonania weryfikacji. Analiza odtajnionej części wyjaśnień potwierdza, że skalkulowana przez Jampich cena jest ceną nierealną, w związku z czym zasadne jest jej odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej cenę rażąco niską.

2. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów Pzp w brzmieniu po nowelizacji ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. Aktualne brzmienie art. 90 Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień.

3. Jampich zobowiązany był do udowodnienia, że zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie zamówienia oraz, że zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

4. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 12 października 2009 r., KIO 1415/09.

5. Odtajniona część wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Jampich pozwala na stwierdzenie, że podmiot ten nie wskazał w wyjaśnieniach czynników obiektywnych, które uzasadniałyby tak znaczne zniżenie ceny oferty, jak również, że zaniechał skalkulowania w cenie oferty istotnych czynników kosztotwórczych, co doprowadziło do zniżenia ceny oferty.

a. (cofnięty).

b. Jampich wskazał, że czynnikiem obniżającym cenę oferty był brak uwzględnienia w kalkulacji kosztów deponowania odpadów. Okoliczność ta dotyczy wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia - zgodnie z powołanym przez Jampich Opisem Przedmiotu Zamówienia ze str. 4. Prawdą jest, że we wcześniej toczących się postępowaniach wykonawcy uwzględniali koszty deponowania odpadów. Pozostaje to jednak bez związku z wyceną, ponieważ wszyscy wykonawcy mieli tę wiedzę i nie uwzględniali w swoich wycenach kosztów deponowania odpadów, a jedynie koszty ich zebrania i transportu do miejsca deponowania, które zostało wskazane jako Regionalna

5

Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Sosnowcu przy ul. Grenadierów.

c. Znajomość topografii miasta Sosnowca nie może być uznana za czynnik dający Jampich przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Nie stanowi ona wiedzy niedostępnej dla innych wykonawców (pozostali wykonawcy z racji świadczonej działalności znają topografię Sosnowca). Na rynku dostępne są szczegółowe mapy, system GPS, a także parę tysięcy osób, które znają topografię miasta Sosnowiec.

d. Wykonawca Jampich jako okoliczność pozwalającą na znaczne obniżenie ceny wymienił posiadanie bazy na terenie Gminy Sosnowiec. Posiadanie własnej bazy na terenie Gminy Sosnowiec nie jest okolicznością nadzwyczajną - pozostali wykonawcy np. Remondis sp. z o.o. również posiada bazę na terenie Sosnowca. Usługa, która jest przedmiotem zamówienia ma charakter usługi wykonywanej „u klienta”. Nie jest to usługa wykonywana na terenie bazy, czy też w budynkach administracyjnych firmy. Prace są wykonywane zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w parkach, na ulicach i chodnikach gminy. Posiadanie bazy na terenie Sosnowca nie jest czynnikiem kluczowym, który pozwalałby na obniżenie ceny o kilka milionów złotych w stosunku do cen ofert pozostałych wykonawców.

e. Nieprawidłowe jest również stwierdzenie, że na obniżenie ceny miało wpływ posiadanie baz przez wykonawcę i podwykonawcę w 6 punktach miasta Sosnowca. Posiadanie aż 6 baz jest czynnikiem podnoszącym cenę - koszty utrzymania takiej ilości baz są w ocenie odwołującego wyższe niż posiadanie jednej wymaganej przez zamawiającego

bazy. Kosztami posiadania takiego zaplecza są np.:

- podatki lub czynsze,
- dostawa mediów, obsługa dyspozytorska, zaplecza socjalne itp.
- koszty ochrony (ochrona 6 baz to koszt przykładowo 4 ochroniarzy na obiekt, a więc dodatkowe koszty zatrudnienia 24 osób - dla porównania, w przypadku, gdy podmiot, który posiada jedno zaplecze ogranicza te koszty do 4 osób).

Twierdzenia Jampich o oszczędnościowym rozwiązaniu w przypadku posiadania aż 6 baz są oderwane od analizy ekonomicznej. Nieprawdziwa również jest teza, że lokalizacja 6 punktów obsługowych baz obniża koszty logistyczne - posiadanie większej ilości baz nie pozwala na redukcję kosztów dojazdu. Jampich zaniechał przedstawienia wyliczeń lub choćby informacji w zakresie kosztów utrzymania baz, ich lokalizacji. Wykonawca, mimo ciążącego na nim obowiązku dowodzenia, nie wskazał żadnych dowodów by takie rozwiązanie dawało przewagę i pozwalało zaoferować ceny na przedstawionym poziomie. Odwołujący wskazał, że na terenie miasta Sosnowca i w okolicy do 10 km można wydzierżawić lub wynająć niezbędny teren, który może pełnić funkcję "baz". W treści SIWZ

6

zamawiający nie stawiał żadnych wymagań co do terenu jaki spełni wymóg zaplecza. Może to być nawet parking, gdzie miesięczny koszt parkowania nie przekracza ceny 100,00 zł od pojazdu. Miesięczny koszt najmu takiej powierzchni przy nawet 30 pojazdach wynosi ok. 3 000,00 zł. Biorąc pod uwagę fakt, że takich powierzchni jest co najmniej kilka na terenie Sosnowca, to należał stwierdzić, że ich lokalizacja może być dopasowana logistycznie zdecydowanie lepiej niż w przypadku rzeczonych 6 baz wskazanych przez Jampich. Usługa, która jest przedmiotem zamówienia, to usługa mobilna (niewymagająca zaplecza). Czynniki mający obniżać koszty wskazany przez Jampich jest w rzeczywistości czynnikiem je podwyższającym.

f. Niezrozumiałe jest stwierdzenie przez Jampich, że np. wykonawcy z Tarnowskich Gór, Bytomia, Chechła lub innego miejsca są zobligowani do zakwaterowania pracowników w miejscu wykonywania zamówienia. Podkreślenia wymaga, że nie ma ustanowionych takich przepisów, które by nakładały przedstawione przez Jampich obowiązki. Poza tym, pozostali wykonawcy również zatrudniają pracowników na terenie Gminy Sosnowiec (np. Remondis sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu).

g. Nieprawdą jest, że firma Jampich jest jedynym ze wszystkich wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu, którego łączy „długoletnia umowa” z Gminą Sosnowiec. Pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia również posiadają podpisane wieloletnie umowy z Gminą Sosnowiec (np. dotyczące świadczenia usług komunalnych).

h. Deklaracja Jampich, że dysponuje profesjonalnym sprzętem, który pozwala na obniżenie kosztów wykonania danej czynności również nie znajduje uzasadnienia. Sprzęt, który został zaprezentowany w ofercie jest powszechnie dostępny, popularny, nie ma on charakteru innowacji technologicznej. Nie sposób uznać, że jego możliwości techniczne pozwalają na uzyskanie wielomilionowej przewagi Jampich wyrażającej się w zaoferowanej cenie.

i. W przypadku analizy cen (porównania do innych postępowań) odwołujący zwrócił uwagę, że zaprezentowane zestawienia cen nie są adekwatne do tego postępowania. Ceny dotyczyły innych zadań, innego czasookresu, innego zakresu, innych powierzchni itd. - nie są więc porównywalne. Pokazane w kalkulacji ceny jednostkowe dotyczące postępowania prowadzonego przez Gminę Sosnowiec w 2014 r. są nieadekwatne, gdyż wówczas (w przeciwieństwie do obecnie toczącego się postępowania przetargowego) wykonawcy nie mieli obowiązku ujęcia w pozycji kosztorysowej wszystkich kosztów (w związku z czym, występowała gra cenami jednostkowymi - np. ta sama poz. w zakresie grabienia trawników u jednego wykonawcy wynosiła 12 gr/100m², a u innego 250 zł/100m²).

j. Jampich zadeklarował, że obliczając ceny jednostkowe zastosował kalkulacje indywidualne, które oparł „na swoim doświadczeniu i wiedzy, własnej organizacji pracy, na

7

posiadaniem parku maszynowym, posiadanej kadrze i opisie zamówienia przez zamawiającego.” W ocenie odwołującego, przy takiej deklaracji wyjaśnienia powinny wskazywać na opis:

- doświadczenia i wiedzy,

- własnej organizacji pracy,
- parku maszynowego,
- kadry,

i powiązania ww. elementów z opisem przedmiotu zamówienia - wykonawca Jampich takich wyjaśnień nie przedstawił.

k. Ustalenie takich norm jest niezwykle trudne i rzeczywiście wymaga m.in. opracowania chronometrażu - topografii dnia roboczego (pomiaru pracy w różnych warunkach, różnych ludzi, przy założeniu powtarzalności tych czynności, tak by pomiary były wiarygodne i uśrednione). Po zapoznaniu się z ofertą i wyjaśnieniami Jampich można stwierdzić, że w wyjaśnieniach Jampich takich wyliczeń brak, co oznacza, że złożone w tym zakresie oświadczenie pozostaje jedynie niczym nieopartą deklaracją wykonawcy.

l. Wykonawca w każdej cenie jednostkowej ujął taką samą wartość roboczogodziny - 11,00 zł, koszty ogólne w wysokości 50% oraz zysk w wysokości 10%. Taka metodologia obarczona jest błędem, ponieważ przedmiot zamówienia wykonują różni fachowcy, którzy z reguły mają różne stawki za roboczogodzinę. Do realizacji zamówienia wymagani są ogrodnicy, pracownicy fizyczni, malarze, kierowcy, stolarze, pilarze i inni. Koszty ogólne zakładu, które narzucono w praktyce powinny wynikać z bilansu firmy oraz rachunku zysków i strat. Tutaj zostały zastosowane jako współczynnik, a przecież sama formuła realizacji kontraktu, zlepek różnych firm (podwykonawcy) powoduje, że firmy te ponoszą różne koszty. Kalkulacja tym samym jest najprawdopodobniej zaniżona w obrębie indywidualnych norm pracy (co do wartości przeliczeniowej pozostają one utajnione).

Odnosząc się do kalkulacji przedstawionej przez Jampich:

m. Z fragmentów, które udostępniono wynika, że Jampich kalkulując cenę oferty poczynił błędne założenia - np. dowód nr 7 kalkulacja indywidualna - zamykanie chodników na str. 15 zapisano w tabelce S - paliwo. Najprawdopodobniej wykonawca Jampich uwzględnił w kalkulacji jedynie paliwo, a nie uwzględnił kosztów pracy samego sprzętu, a więc amortyzacji, serwisu tego sprzętu, czynszów dzierżawnych lub innych kosztów.

n. Z analizy wyjaśnień Jampich (str. 16) - w poz. dot. zamykania chodników wynika, że wykonawca ten nie skalkulował istotnego czynnika kosztotwórczego jakim jest woda - jest to element używany przy tego typu usługach. Brak uwzględnienia przez Jampich przedmiotowego materiału oznacza, że kalkulacja nie jest kompletna. Woda jest materiałem i nie ma praktyki by była rozliczana w kosztach ogólnych czy zysku. Zamawiający też

8

zakazał subsydiowania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Brak ujęcia wody powoduje znaczne zaniżenie ceny. Woda jest elementem niezbędnym, gdyż zamykarka jest tak skonstruowana, że przy braku wody powoduje pylenie i zablokowany zostaje system zasysania odpadów. Woda jest rozprowadzana na powierzchnię zraszaczami, jak również podawana bezpośrednio na odpady. Zamykarka posiada wprawdzie system odzysku wody tzn., że część wody, która została podana do zbiornika zraszającego jest odzyskiwana ze zmiotek, jednak ubytek wody musi być uzupełniany. Wszystkie pozycje związane z zamykaniem wymagają zużycia wody. Nie wliczono jej też w pozycjach dotyczących zamykania chodników - dowód nr 7 w wyjaśnieniach, zamykanie jezdni wzdłuż krawężnika - standard A - dowód nr 13 (str. 52-54), oczyszczanie jezdni wzdłuż krawężnika - dowód nr 14 i w innych pozycjach. W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że wykonawca Jampich zaniechał skalkulowania w cenie oferty istotnego czynnika cenotwórczego, jakim jest woda.

o. Z odtajnionej części wyjaśnień ceny Jampich wynika ponadto, że:

- Wydajności sprzętu (zamytarek, kosiarek bijakowych, czy ssaw do uprzątnięcia liści) są znacznie zawyżone (nierealne), co z kolei powoduje, że koszty ich utrzymania i wykorzystania na potrzeby realizacji zamówienia są znacznie zaniżone. Z wyjaśnień wynika, że Jampich uwzględnił optymalne warunki pracy tj.: brak korków, brak światła, długie proste odcinki dróg oraz pasów zieleni, na których nie występują żadne przeszkody np. znaki drogowe, chodniki (przy usługach koszenia ma to znaczenie). Nadto, kalkulacja nie przewiduje, że w sporej części nieruchomości/na drogach (w szczególności w centrum miasta) auta zaparkowane na poboczach dróg uniemożliwiają wykonanie usługi zamykania i koszenia, co będzie generowało potrzebę ponownego podjechania i konieczności powtórzenia czynności;
- Czas zamykania określony na 7 km/h i wydajność pracy na 16000m² jest znacznie zawyżona i nie uwzględnia konieczności pokonania ww. przeszkód podczas pracy.

Faktyczna wydajność zamiatarki oscyluje w granicach 5000-10000m²/h. W przypadku kosiarek bijakowych wydajność na godzinę pracy wynosi ok. 5000-9000m², natomiast w przypadku ssaw wydajność maksymalna to ok. 80m³.

• Jampich przyjął do kalkulacji ceny błędne założenia co do prędkości pracy zamiatarek - np. podmiot ten wskazał na str. 16, że maksymalną prędkością zamiatarki jest 16 km/h, podczas, gdy folderu technicznego zamiatarki HAKO Citymaster 1200 wynika, iż prędkość maksymalna - robocza tego urządzenia (str. 35) to 13 km/h (wyjaśnienia w tym zakresie są zatem niezgodne i wewnętrznie sprzeczne). Należy również wskazać, że istnieje znaczna różnica pomiędzy prędkością przejazdową przez miasto a prędkością maksymalną. Podkreślił, że przy realizacji zamówienia auto będzie „pracowało” jeszcze wolniej przy

9

uwzględnieniu okoliczności, iż należy odpady załadować/ wyładować, powracać na rejony celem wykonania usługi w miejscach niedostępnych (np. zaparkowane samochody itp.).

• W ocenie odwołującego nierealny wydaje się również koszt zużycia paliwa przedstawiony na str. 61 wyjaśnień - 2,5 l/h oraz wydajność koszenia - 100m² w ciągu 45 sekund (co w efekcie wynosi 0,0125h).

• Jampich wskazał, że wydajność pracy ssawy (str. 64 wyjaśnień) to 7,2 sekundy/100m² (0,002rg/100m²). Wedle najlepszej wiedzy odwołującego wskazana wydajność jest wydajnością jedynie teoretyczną bez uwzględnienia np. czasu przejazdów, co prowadzi do wniosku, że kalkulacja poczyniona w tym zakresie jest nierealistyczna.

• Ze str. 81 wynika, że w ocenie Jampich koparko-ładowarka spala 4 l/h. Jest to wartość oderwana od realiów i znacznie zaniżona (faktycznie koparko-ładowarka spala min. 7 l/h).

• Z zobowiązań do udostępniania zasobów (przez R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MARBUD” R. K., A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Budowlany „AB” A. B. oraz G. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy „KESAL” G. W.) wynika, że udostępnienie sprzętu następuje na podstawie bezpłatnego użyczenia. Powyższe jednak nie oznacza, że wykonawca Jampich nie będzie ponosił kosztów podatkowych. Z wyjaśnień ceny w żaden sposób nie można wywieść, że Jampich uwzględnił koszty podatkowe w tym zakresie

w cenie oferty, co powoduje, że cena ta jest zaniżona o tę wartość.

6. (cofnięty).

7. Złożenie przez Jampich oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (również w przypadku cen jednostkowych za świadczenie poszczególnych usług w ramach zamówienia), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

a. Przedstawione powyżej stanowisko odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „*Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

b. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy

10

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07.

II. W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

1. Odwołujący zamieścił opis punktu 5.1.3 SIWZ wskazującego obowiązek wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykazania się dysponowaniem sprzętem wymienionym w tym punkcie.

2. Odwołujący zamieścił opis oferowanego przez wykonawcę Jampich sprzętu i wskazał: zgodnie z odtajnionym w wyniku wykonania wyroku KIO z dnia 6 maja 2015 r., KIO 807/15 „Wykazem narzędzi wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia” wykonawca Jampich, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu częściowo bazuje na potencjale własnym, natomiast częściowo posiłkuje się potencjałem podmiotu trzeciego. Stosownie do treści wykazu w zakresie, w jakim Jampich wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu w oparciu o potencjał podmiotu trzeciego:

(...)

e. poz. 10 ssawy do zbierania liści - „potencjał podmiotu trzeciego” - 2 szt.,

(...)

h. poz. 15 odkurzacze do zbierania psich odchodów - „własne i potencjał podmiotu trzeciego” - szt. 4 szt.

3. Jednocześnie Jampich załączył do oferty dokumenty mające potwierdzać dysponowanie zasobami wskazanymi w wykazie:

(...)

b. Ofertę handlową A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH „TOP SERVICE” A. D., na 2 szt. odkurzaczy oraz 1 szt. ssawy do zbierania liści, wraz z umową przedwstępną.

4. (cofnięty).

5. Pierwsze trzy zdania (cofnięte).

Zgodnie z umową przedwstępną dołączoną do oferty handlowej PUH „TOP SERVICE” A. D., udostępniona zostaje przez ten podmiot tylko 1 szt. tego sprzętu. Nie sposób zatem wywieść, który z pozostałych podmiotów trzecich udostępnia ten sprzęt w pozostałym zakresie. W konsekwencji, nie sposób stwierdzić czy Jampich dysponuje wystarczającą ilością narzędzi zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 5.1.3 SIWZ.

11

6. Odwołujący wskazał, że Jampich wykazuje dysponowanie potencjałem PUH „TOP SERVICE” A. D. w zakresie odkurzaczy oraz ssaw do zbierania liści na podstawie oferty handlowej oraz umowy przedwstępnej. Odwołujący podniósł, że oferta handlowa nie jest dokumentem wystarczającym do wykazania realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego - oferta handlowa nie jest dokumentem potwierdzającym, że wykonawca będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Również załączona do oferty handlowej umowa przedwstępna nie może być źródłem zobowiązania w świetle przepisu art. 26 ust. 2b Pzp. Wskazał, że w rzeczywistości PUH „TOP SERVICE” A. D. jest sprzedawcą w rozumieniu przepisów k.c., tj. na podstawie przedmiotowej umowy przedwstępnej zobowiązuje się do sprzedaży urządzeń, a nie „oddania ich do dyspozycji” jako podmiot trzeci. Nawet jeśli uznać, że umowa przedwstępna może stanowić dokument potwierdzający „użyczenie” zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, to należało wskazać, iż umowa pomiędzy Jampich a PUH „TOP SERVICE” A. D.:

a. Jest umową przedwstępną warunkową, co wyklucza realność udostępnionych zasobów. Z treści załączonej do oferty Jampich umowy wynika, że jest to „umowa przedwstępna warunkowa”. Zgodnie z § 3 umowy „umowa (przedwstępna - przyp. autora) wejdzie w życie tylko w przypadku wygrania przez Kupującego przetargu co oznacza, że dopiero w przypadku ostatecznego uznania oferty Jampich jako najkorzystniejszej umowa przedwstępna będzie „obowiązywać” i dopiero od tego momentu będzie możliwe ewentualne wyznaczenie terminu na zawarcie umowy sprzedaży.” Odwołujący podkreślił, że w treści umowy przedwstępnej nie został zastrzeżony termin na zawarcie umowy przyrzeczonej (np. przez wskazanie, że zawarcie umowy sprzedaży nastąpi nie później niż w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego).

b. Wydanie sprzętu uwarunkowane jest wcześniejszą zapłatą ceny - zgodnie z § 4 umowy przedwstępnej wydanie sprzętu nastąpi z dniem podpisania umowy sprzedaży oraz zapłaty wynagrodzenia. *A contrario*, w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia przez Jampich, wykonawca ten nie będzie dysponował odkurzaczem oraz ssawami. Jak wskazano wyżej, przyrzeczona umowa sprzedaży ponadto może, ale nie musi zostać podpisana w czasie pozwalającym na dysponowanie przez Jampich urządzeniami podczas realizacji zamówienia.

c. Z treści umowy załączonej do oferty Jampich nie wynika, że zasoby wymienione

w umowie przedwstępnej będą wykorzystane w celu realizacji zamówienia (w żadnym wypadku nie można tej okoliczności domniemywać z § 3 umowy, w którym mowa jest tylko warunku jaki musi zostać spełniony, aby umowa przedwstępna „doszła do skutku”).

7. (cofnięty), 8. (cofnięty), 9. (cofnięty), 10. (cofnięty).

III. W zakresie zarzutu dotyczącego wykazu usług.

12

1. Zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w prowadzonym postępowaniu powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie maksymalnie 5 umów zleceń związanych ze świadczeniem prac porządkowo-pielęgnacyjnych na terenach pasów drogowych, terenach zieleni urządzonej i nieurządzonej - o łącznej wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł brutto mające łącznie w swoim zakresie co najmniej:

(...)

b. wygrabianie liści z terenów zielonych - na powierzchni co najmniej 2 500 000 m².

2. W załączonym do oferty Jampich wykazie, wykonawca wskazał 5 usług, w tym usługi wykonane na rzecz zamawiającego - Gminy Miasta Sosnowiec. Z załączonego do wykazu dokumentu - zakresu usług wykonanych w ramach umowy - wynikają znacznie zawyżone i niezgodne z rzeczywistością powierzchnie grabienia liści - w odniesieniu do usług wykonanych przez Jampich (Rejon II Śródmieście miasta Sosnowiec) oraz podmiot trzeci - R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MARBUD” R. K. (Rejon VI - Zagórze miasta Sosnowiec). Według najlepszej wiedzy odwołującego powierzchnia grabienia liści wykonana na rzecz Gminy Sosnowiec przez Jampich oraz R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MARBUD” R. K., jest niższa od tej zadeklarowanej w załączniku do wykazu usług i nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym powierzchnia w zakresie wygrabiania liści powinna być nie mniejsza niż 2 500 000 m². Okoliczność ta powinna stanowić podstawę do wezwania Jampich do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

3. Niezależnie od powyższego, zadeklarowanie przez Jampich niezgodnych ze stanem rzeczywistym wartości w zakresie usługi wygrabiania stanowi również podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. W piśmiennictwie przyjmuje się, że nieprawdziwą informacją jest informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, natomiast sama ustawa nie różnicuje informacji, przez co za informację należy rozumieć każdą wiadomość zawartą w dokumentacji, oświadczeniu, czy ofercie (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2013, Legalis).

4. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - wyroki: z dnia 8 sierpnia 2012 r., KIO 1596/12; z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1571/12; z dnia 22 maja 2012 r., KIO 899/12.

5. Oświadczenie przez wykonawcę złożone w zakresie dotyczącym powierzchni

13

wykonanej usługi wygrabienia liści pozostaje w sprzeczności z rzeczywistością, co powinno prowadzić do stwierdzenia, że Jampich podał nieprawdziwe informacje w rozumieniu Pzp. Nie może budzić wątpliwości fakt, że podanie nieprawdziwych informacji miało istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły one warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jeżeli potwierdzone zostanie złożenie nieprawdziwych informacji przez Jampich, wykonawca ten nie powinien być wzywany do uzupełnienia ww. dokumentów, a wykluczony z postępowania (nieprawdziwych informacji nie można zastąpić informacjami prawdziwymi).

IV. Podsumowując - w ocenie odwołującego - przedstawiona wyżej argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Do pisma wniesionego **w dniu 11 czerwca 2015 r. odwołujący** załączył dowody:

1. wykaz kalkulatora wynagrodzeń - koszty pracodawcy (wydruk z Internetu - kalkulacja kosztów pracodawcy przy zastosowanym wynagrodzeniu 1750 zł), konkluzja: łączny koszt

- wynagrodzenia 25 328,16 zł w skali roku; miesięcznie 2 110,68 zł);
2. kalkulacje kosztów dla 1 roboczogodziny (kosiarza 16,98 zł/h; kierowcy 27,88 zł/h; przeciętny koszt pracownika z uwzględnieniem struktury zatrudnienia 70/30 - 20,11 zł/h; (jest to koszt z uwzględnieniem każdego wydatku związanego z zatrudnieniem - wszystkie pozycje poczynawszy od wynagrodzenia przez urlopy, szkolenia, zapewnienie wszystkich należności z tytułu bhp, choroby, aż do obciążeń z tytułu PEFRON);
 3. tabelaryczna analiza wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty uczestnika postępowania - przedstawiono 7 pozycji z ceną Jampich, ceną kalkulacyjną Remondis, wskazano nr strony wyjaśnień uczestnika postępowania oraz w ostatniej kolumnie „uwagi”;
 4. kalkulacja kosztów amortyzacji sprzętu: w wykazie - rodzaj sprzętu, ilość wymagana przez zamawiającego, cena zakupu 1 szt., amortyzacja miesięczna, producent/model sprzętu, łączna wartość zakupu; przy łącznej cenie zakupu 3 569 155,40 zł, amortyzacja miesięczna wynosi 99 143,21 zł; 15% wartości zamówienia stanowi sprzęt.

Do pisma wniesionego **w dniu 18 czerwca 2015 r. odwołujący** załączył dowody:

1. opinia (opis terenu) dr inż. J. G. z załącznikami - 4 zdjęcia terenu;
2. dokumentacja fotograficzna bazy przy ul. Szymanowskiego 10, opis - działka niezabudowana, brak zaplecza socjalnego, zadaszenie tymczasowe (zdjęcie 1);
3. dokumentacja fotograficzna bazy przy ul. Reja 7, opis - budynek stary, zaniedbany jednokondygnacyjny, po starej kotłowni (zdjęcie 2);
4. dokumentacja fotograficzna działki nr 1170 - nieogrodzony niezabudowany bagnisty teren

14

(zdjęcie 3);

Baza przy ul. Kopalnianej stanowi niezabudowany, nieogrodzony grunt (zdjęcie 4);

5. dokumentacja fotograficzna działki nr 872/8;
6. opinia prof. dr hab. A. S. z informacją o autorze - jt. pismo autora do A. L.-P. - prezesa zarządu komplementariusza BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp. L. - dotyczące podstawy zatrudnienia przy realizacji usług utrzymania porządku i czystości; autor wskazał, że jest to odpowiedź modelowa, zamawiający nie wprowadził w SIWZ wymagań co do podstawy zatrudnienia, poza minimum 49 osób do wykonania zamówienia.

II. 1. W odpowiedzi na odwołanie (pismo złożone na posiedzeniu Izby w dniu 9 czerwca 2105 r.) **zamawiający wniósł o oddalenie odwołania** w całości wskazując, że zawarte w nim zarzuty są bezzasadne oraz z uwagi na ich bezprzedmiotowość, ze względu na unieważnienie przez zamawiającego w dniu 03.06.2015 r. decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Czynnością zamawiającego, której dotyczy odwołanie jest wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego dokonany w dniu 14.05.2015 r. Jednakże w dniu 03.06.2015 r. zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty (dowód nr 1). O tym fakcie został poinformowany zarówno odwołujący, jak i przystępujący.

Wszyscy uczestnicy postępowania zostali jednocześnie poinformowani o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Pismem z dnia 03.06.2015 r. zamawiający poinformował o ponownym dokonaniu odtajnienia wyjaśnień wykonawców części przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z uzasadnieniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt 807/15. Zamawiający odtajnił opisy znajdujące się przed i pod tabelami, w których wyliczono ceny jednostkowe, w szczególności sposób wykonania zamówienia, rodzaj przewidywanego sprzętu (dowód nr 2). Ponadto w tym samym dniu zamawiający wezwał przystępującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pisemnych zobowiązań podmiotów: MARBUD R. K. z siedzibą w Sosnowcu, Zakład Usługowo-Budowlany „AB” A. B. z siedzibą w Sosnowcu, Zakład Usługowo- Handlowy „KESAL” G. W., z których jednoznacznie będzie wynikało, jaki zasób zostaje udostępniony na rzecz wykonawcy na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia. Ponadto, przystępujący na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp został wezwany do wyjaśnienia, ile sztuk sprzętu wskazanego w pozycjach 1, 2, 6, 8, 12, 13 wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, jest sprzętem własnym wykonawcy, a ile jest udostępnione przez podmiot trzeci. Termin na złożenie uzupełnień i wyjaśnień upłynął w dniu 08.06.2015 r.

o godz. 15:00 (dowód nr 3). Obecnie zamawiający bada wyjaśnienia oraz uzupełnienia.

W związku z powyższym zamawiający uznał, że w zaistniałym stanie faktycznym odwołanie ma charakter bezprzedmiotowy.

Jednakże z ostrożności procesowej zamawiający podkreślił, że same zarzuty zawarte w odwołaniu są bezzasadne z uwagi na poniższą argumentację.

1. Ogólne uwagi dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny opierają się w większości na czysto hipotetycznych rozważaniach, a część zarzutów jest wręcz nieprawdziwa. Odwołujący w sposób wybiórczy odniósł się do kalkulacji przystępującego. W ocenie zamawiającego, były to rzetelne materiały, poparte szczegółowymi wyliczeniami, a dodatkowo wskazujące na sprzyjające czynniki, które pozwoliły wykonawcy wycenić zamówienie na danym poziomie, a zamawiającemu nie pozostawiały wątpliwości, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W złożonym odwołaniu często dla uargumentowania racji odwołującego są zamieszczone zwroty: „wedle najlepszej wiedzy”, „nierealnym wydaje się”, ale - zdaniem zamawiającego - jest to zbyt mało, aby udowodnić swoje racje.

2. W zakresie zarzutu określonego w ust. I pkt 2 uzasadnienia.

Odwołujący powołał się na nowe brzmienie art. 90 Pzp, zgodnie z którym ciężar obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień. Jednakże odwołujący całkowicie pomija brzmienie art. 90 ust. 3 Pzp zgodnie, z którym 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. Powyższe oznacza, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy jedynie w przypadku, gdy w wyniku analizy złożonych wyjaśnień oraz przedłożonego materiału dowodowego bezspornie okaże się, iż cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Udzielone wyjaśnienia wraz z przedstawionymi dowodami nie dały takiej pewności, co więcej utwierdziły zamawiającego w przekonaniu, że cena zaoferowana przez przystępującego nie nosi znamion rażąco niskiej - wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2735/14.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pełne oraz rzeczowe, czym dochował ciężącego na nim obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 Pzp, a co za tym idzie nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Słuszność decyzji zamawiającego została potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 97/15, KIO 121/15.

3. W zakresie zarzutu określonego w ust. I pkt 5 lit. a uzasadnienia.

Odwołujący powołał się na fakt, że przystępujący w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny nie oświadczył, iż w kalkulacji ceny zostały uwzględnione wyjaśnienia SIWZ

z dnia 19 lutego 2015 r. Po pierwsze, zamawiający z całą stanowczością stwierdził, że w dniu 19 lutego 2015 r. nie zostały udzielone żadne wyjaśnienia treści SIWZ. Po drugie, fakt, że na 2 ze 126 stron wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny przystępujący określił ogólne założenia, które brał pod uwagę przy kalkulowaniu ceny ofertowej, pozostaje bez wpływu na dalszą ocenę wyjaśnień zawartych na kolejnych stronach, w szczególności w zakresie merytorycznej oceny ich zawartości. Pierwsze strony wyjaśnień należy potraktować jako swoistego rodzaju preambułę. Natomiast ocena czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę odbywa się przede wszystkim na podstawie materiału dowodowego, w szerokim ujęciu, oraz szczegółowych kalkulacjach zawartych w dalszej części wyjaśnień.

4. W zakresie zarzutu określonego w ust I pkt 5 lit. b - I uzasadnienia.

Odwołujący opiera się na ogólnej argumentacji, której nie może stanowić zarzutu wobec ceny zaoferowanej przez przystępującego. Nie można czynić zarzutu przystępującemu, że przy wycenie uwzględniał swoją wiedzę i doświadczenie, czy też znajomość topografii terenu Gminy Sosnowiec. Odwołujący wykazał przewagę najmu powierzchni parkingowych nad własną bazą. Jednakże nie dostrzegł, że baza sprzętowa może pełnić znacznie szerszą funkcję aniżeli wynajmowanie miejsca parkingowego. W ramach bazy sprzętowej mogą być chociażby utworzone stanowiska do bieżącego serwisowania sprzętu wykorzystywanego przy realizacji usług. Odwołujący stwierdził, że

miesięczny koszt parkowania nie przekracza ceny 100 zł od pojazdu. Jednakże nie wskazał podstawy tych wyliczeń. Czy odwołujący dokonał analizy lokalnego rynku z terenu Gminy Sosnowiec? W tym zakresie argument ten nie stanowi, w żadnym wypadku, potwierdzenia słuszności tezy odwołującego, gdyż nie został poparty żadnym dowodem.

Zdaniem odwołującego do ochrony bazy potrzeba 4 pracowników, ale nie wiadomo z czego ta liczba wynika - informacja ta nie jest poparta żadnym uzasadnieniem, a zatem równie dobrze można wskazać 5 pracowników, 3 a może tylko 2. Liczba ta nie jest poparta żadnym dalszym uzasadnieniem ani dowodami, podobnie jak przyjęte założenie, że lokalizacja 6 baz nie pozwala na redukcję kosztów dojazdu czy też to, że wynajęcie 6 parkingów może być dopasowane bardziej logistycznie do realizacji przedmiotu zamówienia, niż posiadanie 6 baz wskazanych przez przystępującego.

Niezrozumiałym dla zamawiającego jest stawianie zarzutu o zastosowaniu tej samej wartości roboczogodziny w stosunku do wszystkich kategorii pracowników. Odwołujący wymienił, że do realizacji zamówienia wymagani są ogrodnicy, pracownicy, fizycy, malarze, kierowcy, stolarze, pilarze i inni. Wątpliwym, czy osoby o tych specjalizacjach są niezbędne do realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia - jest to jedynie deklaracja odwołującego, która w żaden sposób nie jest powiązana z warunkiem udziału

17

w postępowaniu. Ponadto, zdaniem zamawiającego są to pracownicy o zbliżonym poziomie kwalifikacji, a co za tym idzie nie widzi przeciwwskazań do możliwości zastosowania wobec nich tych samych stawek roboczogodziny. Zresztą stanowisko wyrażone przez odwołującego w tym zakresie jest dalece niekonsekwentne, gdyż w odwołaniu z dnia 20 kwietnia 2015 r. wniesionym w tym samym postępowaniu przez tego samego pełnomocnika odwołującego na str. 16 stwierdził on „informacje zawarte w wykazie osób, w sytuacji, w której, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, zamawiający nie wymagał wskazania osób o unikatowych i specjalistycznych kwalifikacjach”. Oznacza to, że sam odwołujący przyznał w sposób niezaprzeczalny, że osoby, którymi zobowiązani byli wykazać się wykonawcy uczestniczący w postępowaniu nie charakteryzują się szczególnie wysokimi kwalifikacjami, a co za tym idzie nie ma uzasadnienia do dywersyfikacji wysokości stawki roboczogodziny ze względu na pełnioną funkcję.

Trudno zgodzić się z kolejnym stwierdzeniem zawartym w odwołaniu, że zestawienia cen - przedstawione przez przystępującego na poparcie swoich wyjaśnień - w porównaniu do wcześniejszych postępowań, nie są adekwatne do niniejszego postępowania. Z całą pewnością sprostowania wymaga oczywista nieprawda polegająca na stwierdzeniu, że w roku 2014 wykonawcy nie mieli obowiązku ujęcia w pozycji kosztorysowej wszystkich kosztów.

Zamawiający w prowadzonych postępowaniach wskazywał jakie czynniki niezbędne - pozwalające na prawidłową realizację usługi winny być ujęte w kalkulacjach dla poszczególnych pozycji. Na dowód zamawiający przedstawił strony SIWZ z postępowań prowadzonych przez Gminę w roku 2011, 2014 oraz 2015 (zamówienia uzupełniające) - (dowód 4, 5 i 6). Jedyną różnicą w tych postępowaniach jest kwestia nie ujmowania przez wykonawców kosztów deponowania odpadów we wskazanej instalacji, która to zmiana dotyczy niniejszego postępowania i dotyczy bieżącego roku. Zatem porównywane postępowania są tożsame.

5. W zakresie zarzutu określonego w ust. 1 pkt 5 lit. m uzasadnienia.

Odwołujący postawił zarzut, że przystępujący nie uwzględnił kosztów pracy sprzętu twierdząc, iż „najprawdopodobniej wykonawca Jampich uwzględnił w kalkulacji jedynie paliwo”. Samo użycie trybu przypuszczającego poddaje w wątpliwość zasadność tak postawionego zarzutu. Zdaniem zamawiającego tabela załączona na stronie 15 i następnych wyjaśnień, w sposób precyzyjny przedstawia sposób kalkulacji ceny ofertowej z wzywając uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych. Zamawiający przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 Pzp nie określił, w jaki sposób te wyjaśnienia mają zostać sformułowane, a tym bardziej jaki ma być poziom szczegółowości tabel kalkulacyjnych oraz według, jakich składników cenotwórczych ma zostać ona rozbita.

18

W przypadku tak sformułowanego przez zamawiającego wezwania do wyjaśnienia, przystępujący miał swobodę w sposobie przygotowania i przedłożenia kalkulacji - wyrok KIO

z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2735/14.

6. W zakresie zarzutu określonego w ust. 1 pkt 5 lit. n uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, że przystępujący nie uwzględnił w kosztach związanych z zamiataniem chodnika istotnego czynnika jakim jest woda. Swoją argumentację oparł na twierdzeniu, że nie ma praktyki, aby ten element był rozliczany w kosztach ogólnych. Jednakże w żaden sposób odwołujący nie udowodnił słuszności swoich twierdzeń. Po pierwsze, fakt, że nie ma takiej praktyki nie oznacza, że istnieje bezwzględny zakaz uwzględniania kosztów wody w kosztach ogólnych, które wynikałyby z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Po drugie, jak to już wskazano wyżej, nie można stawiać zarzutu przystępującemu o zastosowaniu takiej, a nie innej szczegółowości udzielonych wyjaśnień, w momencie, gdy wezwanie zamawiającego nie stawiało żadnego konkretnego wymogu co do jego poziomu.

Ponadto zamawiający stoi na stanowisku, że czynnik ten jest nieistotny z punktu widzenia kosztów realizacji usługi szczególnie, że cena 1 m³ zimnej wody kosztuje 4,80 zł.

7. W zakresie zarzutu określonego w ust. 1 pkt 5 lit. o uzasadnienia.

Chybionym, zdaniem zamawiającego, jest zarzut przyjęcia określonych warunków pracy sprzętu wykorzystywanego do realizacji usługi. Zdaniem odwołującego przyjęcie optymalnych warunków pracy jest niedopuszczalne, ponieważ urządzenia za pomocą których są realizowane usługi, napotykają na swojej drodze na szereg przeszkód. Należy domniemać, że twierdzenie to wynika z doświadczeń odwołującego w realizacji usług o podobnym charakterze. Jednakże odwołujący wykazuje się w tym zakresie dalece posuniętą niekonsekwencją, gdyż kilka stron wcześniej uczynił przystępującemu zarzut, że ten kalkulując cenę oferty oparł się na własnych doświadczeniach. W związku z tym, w ocenie zamawiającego, odwołujący stoi na stanowisku, że dla poparcia zarzutów może oprzeć się na własnych doświadczeniach, natomiast nie może tego samego uczynić przystępujący udowadniając rzetelność przedstawionej wyceny.

Odwołujący wskazał, że wydajność zmiatarki oscyluje w granicach 5 000-10 000 m²/h. Zarzut ten jest zupełnie niezrozumiały i wręcz nie odnosi się do argumentacji przedstawionej przez przystępującego w wyjaśnieniach, gdyż ten przyjął wydajność na poziomie 8000 m²/h (str. 52 wyjaśnień), a zatem mieszczącą się we wskazanych granicach. Odwołujący stwierdził, że maksymalna prędkość zmiatarki HAKO Citymaster 1200 może wynosić 13 km/h. Postawił zarzut przystępującemu, że ten przyjął 16 km/h, czym uczynił wyjaśnienia wewnętrznie sprzecznymi. Natomiast odwołujący pominął zupełnie fakt, zawarty w danych technicznych zmiatarki HAKO Citymaster 1200 (str. 35 wyjaśnień), zgodnie

19

z którymi maksymalna prędkość jazdy wynosi 25 km/h. Zdaniem zamawiającego, przystępujący mógł przyjąć maksymalną prędkość jazdy na poziomie 16 km/h. Pracę zmiatarki można podzielić na dwa etapy, pierwszy polega na dojechaniu do miejsca docelowego, czy też przemieszczaniu się pomiędzy lokalizacjami, w których wykonywane są usługi, a drugi polega na faktycznym wykonywaniu czynności czyszczenia. Dlatego też przyjęcie średniej prędkości stanowiącej wypadkową prędkości jazdy (napęd samochodowy) oraz prędkości w trybie roboczym (napęd hydrostatyczny) jest uzasadniona specyfiką pracy tego konkretnego urządzenia.

Zarzut zawarty w tiret czwartym, piątym oraz szóstym dotyczący przyjętej przez przystępującego wydajności, został poparty jedynie „najlepszą wiedzą odwołującego”. Zamawiający uznał, że nie można dać wiary argumentom wynikającym jedynie z doświadczenia odwołującego, który z racji stanowiska w postępowaniu odwoławczym nie wykazuje się daleko posuniętym obiektywizmem. Natomiast wielce prawdopodobnym jest, że stanowisko to pokierowane jest subiektywnymi odczuciami odwołującego, wynikającymi z chęci pozyskania zamówienia.

Przy czym zamawiający również podkreślił, że oceniając złożone przez przystępującego wyjaśnienia, zamawiający wziął również pod uwagę, założoną konieczność wykonywania części prac ręcznie przez pracowników, właśnie z uwagi na np. na niedostępność danego miejsca dla sprzętu, o czym odwołujący też nie wspomina.

8. W zakresie zarzutu określonego w ust. 1 pkt 6 uzasadnienia.

Zamawiający stoi na stanowisku, że w obecnym stanie faktycznym, wykonał wszystkie czynności do których został zobowiązany wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15. Użycie przez odwołującego w tym zakresie trybu przypuszczającego świadczy o braku pewności co do stawianych zarzutów.

Odwołujący, w szczególności odnosi się do str. 16 oraz 64 wyjaśnień, w tym do zamazanych flamastrem danych, znajdujących się pod tabelą na dole strony kalkulacji. Na str. 16 wyjaśnień, pod tabelą znajdują się powtórzone informacje z tabeli, które zgodnie z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto odwołujący nie wskazał, w jaki sposób zarzut ten ma związek z naruszeniem jego interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzut w tym zakresie jest dalece nieprecyzyjny - wyrok KIO z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO 1832/10.

W ocenie zamawiającego, obowiązek konkretyzacji zarzutów wynika przede wszystkim z brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przykładowe odniesienie się przez odwołującego do str. 16 oraz 64 świadczy o dalece nieprecyzyjnym sformułowaniu zarzutu,

20

a co za tym idzie, zamawiający nie ma pewności co do oczekiwań odwołującego - czy jego żądania odnoszą się jedynie do str. 16 oraz 64, czy też są szersze.

Z daleko posuniętej ostrożności zamawiający zaznaczył, że informacje, które nie zostały ujawnione odwołującemu po wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r., pozostają bez wpływu na możliwość weryfikacji prawidłowości oferty przystępującego. Zdaniem zamawiającego, dalszym rozważaniem zarzutu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, po pierwsze, przeczy art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, a pod drugie, w żaden sposób nie jest powiązane z interesem odwołującego oraz nie ma istotnego znaczenia z tego punktu widzenia - wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt KIO 338/15.

9. W zakresie zarzutu określonego w ust. I pkt 7 uzasadnienia.

Podobnie, jak w przypadku zarzutu związanego z rażąco niską ceną, zamawiający uważa, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący faktu, iż złożona przez przystępującego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przesłanki określone w przywołanym przepisie nie zaistniały w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem zamawiającego w postępowaniu ma miejsce naturalna konkurencja rynkowa - wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 11094/12 - nie można utożsamiać rywalizacji przedsiębiorców działających w celu uzyskania lepszej pozycji na rynku z czynem nieuczciwej konkurencji, bo oznaczałoby to, że każda próba zaproponowania korzystniejszych warunków mogłaby zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo w kilku orzeczeniach, np. wydanym w dniu 5 marca 2013 r., sygn. akt KIO 337/13 akcentowano konieczność wykazania dowodzonych okoliczności, a także i samego faktu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

10. W zakresie zarzutu określonego w ust. II pkt 1-10 uzasadnienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na zasobach podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zdaniem zamawiającego wszystkie przesłanki z art. 26 ust. 2b Pzp zostały spełnione. W przypadku pisemnych zobowiązań niżej wymienionych podmiotów:

- 1) MARBUD R. K. z siedzibą w Sosnowcu,
 - 2) Zakład Usługowo-Budowlany „AB” A. B. z siedzibą w Sosnowcu,
 - 3) Zakład Usługowo- Handlowy KESAL z siedzibą w Sosnowcu
- zamawiający pismem z dnia 03.06.2015 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia.

W pozostałym zakresie zamawiający uznał zarzut za bezzasadny. Zamawiający wskazał, że

21

w świetle brzmienia art. 26 ust. 2b Pzp, a w szczególności wobec faktu, użycia przez ustawodawcę zwrotu „(...) udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia (...)” w sposób jasny przesądzone zostało, że zamawiający nie ma prawa wymagać, aby w pisemnym zobowiązaniu zostały określone typy lub modele sprzętu udostępnionego wykonawcy, czy też enumeratywnie osoby wymienione z imienia i nazwiska. Słuszność powyższej tezy potwierdza także brzmienie § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących, w szczególności: 1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu oraz okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Użycie przez ustawodawcę zwrotu „może żądać” świadczy o uprawnieniu, a nie obowiązku zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie postawił takiego wymogu, więc na obecnym etapie nie można żądać od przystępującego dodatkowych informacji poza te, określone ściśle w art. 26 ust 2b Pzp. Zasadność zarzutów odwołującego można byłoby rozważyć w przypadku, gdyby zamawiający zażądał dokumentu, o którym mowa w powyższym rozporządzeniu. Zamawiający w SIWZ nie skorzystał z tej możliwości. Oznacza to, że na etapie badania i oceny ofert nie mógł egzekwować od przystępującego dodatkowych informacji. Analizując uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2563/11 można wysunąć wniosek, że niepostawienie przez zamawiającego szczególnych wymagań co do treści pisemnego zobowiązania nie może następnie implikować żądaniem dodatkowych informacji.

Na potwierdzenie faktu, że zarzut podniesiony przez odwołującego jest bezzasadny zamawiający przywołał uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2014 r., sygn. akt KIO 686/14.

Odnosząc się na koniec do tego zarzutu - jego bezzasadność została również potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1671/10.

22

Za całkowicie chybioną zamawiający uważa tezę wyrażoną przez odwołującego w pkt 8, że z treści wykazu nie sposób wywieść, które konkretnie osoby udostępnione zostają przez podmioty trzecie. Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w wykazie osób ma zostać ujęta jedynie informacja o podstawie dysponowania. Ewentualne żądanie wskazania w wykazie osób podmiotu, który będzie udostępniał zasób stanowiło by wymóg nadmiarowy, wykraczający poza opisy określone w przepisach rozporządzenia - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2374/14.

W pkt 6 odwołujący przekonuje, że umowa przedwstępna, warunkowa nie może stanowić dowodu dysponowania zasobem podmiotu trzeciego. Zamawiający uważa ten argument za całkowicie chybiony, ponieważ w art. 26 ust. 2b Pzp został przez ustawodawcę użyty czas przyszły. W sposób jednoznaczny oznacza to, że wykonawca nie musi dysponować przedmiotowym zasobem na etapie składania ofert. Wystarczającym dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu będzie wykazanie, że wykonawca będzie dysponował tym zasobem na etapie realizacji zamówienia. Zdaniem zamawiającego wykładnia językowa tego przepisu jest oczywista, aby wskazać na słuszność powyższych twierdzeń, przytoczył uzasadnienie wyroku KIO z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/486/10.

Na marginesie zamawiający podkreślił, że odwołujący wykazał się daleko posuniętą niekonsekwencją oraz zastosował interpretację przepisów, która jest odpowiednia do sytuacji zaistniałej w danym postępowaniu - wyrok z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO 926/11, w którym stroną odwołującą był REMONDIS Tarnowskie Góry Sp. z o.o. (członek konsorcjum, który wniósł aktualne odwołanie). Na potwierdzenie przedstawianych w nim zarzutów REMONDIS Tarnowskie Góry Sp. z o.o. podnosił, że „(...) *podzielić należy stanowisko, zgodnie z którym na etapie kwalifikacji i wyboru oferty, wykonawcy mogą przedstawić umowy przedwstępne zawarte z podmiotami trzecimi.*”

11. W zakresie zarzutu określonego w ust. III uzasadnienia.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący zawyżył powierzchnie grabienia liści

w odniesieniu do usług wykonanych przez firmę Zakład Usługowy Jampich oraz firmę MARBUD. Jednakże nie wykazał uzasadnienia tego zarzutu, w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów przesądających o fakcie złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji. W zaistniałym stanie faktycznym, odwołujący nie dochował obowiązku wynikającego z art. 6 Kodeksu cywilnego. Zamawiający nie widzi podstaw do nieuznania prawdziwości wartości m 2 grabienia liści podanych w załączniku do wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat, wynoszącej 2.763.187,40 m 2 .

23

Ponadto zamawiający będący odbiorcą wyżej wymienionych usług, na etapie badania i oceny ofert dokonał szczegółowej analizy oraz weryfikacji ilości m 2 zadeklarowanych przez przystępującego i uznał, że ilość ta jest zgodna ze stanem faktycznym.

W załączonym do oferty przystępującego wykazie usług, informacje są zgodne z zakresem zrealizowanym w okresie 01.04.2013 r. do 31.03.2014 r. - dowód zestawienie powierzchni wygrabiania trawników w Rejonach II i VI (dowody 7 i 8). Powierzchnie wskazane w wykazie usług są zgodne z faktycznie zrealizowanym zakresem prac.

KIO stwierdziła w wyroku z dnia 18 czerwca 2012 r., KIO 1087/2012, że to odwołujący musi udowodnić okoliczności podnoszone w zarzutach i to po jego stronie leży obowiązek dowodowy, zgodnie z treścią art. 6 k.c., który stanowi: ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Reasumując, zamawiający stanął na stanowisku, że wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu są chybione oraz nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, a co za tym idzie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto w świetle czynności zamawiającego z dnia 03.06.2015 r. zarzuty mają charakter bezprzedmiotowy.

Do pisma zamawiający załączył dowody wskazane w uzasadnieniu.

2. W piśmie złożonym na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r. (uzupełnieniu argumentacji przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie przekazane Izbie w dniu 09.06.2015 r.), **zamawiający przedstawił** następujące stanowisko.

W zakresie zarzutu określonego w ust. I pkt 3, 4, 5 uzasadnienia.

Odwołujący zarzucił przystępującemu, że wykonawca nie przedstawił konkretnych i wyczerpujących wyjaśnień potwierdzonych dowodami. Zamawiający nie zgodził się z tym zarzutem, potwierdzeniem tego są 126-stronicowe wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. Pzp, które w swojej treści zawierają nie tylko pisemne uzasadnienia dotyczące elementów wyceny, ale i dowody oznaczone numerami wraz z zestawieniami tabelarycznymi, szczegółowymi kalkulacjami indywidualnymi, wydrukami z ogólnodostępnych stron internetowych, w tym fotografiami sprzętu.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach odniósł się do przykładowych cen jednostkowych, dla których przedstawił szczegółową kalkulację indywidualną, z której jasno wynika, że ujął wszystkie rzeczywiste koszty niezbędne do realizacji zamówienia, tj.

- koszt płacy minimalnej w wysokości 11,00 zł,
- KO w wysokości 50 %,
- zysk - w wysokości 10%.

Wobec powyższego zarzut ten zamawiający uważa za chybiony. Dowody nr: 7, 13, 17, 24, 28 i 32 wyjaśnień przystępującego.

24

Jako element oferty mający wpływ na wysokość ceny w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia przez przystępującego należy uznać fakt posiadania przez przystępującego 6 baz, co w przypadku utrzymania całego miasta wpływa na zminimalizowanie kosztów transportu, np.: w przypadku konieczności zamykania ulic w dzielnicy Zagórze zamykarka nie musi przemierzać kilkunastu kilometrów, np. z centrum miasta, a wyjeżdża z bazy w Zagórzu i tam też wraca.

Lokalizacja kilku baz sprzyja lepszemu logistyce i organizacji pracy, co potwierdza sam odwołujący - str. 5 ust. I p. 5 lit. e odwołania.

Sprostowania wymaga fakt, że wśród pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jedynie REMONDIS Oddział w Sosnowcu posiada wieloletnią umowę z zamawiającym. Jednakże okres obowiązywania tej umowy upływa z dniem 31.12.2015 r. Ponadto jej zakres jest odmienny od przedmiotu niniejszego

zamówienia.

W zakresie zarzutu opisanego w lit. h odwołujący jest niekonsekwentny, ponieważ w toku rozprawy w dniu 09.06.2015 r. przedstawił dowód na potwierdzenie faktu, że sprzęt wymagany do realizacji niniejszego zamówienia jest unikatowy, a jego potencjalna dostawa trwa co najmniej kilka tygodni.

W uzupełnieniu odpowiedzi na odwołanie z dnia 09.06.2015 r. zamawiający podkreślił, że odwołujący kwestionuje możliwość prowadzenia analizy porównawczej z cenami z poprzednich postępowań, podczas, gdy w toku rozprawy w dniu 09.06.2015 r. przedstawił takowe analizy przygotowane przez: 1) B. K.; 2) J. Ż.; 3) H. K. 4) J. W. .

Ponadto nie została określona metodologia oszacowania przyjętych cen określonych jako „rynkowe”. W większości przypadków zestawienia są przygotowane w sposób wybiórczy. B. K. oraz H. K. powołują się na stawki z postępowania nr WGK.271.01.11.2014. W przywołanym postępowaniu stawki zaoferowane w ramach poszczególnych rejonów były niższe niż przedstawione jako dowód odwołującego. Co więcej stawki te były niższe od stawek zaoferowanych przez przystępującego w niniejszym postępowaniu. Dla przykładu:

1) zmiatanie chodników:

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 0,50 zł;
- cena zaoferowana przez H. K. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014 w zakresie rejonu VI, IX - 0,12 zł;
- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia H. K. z dnia 28.05.2015 r. - 1,79 zł.

2) odśnieżanie chodników:

- cena zaoferowana przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu - 0,90 zł;
- cena zaoferowana przez H. K. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014

25

w zakresie rejonu VI, IX - 0,50 zł;

- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia H. K. z dnia 28.05.2015 r. - 4,73 zł.

3) koszenie trawników:

- cena zaoferowana przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu - 5,00 zł;
- cena zaoferowana przez H. K. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014 w zakresie rejonu VI, IX - 0,01 zł;
- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia H. K. z dnia 28.05.2015 r. - 17,05 zł.

4) koszenie trawników:

- cena zaoferowana przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu - 5,00 zł;
- cena zaoferowana przez B. K. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014 w zakresie rejonu III - 0,01 zł;
- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia B. K. z dnia 28.05.2015 r. - 13,00 zł.

5) wiosenne wygrabianie trawników:

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 4,00 zł;
- cena zaoferowana przez B. K. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014 w zakresie rejonu II - 0,50 zł;
- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia B. K. z dnia 28.05.2015 r. - 6,51 zł.

6) oczyszczanie jezdni wzdłuż krawężników:

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 11,00 zł;
- cena zaoferowana przez B. K. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014 w zakresie rejonu III - 2,00 zł;
- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia B. K. z dnia 28.05.2015 r. - 13,73 zł.

Ponadto, w przypadku postępowania z 2014 r. wykonawcy uwzględniali w zaoferowanych cenach koszty deponowania odpadów. Obecnie nie ma takiego obowiązku.

W ramach dowodu w postaci oświadczenia J. Ż. z dnia 08.06.2015 r. powołano się na wygodne dla odwołującego pozycje kosztorysowe, podczas, gdy w wielu pozycjach dowodzący zaoferował ceny jednostkowe niższe od przystępującego. Dla przykładu:

1) usuwanie śliskości na chodnikach:

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 0,90 zł;
- cena zaoferowana przez J. Ż. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014

26

w zakresie rejonu IV - 0,20 zł.

2) odśnieżanie chodników:

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 0,90 zł;
- cena zaoferowana przez J. Ż. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014 w zakresie rejonu IV - 0,50 zł;

W odniesieniu do dowodu w postaci oświadczenia J. W. z dnia 28.05.2015 r. zamawiający podkreślił, że ceny jednostkowe zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu są porównywalne do tych zaproponowanych przez przystępującego. Zaprezentowane przez J. W. ceny rynkowe są wyższe od zaoferowanych przez niego w niniejszym postępowaniu przetargowym. Dla przykładu:

1) opróżnianie kosza:

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 1,40 zł;
- cena zaoferowana przez J. W. w niniejszym postępowaniu - 1,00 zł;
- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia J. W. z dnia 28.05.2015 r. w rejonie I - 2,10 zł oraz w rejonie II - 3,35 zł.

2) zmiatanie jezdni wzdłuż krawężnika:

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 1,00 zł;
- cena zaoferowana przez J. W. w niniejszym postępowaniu - 1,00 zł;
- cena według dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia J. W. z dnia 28.05.2015 r. - 6,00 zł.

3) koszenie trawników

- cena zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu - 5,00 zł;
- cena zaoferowana przez J. W. w niniejszym postępowaniu - 5,00 zł;
- cena zaoferowana przez J. W. w postępowaniu nr WGK.271.01.11.2014 w zakresie rejonu I - 12,00 zł oraz w rejonie II - 15,00.

Przyjęta przez przystępującego stawka za jedną roboczogodzinę spełnia wymogi określone w wezwaniu zamawiającego do wyjaśnienia z dnia 31.03.2015 r., spełnia wymóg minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto zgodnie z 5.4.1 SIWZ zamawiający nie wymagał żadnych szczególnych kwalifikacji wobec osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Reasumując, zamawiający stanął na stanowisku, że wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu są chybione oraz nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, a co za tym idzie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto w świetle czynności zamawiającego z dnia 03.06.2015 r. zarzuty mają charakter bezprzedmiotowy.

III. 1. Wykonawca – P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. P.

27

Zakład Usługowy "JAMPICH" z siedzibą w Sosnowcu - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pismo wniesione w dniu 28 maja 2015 r.) wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

2. W piśmie wniesionym w dniu 8 czerwca 2015 r. wykonawca wnosząc o oddalenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp poinformował o czynnościach zamawiającego podjętych po wniesieniu odwołania, stwierdzając w konkluzji, że „Skoro Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 15 maja 2015 r., a także dokonał odtajnienia zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt 807/15 - a odwołanie skierowane jest wobec tej właśnie czynności to przyjąć należy, że zarzucane przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp - nie mają wpływu na wynik postępowania”.

3. W piśmie procesowym przystępującego **wniesionym w dniu 11 czerwca 2015 r.**, wykonawca odniósł się rzeczowo do zarzutów odwołania, przedstawił zestawienie cen ofert złożonych w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego w okresie kwiecień - lipiec 2014 r., części 1, 2, 4, 4, 6, 7, 9 - z których wynika potwierdzenie dużej konkurencji na rynku; przedstawił szczegółowo metraż wiosennego i jesiennego wygrabiania trawników w Rejonie II Śródmieście oraz w Rejonie VI Zagórze miasta Sosnowiec - wobec zarzutu

odwołującego zaniżenia metrażu w tych częściach przedstawionego w wykazie wykonanych usług. Kosztorysy powykonawcze dla Rejonu II Śródmieście szczegółowo wykazują świadczenie usługi w okresie od 1 kwietnia 2013 r. do 31 marca 2014 r. na obszarze 1 167 569,40 m². Kosztorysy powykonawcze dla Rejonu VI Zagórze miasta Sosnowiec szczegółowo wykazują świadczenie usługi w okresie od 1 kwietnia 2013 r. do 31 marca 2014 r. na obszarze 769 336,00 m².

4. W piśmie z dnia 18 czerwca 2015 r. wykonawca wskazał na stanowisko odwołującego przedstawiane na rozprawach, wykraczające poza granice zarzutów przedstawionych w odwołaniu -rażąco niska cena: minimalne wynagrodzenie za pracę, konieczność zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, uwzględnienie kosztów poszczególnych prac związanych ze świadczeniem usługi; -warunki udziału w postępowaniu - realność dysponowania zasobami udostępnionymi przez A. D. PHU „TOP SERVICE”. Załączył 8 załączników, w tym:

- dowód nr 1 - zamiatarki HAKO Citymaster 2000 - technologia czyszczenia, technologia komunalna, koszty użytkowania;
- dowód nr 2 - szczotka do usuwania chwastów;
- dowód nr 3 - korespondencja elektroniczna z 17 czerwca 2015 r. dotycząca trzeciej szczotki - z samymi linami (plecionkami), które wyrrywają chwasty i ziemię;
- dowód nr 4 - potwierdzenie przeprowadzenia kontroli przez Inspektorat Pracy Państwowej

28

-
- Inspekcji Pracy Okręgowego Inspektoratu Pracy w Katowicach w dniach 02.04.2015 r. - 03.04.2015 r.; zakres kontroli: umowy cywilno-prawne; zalecenia pokontrolne - brak;
- dowód nr 5 - Protokół kontroli z dnia 03.04.2015 r., z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
 - dowód nr 6 - oświadczenie A. B. Zakład Usługowo-Budowlany „AB” z siedzibą w Sosnowcu z dnia 16.06.2015 r. dotyczące spalania paliwa przez małe ciągniki komunalne wykorzystywane do wykonywania prac porządkowo-pielęgnacyjnych i odśnieżania w wielu rejonach na terenie miasta Sosnowiec - spalanie wynosi ok. 1,5 l/r-g, moc ok. 50 KM, do wskazanych prac wykorzystywane są kosiarki zbierające bijakowe PERUZZO Panther 1600 i SOVEMA, plugi do odśnieżania, posypywarki do usuwania śliskości z chodników;
 - dowód nr 7 - oświadczenie R. K. MARBUD z dnia 18.06.2015 r. - użycie ciągnika rolniczego wraz z kosiarką bijakową samobierającą PERUZZO Panther 1600, spalanie wynosi 1,5 do 2 litrów oleju napędowego na godzinę;
 - dowód nr 8 - oferta dostawy Zakładu Techniki Komunalnej i Rolniczej Agro-Partner z siedzibą Głogoczków, kosiarka bijakowa producenta PERUZZO, model: KOALA 1600 Professional; PANTHER 1600 Professional; zapotrzebowanie mocy - model 1600 - 30 KM, model o innym kodzie niż poprzedni - 50 KM.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała skuteczność przystąpienia, zatem wykonawca P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: W. P. Zakład Usługowy „JAMPICH” z siedzibą w Sosnowcu stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w skrócie też „przystępującym” lub „wykonawcą”.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o uznanie bezskuteczności przystąpienia wykonawcy ze względu na wniesienie (podpisanie) pisma przez pełnomocnika z załączoną kopią pełnomocnictwa poświadczoną za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika, niebędącego radcą prawnym lub adwokatem, mając na uwadze, że do umocowania pełnomocników stron i uczestników postępowania odwoławczego w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zastosowanie mają przepisy ustawy Kodeks cywilny (pełnomocnictwo materialnoprawne). Przepis art. 99 § 1 kc stanowi: *„Jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.”*

29

Izba ustaliła, że pełnomocnictwo zostało udzielone w formie pisemnej (oświadczenia w tym

przedmiocie złożyli - obok pełnomocnika, mocodawca obecny na posiedzeniu i rozprawie w Izbie, który potwierdził tożsamość treści kopii z oryginalnym pełnomocnictwem). W poprzednim postępowaniu - sygn. akt KIO 807/15 - wykonawca ten został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym na podstawie takich samych dokumentów, przy braku negatywnego stanowiska odwołującego.

Wobec niewystąpienia przesłanek do odrzucenia odwołania, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie.

II. Izba uznała, że odwołujący wykazał spełnienie ustawowych wymagań wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniających do wniesienia odwołania. Jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, złożył ofertę czwartą w kolejności w rankingu ofert pod względem ceny (oferty - druga i trzecia w kolejności - zostały odrzucone z innych przyczyn niż cena), zatem odwołujący ma realny interes w uzyskaniu zamówienia warunkowany możliwością poniesienia szkody w razie nie uzyskania zamówienia.

III. Postępowanie odwoławcze jest drugim postępowaniem przed Izbą w sprawie tego samego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący przedstawił obecnie niemal te same zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu z dnia 20 kwietnia 2015 r., w którym wskazał naruszenie:

„1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy JAMPICH (dalej: „Jampich”), mimo że oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Jampich nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „uznk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty Jampich, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;

3) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk przez zaniechanie ujawnienia całości oferty (dokumenty załączone na stronach 25-79 oferty Jampich, a wymienione w pkt 1-9 Zawiadomienia o utajnieniu informacji z dnia 10.04.2015 r.) oraz wyjaśnień złożonych przez Jampich (wyjaśnienia z dnia 3.04.2015 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie dotyczącym podstaw zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa), mimo że zastrzeżone informacje nie spełniają

30

przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;

4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Jampich z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał na dzień składania ofert spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wymaganych uprawnień, o których mowa w pkt 5.1.1 SIWZ, ewentualnie zaniechanie wezwania Jampich do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, co narusza art. 26 ust. 3 Pzp (następnie odwołujący do protokołu oświadczył, że wycofuje ten zarzut);

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

W wyroku z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15, Izba nakazała odtajnienie wyszczególnionych w sentencji i opisanych w uzasadnieniu informacji zamieszczonych w ofercie i wyjaśnieniach przystępującego, wskazując w uzasadnieniu: „Na obecnym etapie nie jest więc możliwe rozstrzygnięcie o zarzutach co do naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Jampich, mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Jampich nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych; oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Jampich, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich

świadczenia/wytworzenia. Odwołujący na dzień wniesienia odwołania nie znał podstaw faktycznych tak sformułowanych zarzutów, dodatkowo bez ujawnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica nie była możliwa polemika ze stanowiskiem Przystępującego na rozprawie. W tym sensie zarzuty te można uznać za przedwczesne. Konkludując, Izba zdecydowała się uwzględnić odwołanie, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazać Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert, i - wraz z ponowną informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej - odtajnienie informacji zastrzeżonych, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa (...)."

Zamawiający powtórzył czynności, wybrał ponownie ofertę P. W. jako najkorzystniejszą. W wyniku wniesienia aktualnego odwołania dokonał reasumpcji czynności we własnym zakresie, unieważniając wybór oferty oraz powtarzając czynności badania i oceny oferty w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.

31

IV. Przepis art. 187 ust. 1 Pzp stanowi, że odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono wpis. Poza przypadkami określonymi w ustawie: -możliwość umorzenia postępowania odwoławczego w razie uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, przy braku przystąpienia innego wykonawcy po stronie zamawiającego, a w razie przystąpienia, o ile nie wniósł on sprzeciwu (art. 186 ust. 2-3 Pzp); -umorzenie postępowania odwoławczego w razie cofnięcia odwołania przez odwołującego (art. 187 ust. 8 Pzp); -odrzućcie odwołania w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 Pzp

- Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), rozstrzygając o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Przepisy ustawy nie dopuszczają możliwości pozostawienia odwołania lub poszczególnych jego zarzutów bez rozpoznania (podobnie w wyroku z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt KIO 2407/13).

V. Czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania, podlegają ocenie pod kątem ich wpływu na rozstrzygnięcie Izby, gdyż zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp - „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”, w szczególności, gdy zamawiający wykonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania w zakresie, którego dotyczą zarzuty odwołania. W takiej sytuacji, wpływ czynności zamawiającego na orzeczenie Izby uzależniony jest od rodzaju wykonanych czynności i ich zakresu.

VI. Zamawiający unieważniając - po wniesieniu odwołania, z własnej inicjatywy w dniu 3 czerwca 2015 r. - czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego oraz powtarzając czynności badania i oceny oferty tego wykonawcy w przedmiocie: pisemnych zobowiązań podmiotów: MARBUD R. K.; Zakład Usługowo-Budowlany „AB” A. B.; Zakład Usługowo- Handlowy „KESAL” G. W., co do sposobu udostępnienia przez te podmioty zasobów na rzecz wykonawcy na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia oraz wyjaśnienia, ile sztuk sprzętu wskazanego w pozycjach 1, 2, 6, 8, 12, 13 wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, jest sprzętem własnym wykonawcy, a ile jest udostępnione przez podmiot trzeci

- ograniczył czynności badania i oceny oferty przystępującego do wskazanego zakresu, przyznając tym samym fakty stanowiące podstawę zarzutów.

VII. Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie przyznanym przez zamawiającego -

32

zarzuty, żądania i odpowiednie części uzasadnienia odwołania, co skutkowało wygaśnięciem sporu wskazanego w tej części odwołania.

VIII. W odpowiedzi na odwołanie i w toku postępowania odwoławczego, zamawiający złożył oświadczenie, że ocena spełniania pozostałych warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego oraz ocena oferty wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny, nie były przedmiotem powtórzonych czynności wskazanych w piśmie z dnia 3 czerwca 2015 r.,

powtórzone badanie i ocena oferty w tym zakresie dokonane po wyroku Izby, pozostały niezmiennione i nie podległy reasumpcji.

IX. Wobec tego odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania w zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp i innych przepisów prawnych przedstawionych w odwołaniu:

- 1) art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty P. W. Zakład Usługowy JAMPICH, dalej Jampich, mimo że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzają, iż cena oferty jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk - przez zaniechanie odrzucenia oferty Jampich, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy Jampich do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca ten nie wykazał realności dysponowania zasobami udostępnianymi w zakresie potencjału technicznego (*udostępnienie potencjału technicznego na podstawie oferty handlowej i umowy przedwstępnej, zawartej z A. D.*);
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy Jampich do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (*zaniżenie metrażu powierzchni wygrabiania trawników w wykazie wykonanych usług*);
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia Jampich z postępowania, mimo że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie dotyczącym wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (*zaniżenie metrażu powierzchni wygrabiania trawników w wykazie wykonanych usług*);

33

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

X. Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów podtrzymanych przez odwołującego, mając na uwadze, że stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy skutkowałoby oddaleniem odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp - z powodu braku wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez który należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej - art. 2 pkt 7a Pzp (*„celem postępowania jest wybór oferty, umożliwiający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego”*) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 – *„Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.”* Natomiast w przypadku nie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy - odwołanie podlega oddaleniu zgodnie z art. 192 ust. 1 Pzp.

XI. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego, Izba uznała.

1. Rażąco niska cena oferty.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zostało złożonych 5 ofert. Oferta przystępującego przedstawiała najniższą cenę w zestawieniu cen rocznych ofert, oferta odwołującego przedstawiała czwartą w kolejności - od najniższej - cenę w tym zestawieniu. Zamawiający zwrócił się do uczestnika postępowania pismem z dnia 31 marca 2015 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, o udzielenie wyjaśnień wskazując, że zaproponowana cena oferty, którą jest kwotą stanowiąca sumę wartości wynikających z iloczynu cen jednostkowych, szacowanej powierzchni/długości/ ilości, zakładanej krotności oraz wagi procentowej, tj. 409 391,88 zł, jest niższa o 34,48% od wyliczonej średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w tym postępowaniu (624 876,31 zł). Zamawiający wskazał, że prosi o złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- „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 2005 r. Nr 157, poz. 1314); - pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

W uzasadnieniu wezwania zamawiający zwrócił uwagę m.in. na prawidłowość

34

wyliczeń przedstawionych w wyjaśnieniach, udokumentowanie, że cena nie wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych, nie pozwalając tym samym na wygenerowanie zysku.

Wykonawca złożył w terminie wyjaśnienia wraz z dowodami (z dnia 3 kwietnia 2015 r.), w sumie plik liczący 126 stron, które zostały pozytywnie ocenione przez zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 maja 2015 r. W piśmie tym zamawiający podał, że spośród dwóch ocenianych końcowo ofert (przystępującego i odwołującego) oferta przystępującego uzyskała następującą ilość punktów: cena ofertowa 409 391,88 zł - 90 pkt, wywóz śniegu 1 godzina - 5 pkt, usuwanie śliskości do 30 min. - 5 pkt, łączna ilość 100 pkt - w ramach kryteriów oceny ofert cena, stanowiąca 90%. Czas reakcji na podjęcie prac związanych z zimowym utrzymaniem miasta - 10%.

Oferta odwołującego uzyskała następującą ilość punktów: cena ofertowa 673 186,79 zł - 54,90 pkt, wywóz śniegu 1 godzina - 5 pkt, usuwanie śliskości do 30 min. - 5 pkt, łączna ilość 64,90 pkt - w ramach kryteriów oceny ofert cena, stanowiąca 90%. Czas reakcji na podjęcie prac związanych z zimowym utrzymaniem miasta - 10%.

Wybór oferty wykonawcy w dniu 14 maja 2015 r. był drugim wyborem oferty w wyniku powtórzonych czynności nakazanych w wyroku z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15.

Z pisma zamawiającego (wezwanie do złożenia wyjaśnień) wynika, że porównanie ceny oferty wykonawcy wskazuje, że jest ona niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30%.

Przystępujący podniósł na rozprawie, że stosunek procentowy ceny jego oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jest niższy niż 30%: wskazał, że średnia arytmetyczna cen brutto wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 6 199 921,51 zł, cena przystępującego wynosi 4 421 645,70 zł, co stanowi 70,60% średniej arytmetycznej, a więc różnica w stosunku do progu wskazanego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wynosi 0,40%.

Z zestawienia ofert wraz z cenami rocznymi netto i brutto, złożonego przez zamawiającego w sprawie KIO 807/15 wynika, że cena roczna oferty przystępującego wynosi 4 422 639,20 zł (cena - zgodnie z definicją, to kwota do zapłaty wraz z podatkiem VAT), średnia arytmetyczna rocznych cen wszystkich złożonych ofert wynosi 6 171 340,86 zł, więc cena roczna oferty przystępującego stanowi 71,66% średniej arytmetycznej rocznych cen wszystkich złożonych ofert, różnica stanowiąca 28,34%, jest niższa od wskazanych w art. 90 ust. 1 Pzp do porównania 30%.

Fakt ten nie miał znaczenia dla oceny zarzutów i rozstrzygnięcia żądań odwołującego, gdyż zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający jest w każdej sytuacji

35

uprawniony, a w przypadku, gdy cena oferty 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) - art. 2 pkt 1 Pzp, jest niższa o 30% od wartości zamówienia (w rozumieniu przepisu art. 32 ust. 1 Pzp) lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie przedstawionym w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, wskazanych tam jako elementy przykładowe.

Przepis art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że: „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.”

W przypadku niezłożenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, zgodnie z art.

90 ust. 3 Pzp.

O tym, czy oferta jest rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku na podstawie posiadanych materiałów, w szczególności wyjaśnień wykonawcy i załączonych do wyjaśnień dokumentów, ocenianych w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie.

Konsekwencją uznania ceny rażąco niskiej na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (*„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”*).

Istotne jest zatem, aby wyjaśnienia precyzyjnie odnosiły się do kwestii wskazanych przez zamawiającego. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy z treści wezwania będzie jednoznacznie wynikało, jakie zamawiający powziął wątpliwości w toku badania wysokości ceny oferty. Na konieczność precyzyjnego formułowania wezwania wskazał również Trybunał Sprawiedliwości wyroku z 29 marca 2012 r. (sygn. akt. C-599/10).

Zamawiający przywołując w wezwaniu treść art. 90 ust. 1 Pzp i nie precyzując odmiennych wymagań w przedmiocie elementów oferty, oczekiwał od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wskazanym w pkt 1 i 2 tego przepisu.

Wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia wraz z dowodami.

Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia uznając, że wraz z dowodami nie potwierdzają rażąco niskiej ceny oferty. W sposób przejrzysty przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie, potwierdzając przeprowadzoną analizę złożonych wyjaśnień i dowodów.

W ocenie Izby, wyjaśnienia wraz z dowodami przedstawione zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pozwalały uznać, że wykonawca „podał na tyle konkretne informacje, że możliwe jest ich przełożenie na uchwytne i wymierne

36

wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.” - wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15, KIO 197/15, KIO 198/15.

Wykonawca przedstawił elementy wskazujące oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne przyjęte dla realizacji zamówienia, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy, uwzględnienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny jest wyższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie wskazanej w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp stanowi, że w postępowaniu odwoławczym: *„ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.”*

Dla oceny udowodnienia przez przystępującego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, istotne znaczenie mają następujące okoliczności.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego, wykonawca zamieścił w formularzu ofertowym (załącznik nr 1) w pozycji 1 deklarację o wykonaniu zamówienia za wynagrodzeniem cen jednostkowych wskazanych w tabeli przedstawiającej w 57 pozycjach opis usługi w każdej pozycji, wynagrodzenie bez podatku (netto), stawkę i kwotę podatku VAT, wynagrodzenie z podatkiem (brutto). Jedynie w pozycji 57 za *„Utrzymanie przejścia podziemnego pod ulicą 3 Maja zwanego pasażem handlowym oraz placu dolnego przy ulicy Warszawskiej”*, zamawiający wymagał określenia ryczałtu dobowego oraz załączenia kosztorysu szczegółowego, zgodnie z przekazanym wzorem. Wykonawca przedstawił *„Kosztorys w celu wyliczenia ryczałtu dobowego utrzymania pasażu handlowego i placu dolnego przy ul. Warszawskiej”*, jako załącznik nr 2 do oferty. W tabeli przedstawił w 27 pozycjach opis czynności, obmiar, krotność, cenę jednostkową, wartość netto. Suma wartości netto (pozycje 1-27) stanowi roczny koszt utrzymania (pozycja 28); ryczałt dobowy stanowi: wartość pozycji 28 podzielona przez 365 dni. Wykonawcy przedstawili ceny jednostkowe na podstawie własnych kalkulacji, zatem ceny ofertowe są znacznie zróżnicowane.

Zamawiający złożył na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r. *„Zestawienie cen jednostkowych od najwyższej do najniższej ze wskazaniem pozycji cen zaoferowanych przez Zakład Usługowy Jammich w porównaniu do cen pozostałych złożonych ofert w tym postępowaniu”*.

Z zestawienia, wybranych przykładowo pozycji, wynika.

1. W dziewięciu pozycjach zestawienia ceny przystępującego były najwyższe, np.
- poz. 4 - usuwanie śliskości na powierzchni przystanków komunikacji w standardach A-D,

37

- cena przystępującego 4,00 zł, pozostałe ceny: 2,33 zł; 2,04 zł; 1,59 zł; 1,00 zł;
- poz. 7 - cięcie żywopłotów w standardach A-B, cena przystępującego 25,00 zł, pozostałe ceny: 6,10 zł; 4,63 zł; 4,19 zł; 3,00 zł;
 - poz. 9 - odchwaszczanie żywopłotów i krzewów w skupiskach w standardach C-D, cena przystępującego 100,00 zł, pozostałe ceny: 99,00 zł; 75,00 zł; 50,93 zł; 7,20 zł.

2. W piętnastu pozycjach ceny przystępującego były drugie w kolejności - od najwyższej, np.

- poz. 11 - zmiatanie schodów terenowych i prowadzących do przejść podziemnych w standardach A-B, cena 4,00 zł, pozostałe trzy: 3,84 zł; 3,40 zł; 1,00 zł; najwyższa cena 7,87 zł;
- poz. 17 - cięcie krzewów w standardach C-D, cena przystępującego 110,00 zł, pozostałe trzy ceny: 60,00 zł; 46,30 zł; 29,20 zł; cena najwyższa 239,00 zł;
- poz. 18 - odchwaszczanie żywopłotów i krzewów w skupiskach w standardach A-B, cena przystępującego 95,00 zł, pozostałe trzy ceny: 75,00 zł; 50,93 zł; 7,20 zł; cena najwyższa 99,00 zł;
- poz. 24 - utrzymanie przejścia podziemnego pod ulicą 3 Maja zwanego pasażem handlowym oraz placu dolnego przy ulicy Warszawskiej, cena przystępującego 583,96zł, pozostałe trzy ceny: od 500,76 zł; 480,02 zł; 454,89 zł; cena najwyższa 599,95 zł.

3. W dziewięciu pozycjach ceny przystępującego były trzecie w kolejności - od najwyższej, np.

- poz. 28 - opróżnianie kosza na śmieci w standardach A-B, cena przystępującego 1,40 zł, pozostałe dwie ceny: 1,00 zł i 0,79 zł, dwie wyższe ceny: 2,04 zł i 2,90 zł;
- poz. 32 - jesienne grabienie trawników w standardach C-D, cena przystępującego 9,00 zł, pozostałe dwie ceny: 7,41 zł i 6,49 zł, ceny wyższe: 10,00 zł i 15,32 zł;
- montaż ławki, cena przystępującego 30,00 zł, pozostałe dwie ceny: 16,00 zł i 9,99 zł, ceny wyższe: 40,65 zł i 55,00 zł.

4. W jedenastu pozycjach ceny przystępującego były czwarte w kolejności - od najwyższej, np.

- poz. 37 - mycie wiaty na przystanku komunikacji miejskiej, cena przystępującego 20,00 zł, cena najniższa 15,00 zł, trzy ceny wyższe: 23,79 zł; 65,00 zł; 73,17 zł;
- poz. 41 - zbieranie wszelkich zanieczyszczeń z terenu miasta - w ciągu miesiąca, cena przystępującego 50,00 zł, cena najniższa 23,59 zł, trzy ceny wyższe: 74,07 zł; 197,50 zł; 580,00 zł.

5. W trzynastu pozycjach ceny przystępującego były najniższe, np.

- poz. 51 - odśnieżanie powierzchni przystanków komunikacji miejskiej w standardach B-D, cena przystępującego 3,00 zł, ceny wyższe: 4,07 zł; 5,49 zł; 6,00 zł; 9,26 zł;

38

- poz. 56 - zmiatanie jezdni wzdłuż krawężników lub krawędzi jezdni w standardzie A, cena przystępującego 1,00 zł, ceny wyższe: 1,89 zł; 2,00 zł; 2,78 zł; 11,90 zł;
- poz. 57 - wywóz śniegu na odległość 12 km, cena przystępującego 1 400,00 zł, ceny wyższe: 2 314,81 zł; 3 500,00 zł; 5 000,00 zł; 8 527,54 zł.

6. W trzech pozycjach 42 - koszenie trawników w pasach zieleni przyulicznej (...), 43 - odśnieżanie parkingów w standardzie A oraz 44 - zmiatanie parkingów w standardach C-D, ceny przystępującego - odpowiednio 5,00 zł; 1,00 zł i 1,50 zł, były takie same, jak innego wykonawcy.

Ceny jednostkowe przedstawione w zestawieniu są znacznie zróżnicowane, nie tylko w ofercie przystępującego, ale również w ofertach pozostałych wykonawców. Na 57 pozycji przedstawionych w formularzu ofertowym, tylko w 11 pozycjach ceny przystępującego są najniższe, zaś w 9 pozycjach najwyższe i w 15 plasują się na drugiej pozycji w kolejności od najwyższej, pozostałe na pozycjach środkowych.

Podkreślić przy tym należy, że ceny najniższe przedstawione w 11 pozycjach, różnią się niewiele od cen następnych bezpośrednio wyższych, np. cena oferty przystępującego - cena bezpośrednio wyższa w innej ofercie:

- poz. 45: 0,50 zł - 1,00 zł; poz.46: 1,20 zł - 1,60 zł; w pięciu pozycjach - 47, 48, 49, 52, 53:

0,90 zł - 1,00 zł; w dwóch pozycjach - 50 i 51: 3,00 zł - 4,07 zł; w pozycji 54: 5,00 - 6,00; w poz. 55: 4,00 - 5,00; w poz. 56: 1,00 - 1,89 zł.

Znaczne różnice wśród cen za wywóz śniegu na odległość 12 km dotyczą wszystkich ofert (poz. 57) - od najwyższej do najniższej: 8 527,54 zł; 5 000,00 zł; 3 500,00 zł; 2 314,81 zł; 1 400,00 zł.

Wskazane zróżnicowanie cen jednostkowych w ofertach wykonawców, w tym przystępującego, nie stanowią podstawy do uznania, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska, nierealna - w stosunku do przedmiotu zamówienia, niepozwalająca na wykonanie zamówienia i osiągnięcie zysku.

W wyjaśnieniach z dnia 3 kwietnia 2015 r. wykonawca przedstawił czynniki, które miały wpływ na kalkulację cen jednostkowych oferty.

Zamawiający uznał, że za wystarczające, niepotwierdzające, że wykonawca przedstawił cenę oferty rażąco niską.

Izba podzieliła ocenę zamawiającego, przy uwzględnieniu dowodów złożonych na rozprawie wobec argumentacji odwołującego poszerzanej w kolejnych terminach rozprawy.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazanych w wyjaśnieniach z 3 kwietnia 2015 r. i podważanych w odwołaniu - argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu: I.5 lit. b - o, uznając, że stanowisko przystępującego, poparte dowodami złożonymi na rozprawie, uzasadnia

39

pozytywną ocenę wyjaśnień złożonych zamawiającemu wraz z dostarczonymi dowodami, co czyni również zadość wymaganiu wynikającemu z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Odnosnie zarzutów dotyczących elementów oferty wskazanych w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 3 kwietnia 2015 r., jako mających wpływ na wysokość ceny, zakwestionowanych w uzasadnieniu odwołania - na podstawie wyczerpujących i spójnych wyjaśnień tego wykonawcy potwierdzonych złożonymi dowodami - Izba uznała.

1. Brak obowiązku uwzględnienia w cenie oferty kosztów deponowania odpadów, zgodnie z oceną zamawiającego, został przedstawiony informacyjny. Nie ulega wątpliwości, że w przeciwieństwie do poprzednich postępowań, gdzie koszty deponowania i utylizacji odpadów obciążały wykonawcę, odstąpienie od tego obowiązku, umożliwiło wszystkim wykonawcom skalkulowanie cen ofert w sposób odmienny, korzystny dla każdego z nich, co wynika z wyjaśnień, również odpowiedzi na odwołanie zamawiającego złożonej w dniu 9 czerwca 2015 r. Przystępujący wskazując tę okoliczność dogodną w stosunku do poprzednich postępowań, jako wpływającą na kalkulację indywidualną kosztów kształtujących cenę jednostkową, nie przypisał wyłącznie sobie tego uprawnienia, lecz wskazał fakt, który wpłynął na kalkulację jego cen jednostkowych. Element ten prawdopodobnie nie wpłynął na obniżenie ceny oferty przystępującego w stosunku do cen ofert innych wykonawców, wskazał jednakże na różnicę cen składanych w tym postępowaniu w stosunku do cen oferowanych w postępowaniach poprzednich.

2. Znajomość topografii miasta, w rozumieniu jakie przedstawili przystępujący i zamawiający (pisma i oświadczenia składane w toku rozprawy) - „Przez topografię miasta należy rozumieć nie znajomość rozkładu ulic (mapa, gps) lecz posiadanie wiedzy na temat szerokości chodników, szerokości trawników sposób ewentualnej zabudowy na tychże chodnikach i trawnikach, ilości zanieczyszczeń występujących w związku z liczniejszym lub nie użytkowaniem danej nawierzchni, występowaniem imprez masowych itp.” - wskazuje na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, z uwagi na świadczenie tego typu usług w latach poprzednich i na podstawie umowy aktualnie obowiązującej. Taka wiedza umożliwia doświadczonemu wykonawcy, którym jest przystępujący, wykonujący wraz z podwykonawcami w okresie ostatnich 10 lat usługi na niemalże 70% miasta powierzchni objętej zamówieniem, zastosowania sprzętu o optymalnych gabarytach, zwrotności i prędkości - „maszyny sprzątające, tzw. duże, czy ewentualnie małe, przykładowo kosiarki spalinowe” (oświadczenie zamawiającego) - co w konsekwencji pozwala na odpowiednie skalkulowanie ceny oferty.

Powiązania umowne z zamawiającym, w tym aktualną wieloletnią umową w zakresie świadczenia usługi o podobnym charakterze, pozwala w sposób korzystny skalkulować koszty zamówienia, chociażby przez korzystanie z tego samego sprzętu, osób itp.

40

3. Zlokalizowanie baz wykonawcy i podwykonawców w sześciu punktach miasta pozwoliło przystępującemu na uwzględnienie tej okoliczności w kalkulacji ceny, jako warunków sprzyjających wykonywaniu zamówienia ze względu na możliwość przemieszczania sprzętu, osób i materiałów. Kwestia baz uwypuklona na rozprawie i dowodzona składanymi dowodami, nie stanowi podstawy negatywnej oceny wyjaśnień, ze względu na stan techniczny nieruchomości przedstawiony przez odwołującego (zdjęcia, opisy). Istotne i wyłączne znaczenie ma w tej ocenie wymóg zamawiającego. Z SIWZ i wyjaśnień treści SIWZ (z dnia 23 lutego 2015 r. pytanie i odpowiedź 8.2), w tym § 4 ust. 3 projektu umowy wynika - wielokrotnie podnoszone na rozprawie wymaganie zamawiającego w tym zakresie, tj. obowiązek wykonawcy: w ciągu miesiąca od dnia podpisania umowy zorganizowania zaplecza na terenie miasta Sosnowca lub w odległości do 10 km od granicy miasta, z zastrzeżeniem prawa kontroli dokonanej przez zamawiającego w wyznaczonym terminie, celem potwierdzenia zorganizowania przez wykonawcę zaplecza wraz z wymaganym sprzętem zadeklarowanym w ofercie. *„Przez zaplecze należy rozumieć teren ogrodzony, położony na terenie miasta lub w granicach do 10 km od granic miasta Sosnowca, na którym będzie przechowywany sprzęt zadeklarowany w ofercie.”* (oświadczenie zamawiającego - cytāt z protokołu rozprawy w dniu 19 czerwca 2015 r.).

W odwołaniu, str. 5 pkt I ppkt 5 lit. d-e uzasadnienia, odwołujący też wskazał: *„W treści SIWZ Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań co do terenu jaki spełni wymóg zaplecza”*. Odwołujący uznał, że może to być wdzierżawiony lub wynajęty niezbędny teren, który może pełnić funkcję „bazy”, może to być nawet parking. Posiadanie terenu (w myśl oceny odwołującego) nie jest elementem nadzwyczajnym, jednak, w ocenie Izby, istotnym w zakresie organizacji pracy.

Niewątpliwie, wykonawca łącznie z podwykonawcami (R. K. MARBUD i A. B. ZUB „AB”), dysponuje takimi terenami, z pewnością pięcioma ogrodzonymi i już niektórymi zorganizowanymi i wykorzystywanymi na rzecz innych usług świadczonych przez wykonawcę i podwykonawców (prezentacja zdjęć przystępującego) i jednym nieogrodzonym.

Należało więc uznać, że w terminie składania ofert, wykonawca mógł uwzględnić tę przewagę nad wykonawcami nieposiadającymi żadnego ogrodzonego terenu/bazy.

Dowody złożone przez odwołującego:

- kserokopie fotografii terenu nr 1-4 oraz określone jako „Dokumentacja bazy przy ul. Szymanowskiego 10” i „Dokumentacja działki nr 1770”, w tym, zgodnie z oświadczeniem przystępującego i złożonym w dniu 19 czerwca 2015 r. dowodem (notatka służbowa sporządzona przez R. L. z firmy Impel Security Polska Sp. z o.o. z dnia 17 czerwca 2015 r., dotycząca wtargnięcia przedstawicieli firmy Remondis na teren Zakładu Usługowo-

41

Budowlanego „AB” A. B. przy ulicy Piotrkowskiej 23 w Sosnowcu) - uzyskane w sposób nieuprawniony;

- opis/opinia w sprawie stanu nieruchomości dr inż. J. G. wraz interaktywnym planem miasta - nie stanowią potwierdzenia tezy odwołującego przedstawionej w ostatnim dniu rozprawy, że tereny uwidocznione na zdjęciach nie spełniają wymagań, by uznać je za tereny służące do urządzenia zaplecza, zgodnie z opisem zamawiającego. Kilkadziesiąt kserokopii fotografii złożonych przez odwołującego (ponad 30) przedstawia fragmenty budynków ze sprzętem, pozostałe przedstawiają tereny niezbudowane - porośnięte trawą, z pryzmami, być może gruzu czy odpadów. Przystępujący i zamawiający nie potwierdzili znacznej części lokalizacji.

Izba wskazuje, zgodnie z podnoszonym przez przystępującego i zamawiającego wnioskiem o nieuwzględnienie przedstawianych przez odwołującego nowych zarzutów lub dotychczasowych zmodyfikowanych w sposób wykraczający poza ich pierwotne granice, że zarzut (rozumiany jako *„zespół okoliczności faktycznych i prawnych - w postępowaniu o udzielenie zamówienia - czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne”* - wyrok z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 71/14), dotyczący baz/terenów ogrodzonych, położonych w odległości nie dalszej niż 10 km od miasta Sosnowca, nie został w odwołaniu nawet sprecyzowany (pkt II odwołania „Zarzuty”). W uzasadnieniu odwołania, poza opisem możliwości pozyskania terenów w celu urządzenia wymaganego przez zamawiającego zaplecza, odwołujący stwierdził jedynie, że sam fakt posiadania bazy nie jest okolicznością nadzwyczajną.

Wobec przedstawionego wyżej opisu zamawiającego co do wymagań zaplecza,

przedstawiony materiał w postaci kserokopii fotografii, nawet w przypadku ich identyfikacji, nie stanowi dowodu potwierdzającego, że przystępujący łącznie z podwykonawcami nie dysponuje nieruchomościami, na których może być urządzone zaplecze wymagane przez zamawiającego.

4. Miejsce zamieszkania osób wykonujących zamówienie - zamieszkanie w miejscu lub pobliżu miejsca świadczenia usługi, niewątpliwie wpływa na koszty jej świadczenia. Izba podziela stanowisko odwołującego, że brak jest przepisów prawnych nakładających na wykonawców obowiązek zakwaterowania pracowników w miejscu świadczenia usługi, jednakże na podstawie doświadczenia życiowego, należy przyjąć, że: indywidualny dojazd osób, zorganizowany dowóz, czy zakwaterowanie osób, wpływa na koszty usługi w sposób zwiększający cenę oferty.

5. W postępowaniu odwoławczym wykazano, że przystępujący ma zawartą umowę z zamawiającym na „*Utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Sosnowca*”, nr WGK.272.01.46.2014, z terminem zakończenia realizacji usługi 2 listopada 2017 r.

42

Przedmiotem umowy jest usługa utrzymania zieleni (parków) z czynnościami: zbieranie zanieczyszczeń z terenów zielonych (parkowych) w trakcie miesiąca, koszenie trawników, opróżnianie koszy, jesienne i wiosenne wygrabianie trawników, zmiatanie alejek i ich odśnieżanie, usuwanie śliskości na alejkach. Zakres usługi jest tożsamy z przedmiotem aktualnego postępowania. Dwaj wskazani już podwykonawcy mają zawarte umowy na prace interwencyjne na rzecz zamawiającego, z terminem ich zakończenia w czerwcu 2017 r. Firma Remondis Oddział w Sosnowcu ma również zawartą umowę z zamawiającym na „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Sosnowiec od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne*”, z terminem zakończenia świadczenia usługi w grudniu 2015 r.; przedmiotem zamówienia jest usługa o innym charakterze niż przedmiot aktualnego postępowania. Trudno więc nie uznać, że powiązania umowne przystępującego z zamawiającym przemawiają na korzyść przystępującego w zakresie doświadczenia, organizacji pracy, tym samym kosztów świadczenia usługi.

6. Profesjonalny sprzęt w ofercie przystępującego.

Odwołujący przedstawiając 3-zdaniowe uzasadnienie na temat sprzętu - pkt I ppkt 5 lit. h uzasadnienia odwołania - nie wskazał zarzutu dotyczącego konkretnego sprzętu, podnosząc jedynie, że „*sprzęt (...) jest powszechnie dostępny, popularny, nie ma on charakteru innowacji*”. W postępowaniu odwoławczym przystępujący potwierdził stanowisko przedstawione w wyjaśnieniach, załączając dokumenty opisujące zaoferowane:
- zamiatarki HAKO Citymaster 2000 - czyszczenie terenów miejskich przy niskich kosztach utrzymania, z opisaniem wskazującym: koszty użytkowania, jakość wyrażaną na wiele sposobów, system dwuszczołkowy, dostosowanie do zimowego sprzątnięcia ścieżek, szczotki do usuwania chwastów przeznaczone do bardzo agresywnej pracy, z linkami stalowymi (plecionkami);
- kosiarki zbierające marki PERUZZO, model KOALA 1600 Professional i PANTHER 1600 Professional, kosiarki bijakowe z małymi ciągnikami komunalnymi o mocy: model 1600 - 30 KM i model 1600 o innym kodzie niż poprzedni - 50 KM.

7. Porównanie cen do cen z innych postępowań.

Zamawiający nie narzucił wykonawcom, poza ryczałtem w poz. 57 formularza ofertowego, żadnego sposobu kalkulowania cen jednostkowych, zatem podstawę ustalenia ceny oferty stanowiła kalkulacja własna wykonawcy, z wykorzystaniem posiadanej wiedzy, doświadczenia, organizacji pracy, potencjału technicznego i zasobu osobowego. Izba podzieliła stanowisko przedstawione w odwołaniu, że wobec faktu, iż postępowania poprzednie dotyczyły innych zadań, innego zakresu, innego okresu, innych powierzchni, porównywanie cen z aktualnymi cenami jest nieadekwatne. Zatem, oświadczenia H. K., B.

43

K., J. Ż, J. W., złożone przez odwołującego na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r., nie przedstawiają informacji adekwatnych dla oceny oferty przystępującego. Wskazanie w tych oświadczeniach cen rynkowych, innych niż przyjęte przez tych wykonawców do świadczenia tożsamyh usług w tym roku na rzecz tego samego wykonawcy, czy oferowane przez J. W.

w aktualnym postępowaniu o udzielenie zamówienia - zawyżonych w każdym przypadku - nie odnoszą skutku dowodowego oczekiwanego przez odwołującego. Słuszne jest zatem stanowisko przystępującego, że oświadczenia, jako przedstawiające ceny rynkowe, nie są wiarygodne. Takich cen, ani zbliżonych, nie oferowali przedsiębiorcy w swoich ofertach w innych postępowaniach. W obecnym postępowaniu J. W. oraz odwołujący nie zaoferowali również cen na takim poziomie.

Należy wnioskować, że oświadczenia niemające związku z cenami rynkowymi, zostały złożone na potrzeby tego postępowania w celu wzmocnienia argumentacji odwołującego. Dowody te nie obalają stanowiska przystępującego, że jest on w stanie zaoferować wskazane w ofercie ceny usługi, przy udziale podmiotów aktualnie prowadzących taką usługę na rzecz zamawiającego, tj. MARBUD R. K. z Sosnowca oraz Zakład Usług Budowlanych „AB” A. B. z Sosnowca. Załączone przez przystępującego „Zestawienie cen ofertowych w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sosnowiec w okresie kwiecień - lipiec 2014 r. - „Utrzymanie porządku i czystości w jedenastu rejonach na terenie miasta Sosnowca - część 1-11” WGK.271.01.11.2014”, przedstawia ceny ofert, w tym ofert wybranych jako najkorzystniejsze oraz procentowy stosunek tych cen do kwot przeznaczonych na realizację zamówienia przez zamawiającego. Z zestawienia wynika, że ceny wybranych ofert były niższe od kwot przeznaczonych na realizację zamówienia o: 20%, 32%, 38%, 39%, 45% i 57%, co świadczy o dużej konkurencji cenowej na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia. Potwierdza też ogólną tendencję w postępowaniach o udzielenie zamówień - oferowania niższych cen niż w poprzednich postępowaniach.

8. Koszty pracy uwzględniane w cenie oferty.

Przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi o kosztach pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów wskazanych w przywołanym artykule (aktualnie jest to kwota 1750 zł miesięcznie). Przepis ten nie może być interpretowany w sposób odmienny niż wynika to z jego treści, w szczególności brak jest podstaw do doliczania do kwoty minimalnego wynagrodzenia dodatkowych i wszelkich innych kosztów pracodawcy, jakie ponosi z tytułu zatrudnienia osób na podstawie stosunku pracy - najczęściej umowy o pracę, w sytuacji, gdy z wyjaśnień i dowodów wynika uwzględnienie w cenie oferty kosztów pracy w sposób określony w przepisie, a więc uwzględnienie kosztów pracy o wartości nie niższej

44

niż minimalne wynagrodzenie za pracę, aktualnie 1750 zł miesięcznie. Brak było podstaw do uwzględnienia dowodów odwołującego dotyczących kosztów pracy przedstawionych w: (1) wykazie kalkulatora wynagrodzeń - koszty pracodawcy (wydruk z Internetu - kalkulacja kosztów pracodawcy przy zastosowanym wynagrodzeniu 1750 zł), z łącznym kosztem wynagrodzenia 25 328,16 zł w skali roku; miesięcznym 2 110,68 zł); (2) kalkulacji kosztów dla 1 roboczogodziny (kiosiarza 16,98 zł/h; kierowcy 27,88 zł/h; z przeciętnym kosztem pracownika z uwzględnieniem struktury zatrudnienia 70/30 - 20,11 zł/h; (koszt z uwzględnieniem każdego obciążenia związanego z zatrudnieniem - wszystkie pozycje począwszy od wynagrodzenia, przez urlopy, szkolenia, zapewnienie wszelkich należności z tytułu bhp, niezdolności do pracy, aż do obciążeń z tytułu PEFRON).

Odwołujący przedstawił wskazane zestawienia wbrew swemu stanowisku prezentowanemu w postępowaniu w sprawie KIO 807/15, w którym złożył kalkulację cen dotyczącą tego postępowania, zweryfikowaną przez dr inż. J. G. z przyjętym minimalnym wynagrodzeniem 1750,00 zł/m-c.

Stawka 11 zł podana w wyjaśnieniach przystępującego, jako koszt pracy przyjęty dla celów kalkulacji ceny oferty, pomnożona wg preferowanego systemu przez 168 godzin (przeciętna ilość godzin pracy w miesiącu), wskazuje na przyjęte w ofercie koszty pracy w kwocie 1848,00 zł, różnica na rzecz przystępującego wynosi 98,00 zł.

Podnoszone przez odwołującego na rozprawie okoliczności zatrudnienia osób na podstawie umów cywilnych, różnicowanie indywidualnego wynagrodzenia w zależności od rodzaju czynności i wymaganego przygotowania zawodowego (w odwołaniu podnoszono w tym zakresie normowanie pracy), chociaż „odparte” w sposób wiarygodny przez przystępującego, nie mają znaczenia dla oceny zarzutu. Przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp nie stanowi o indywidualnym wynagrodzeniu za pracę, bo taka gwarancja wynika z przywołanej ustawy, natomiast przepis ten, jak wskazano wyżej, stanowi, że zamawiający zwracając się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, może wskazać rodzaj oczekiwanych wyjaśnień, w szczególności w zakresie (...) przyjętych

kosztów pracy do ustalenia ceny oferty, które nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę (aktualnie 1750 zł miesięcznie).

Zatem wskazane wyżej dowody odwołującego, dotyczące ustalenia kosztów pracy uwzględnianych w cenie oferty, w sposób odmienny od treści przepisu oraz korespondencja (pismo) skierowana do A. L.-P. przez prof. dr hab. A. S. dotycząca zatrudnienia przy realizacji usług utrzymania porządku i czystości, nie stanowią potwierdzenia zarzutu przedstawionego w odwołaniu. Również dowody przystępującego załączone do pisma złożonego w dniu 19 marca 2015 r. (nr 4 i 5), mimo że wyjaśniły kwestie podnoszone na rozprawie potwierdzając ich niezasadność, w istocie dotyczyły dodatkowo podniesionego

45

przez odwołującego zarzutu.

9. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do zarzutów przedstawionych w pkt I ppkt 5 lit. m, n, o (akapit/tiret 1-7):

- 1) kalkulacja indywidualna dotycząca zamiatania chodników - nie uwzględnienie pracy sprzętu w kosztach paliwa;
- 2) nie skalkulowanie kosztów wody;
- 3) zawyżenie wydajności sprzętu - zamiatarek, kosiarek bijakowych, ssaw do uprzątnia liści; czasu zamiatania i prędkości pracy zamiatarek;
- 4) nierealny koszt zużycia paliwa oraz wydajność koszenia;
- 5) zaniżenie spalania koparko-ladowarki;
- 6) nie uwzględnienie kosztów podatku od umów bezpłatnego użyczenia.

Ad 1) na str. 15 wyjaśnień przystępujący opisując zamiatanie chodników w standardzie A podał koszt paliwa. Z żadnego opisu nie wynika nie uwzględnienie kosztów pracy sprzętu. Odwołujący stwierdził w uzasadnieniu odwołania wskazując, jako zarzut i jego uzasadnienie, że wykonawca „najprawdopodobniej” nie uwzględnił jako kosztów pracy sprzętu: amortyzacji, serwisu sprzętu, czynszów dzierżawnych. Odwołujący przedstawił zarzut jako przypuszczenie. Koszty amortyzacji sprzętu były podnoszone i przywoływane w toku rozprawy wielokrotnie, w odpowiedzi na co przystępujący wykazywał i potwierdził zamortyzowanie sprzętu, składając dowody (rozprawa w dniu 11 czerwca 2015 r.): stanowisko biegłego rewidenta z dnia 25 maja 2015 r., oświadczenie R. K. z dnia 8 czerwca 2015 r., informacje doradcy podatkowego z dnia 7 czerwca 2015 r., oświadczenie G. W. z dnia 8 czerwca 2015 r. - sprzęt zaoferowany do wykorzystania świadczenia został całkowicie zamortyzowany.

Ad 2) kalkulacja wody, podobnie jak z wielokrotnym potwierdzaniem całkowitej amortyzacji sprzętu, tak w zakresie kosztów ogólnych, zarówno w wyjaśnieniach, także na rozprawie przystępujący potwierdzał, że przyjął bardzo wysokie 50% koszty ogólne. Złożone przez przystępującego na rozprawie w dniu 19 czerwca 2015 r. zestawienie wartości netto przedstawione w treści wyjaśnień z dnia 3 kwietnia 2015 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) w zakresie 17 najbardziej kwestionowanych w toku rozprawy pozycji cenowych oraz ceny netto na jednostkę obmiarową w ofercie złożonej w dniu 16 marca 2015 r. - wskazuje „różnicę stanowiącą zapas Przystępującego netto na jednostkę obmiarową” (tajemnica przedsiębiorstwa).

Jest to zapas zróżnicowany w zależności od rodzaju usługi, pozwalający przystępującemu na bezpieczne zaoferowanie cen jednostkowych. Mimo nie wykazania w wyjaśnieniach odrębnej pozycji „woda”, brak jest podstaw do uznania oferty oraz wyjaśnień wykonawcy, jako dotkniętych brakiem „kalkulacji istotnego czynnika

46

kosztotwórczego, jakim jest woda”, zwłaszcza, że koszt z tego tytułu to kwota 0,0016 zł/100m² (oświadczenie zamawiającego - protokół rozprawy z dnia 11 czerwca 2015 r.), w piśmie przystępującego złożonym w dniu 11 czerwca 2015 r. - „Koszt wody w przeliczeniu na 100m² w zależności od standardu: 0,0022 zł (B-D) oraz 0,0015 zł (standard A)”. Izba w pełni podziela stanowisko, że nie jest to koszt stanowiący istotny czynnik kosztotwórczy.

Ad 3) nie został potwierdzony zarzut zawyżenia wydajności sprzętu. Odwołujący kwestionując czas zamiatania i wydajność pracy kosiarek bijakowych, wskazał faktyczną w jego ocenie, wydajność 5000-9000m² i ssaw 80m³. Przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach (str. 95 i 100) wydajność kosiarek bijakowych 8000m², natomiast ssaw

1m³/minutę, uzasadniając: „Dla potrzeb wyliczeń cen jednostkowych wykonawca przyjmuje warunki utrudnienia terenu, które obniżają pracę ssawy 1m³ odpadów ze skoszonej trawy/1min - czyli 60m³/h.” (str. 64 wyjaśnień). Z wyjaśnień przystępującego wynika, że w każdej kalkulacji uwzględnił specyfikę terenu, możliwość utrudnień w ruchu, występowanie małej architektury. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że zaniżył wydajność zmiatarek, kosiarek bijakowych i ssaw w stosunku do danych technicznych podanych przez producentów, importerów czy folderów technicznych.

Ad 4) zarzut zużycia paliwa kosiarek bijakowych oraz wydajności koszenia został uzasadniony wyłącznie wątpliwościami odwołującego wynikającymi z zastosowania do świadczenia usługi dużych ciągników rolniczych (Zetor - Proxima 100, waga 4,5 tony), w przeciwieństwie do ciągników komunalnych stosowanych przez przystępującego, o wadze nie przekraczającej 1,7 tony (kalkulacja indywidualna, str. 60-65 wyjaśnień oraz oświadczenia A. B. z 16.06. 2015 r. i R. K. z 10.06.2015 r.).

Ad 5) koszt spalania koparko-ladowarki uwzględniony w kalkulacji cen jednostkowych, potwierdzony oświadczeniami A. B. z dnia 8 czerwca 2015 r., R. K. z 10 czerwca 2015 r. oraz firmy Hako z dnia 28 maja 2015 r.

Ad 6) odwołujący nie wskazał żadnej podstawy faktycznej/prawnej, z której wynika obowiązek ponoszenia kosztów podatkowych w sytuacji bezpłatnego użyczenia.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny w orzecznictwie wskazano: w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Ten sam sąd w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r.,

47

sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...) Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. W wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu orzekł: „przepisy Pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena”. (...) W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. (...). Zatem, charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”.

W ocenie Izby, wyjaśnienia wraz z dowodami przedstawione zamawiającemu w odpowiedzi na zwrócenie się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień, pozwalały uznać, że wykonawca przedstawił elementy oferty uzasadniające przyjęte ceny jednostkowe na podstawie kalkulacji indywidualnych, których efektem było ustalenie ceny oferty.

Przystępujący udowodnił na podstawie wyjaśnień i dowodów złożonych na wezwanie zamawiającego oraz w postępowaniu odwoławczym w związku z argumentacją odwołującego podnoszącą nowe okoliczności, wskazujące odmienne kreowanie lub nowe zarzuty, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać, że cel, jakiemu służą wyjaśnienia - to ustalenie poziomu ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia mają wskazywać elementy oferty pozwalające na skalkulowanie ceny na wymaganym poziomie, przykładowo wyszczególnione w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Zakres pisma zamawiającego - zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień nie zmierzał do żądania przedstawienia analizy firmy wykonawcy w kontekście wymagań zasad rachunkowości, przepisów o zatrudnianiu pracowników, przedstawienia amortyzacji sprzętu

swojego i udostępnianego, czy dogłębnej analizy działalności podmiotu. Słusznie przystępujący podniósł, że w wyniku wezwania został zobowiązany do przedstawienia istotnych elementów oferty, które pozwoliły mu skalkulować cenę na poziomie podanym w ofercie - „Co do zarzutu niewyjaśnienia wszystkich pozycji przedstawionych w formularzu

48

ofertowym wskazuje, że wyjaśnił te, które mają najistotniejsze znaczenie z punktu kształtowania ceny oferty. Wskazując - po pierwsze, że zamawiający określił w wezwaniu swoje wymagania, nie zobowiązując do takiego przedstawienia wyjaśnień, po wtóre - z zestawienia, jakie było sporządzane już w pierwotnym postępowaniu odwoławczym, wynika, że ceny jednostkowe są najniższe tylko w 10 pozycjach. W pozostałych 47 pozycjach ceny te są wypośrodkowane, a w wielu pozycjach są to ceny najwyższe. (...) treść wezwania do złożenia wyjaśnień nie wskazywała, jakie elementy wykonawca powinien wyjaśnić, zatem wyjaśnił sposób wyceny czynności, które zdaniem wykonawcy mogły wzbudzić wątpliwości zamawiającego.” Ponadto przystępujący podniósł, że „w odwołaniu odwołujący nie wskazał na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jako zaniechanie zamawiającego do kolejnego wezwania w sprawie elementów oferty wpływających na cenę. W odwołaniu wniesionym w dniu 20 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 807/15) odwołujący wskazał, jako zaniżone, konkretne ceny jednostkowe. W tym postępowaniu nie wskazał cen jednostkowych, ale w złożonym w dniu 11 czerwca 2015 r. piśmie procesowym wskazał wszystkie ceny jednostkowe, co stanowi nowy rozszerzony zarzut.” - protokół z rozprawy.

Izba oceniła, że nie została wypełniona przesłanka z art. 90 ust. 3 Pzp, zobowiązująca zamawiającego do odrzucenia oferty, gdyż ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie została też wypełniona przesłanka odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Reasumując powyższe, brak jest podstaw by uznać, że przystępujący nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wywiódł zarzut, jako następstwo zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, uznając niezasadnie, że zaoferowanie ceny rażąco niskiej jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powodu czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 uznk, stanowiącego utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców - dotyczy naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne

49

z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować

warunkiem realizacji przesłanki o której mowa kumulatywnie. Dodatkowo celu, w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on

z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07 - (wyrok z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO 704/10).

W wyroku z 10 stycznia 2010 r., sygn. akt Apel.-W-wa 2008/4/32, Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu (np. próby wejścia na rynek).

W orzecznictwie Izby wskazuje się kierunek interpretacyjny przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, następująco: *sama czynność złożenia oferty w postępowaniu mająca na celu uzyskanie najwyższej punktacji, a więc wyprzedzenia pozostałych wykonawców celem wyboru oferty, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, ale nie sposób uznać o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Z literalnego brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wynika, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu musi stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem odwołujący obowiązany jest udowodnić, że elementy oświadczenia woli wyrażone w treści oferty wypełniają znamiona czynu wskazanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, że działanie wykonawcy jest nakierowane na utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku, co wyklucza sytuacje, w których nawet ewentualna możliwość przypisania wykonawcy popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie nastąpiła w wyniku złożenia oferty, ale jest od tej czynności niezależna.*

50

Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których stanowi przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

Okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia (np. wyrok z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 284/09).

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że „nie można utożsamiać normalnej konkurencji rynkowej z nieuczciwą konkurencją”. W okolicznościach sprawy, nie ulega wątpliwości, że zróżnicowane ceny jednostkowe przedstawione w ofertach są przejawem zaostrożonej konkurencji.

3. Zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących realności dysponowania zasobami udostępnianymi w zakresie potencjału technicznego (*udostępnienie potencjału na podstawie oferty handlowej i umowy przedwstępnej, zawartej z A. D.*).

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, przystępujący załączył do oferty:

- ofertę handlową PHU „TOP SERVICE” A. D. adresowaną do przystępującego z dnia 09.03.2015 r., w której przedsiębiorca proponował zakup: odkurzaczy i ssaw - opisując przeznaczenie sprzętu, modele oraz cenę netto za sztukę, z propozycją rabatu 10% i zaleceniem doliczenia do cen należnego podatku VAT (str. 68 oferty);
- umowę przedwstępną warunkową sprzedaży zawartą w dniu 9 marca 2015 r.; sprzedający – A. D. PHU „TOP SERVICE”; kupujący - przystępujący.

Treścią umowy jest zobowiązanie sprzedającego do sprzedaży odkurzaczy do odpadów i ssawy do liści - opisanych - modele i ilość, a przystępującego do kupienia sprzętu w ustalonym terminie, z zastrzeżeniem, że umowa wejdzie w życie tylko w przypadku wygrania przez kupującego przetargu pn. „Utrzymanie porządku i czystości na terenie miasta Sosnowca” nr WGK 27.01.07.2015.

Dokumenty zostały złożone wraz z ofertą jako potwierdzenie udostępnienia potencjału technicznego przez inny podmiot na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Odwołujący w pkt II ppkt 6 lit. a-c uzasadnienia odwołania, przedstawiając stanowisko odnośnie tego typu umów zakwestionował realność udostępnienia zasobu. Na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 r. złożył oświadczenie A. D. z dnia 28 maja 2015 r., z którego wynika, że na dzień 13 marca 2015 r. (upływ terminu składania ofert nastąpił w dniu 16 marca 2015 r.) przedsiębiorca ten nie miał w posiadaniu żadnego urządzenia - odkurzacza do psich odchodów HHB25-1GS. Na dzień 13 marca 2015 r. dysponował - ssawą do liści i trawy Laski VD440/18 w ilości 1 szt. Natomiast na dzień 28 maja 2015 r. nie dysponuje taką

51

ssawą, nie dysponuje żadnym urządzeniem Laski VD440/18. Na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r. przystępujący złożył dokumenty potwierdzające udostępnienie sprzętu na podstawie umowy przedwstępnej, również w postaci oświadczenia A. D. .

Izba uwzględniła stanowiska zamawiającego i przystępującego, co do dowodu w postaci oświadczenia A. D. z dnia 28 maja 2015 r., mając na uwadze, że treść oświadczenia będącego odpowiedzią na zapytanie, należy oceniać łącznie z pytaniem. Odwołujący nie przedstawił treści pytania, jakie zostało skierowane do przedsiębiorcy. Natomiast treść oświadczenia przedsiębiorcy wskazuje, że jest to handlowa odpowiedź udzielona klientowi, co do możliwej do zaoferowania sprzedaży w związku z pytaniem.

Izba podzieliła ocenę dokumentu przedstawioną przez przystępującego, że:
„Oświadczenie to nie ma żadnego znaczenia dla oceny zarzutu, gdyż przystępujący nie dysponuje zapytaniem odwołującego skierowanym do A. D., a z odpowiedzi A. D. wynika, że zapytanie nie dotyczyło konkretnie umowy przedwstępnej zawartej z przystępującym. Po pierwsze, umowa przedwstępna została zawarta w dniu 9 marca 2015 r., natomiast treść odpowiedzi dotyczy 13 marca 2015 r. - należy wnioskować, że pismo dotyczy odkurzaczy i ssaw, które można nabyć od ręki. Ponadto, odpowiedź A. D. nie odnosi się do oferty handlowej i umowy przedwstępnej, z uwagi na fakt wskazania innych warunków rozliczeń. Reasumując powyższe, przystępujący wskazuje, że umowa przedwstępna zawarta z A. D. jest ważna i kontrahent potwierdził ten fakt - dowód złożony w dniu 11 czerwca 2015 r. przez przystępującego - oświadczenie A. D. .”

Izba uznała, że z przedstawionego materiału dowodowego jednoznacznie wynika związanie stron umową przedwstępną na warunkach w niej przedstawionych. Nie ulega wątpliwości, że umowa przedwstępna może być rodzajem zobowiązania innego podmiotu, o jakim stanowi przepis art. 26 ust. 2b Pzp - pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, na zasadzie sprzedaży służącej realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Izba podzieliła stanowisko wynikające z orzecznictwa oraz opinii prawnych UZP wskazanych przez przystępującego, że umowa przedwstępna może być skutecznie przedłożona przez wykonawcę, jako zobowiązanie innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W wyroku z dnia 21 maja 2014 r., sygn. akt KIO 908/14, Izba wskazała, że umowa przedwstępna sprzedaży urządzeń służących do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, byłaby dokumentem odpowiadającym zobowiązaniu, o którym stanowi przepis art. 26 ust. 2b Pzp: *„Nie można odmówić odwołującemu uprawnienia do złożenia oświadczenia, jakie w danej*

52

sytuacji faktycznej było mu dostępne i jakie wynikało z gotowości współpracujących z nim podmiotów do udzielenia wymaganego potencjału, co podnosił odwołujący w odwołaniu, ale jednak podkreślić należy, że wykazanie (udowodnienie) rzeczywistego udostępnienia sprzętu (w wyniku przyszłej umowy sprzedaży) wymaga przedstawienia w tym przypadku przez wykonawcę konkretnych informacji, potwierdzających, że zakup sprzętu jest pewny. Informacje te są konieczne do oceny, czy zobowiązanie to ma charakter realny.”

4. i 5. Zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, mimo że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie dotyczącym wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (*zaniżenie metrażu powierzchni wygrabiania terenów zielonych w wykazie wykonanych usług*).

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (pkt 5.1.2 SIWZ), przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług, wskazując usługę wygrabiania terenów zielonych co najmniej na 2 500 000m² (str. 34 oferty).

Odwołujący zakwestionował wykaz dotyczący Rejonu II Śródmieście miasta Sosnowca (usługa wykonana przez przystępującego) i Rejonu VI Zagórze miasta Sosnowca

(sługa wykonana R. K. MARUD), wskazując, że wedle najlepszej wiedzy odwołującego powierzchnia grabienia liści jest niższa niż wskazana w wykazie.

Na potwierdzenie zarzutu odwołujący złożył - pismo z dnia 2 czerwca 2015 r. (podpisane przez - Główny Specjalista B. F. - pracownik zamawiającego);
- referencje wystawione dla przystępującego przez zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2014 r. dotyczące realizacji umowy w okresie od dnia 1 sierpnia 2011 r. do dnia 31 lipca 2014 r. wraz z załącznikiem wskazującym czynności realizowane przez uczestnika postępowania, tj. W. P. Zakład Usługowy "JAMPICH"; - wykaz wykonanych lub wykonywanych usług przez wykonawcę R. K. MARBUD w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w roku 2014, dla części 6 Rejon VI Zagórze oraz dla części 8 Rejon VIII Kazimierz Górniczy, Ostrowy Górnicze, Porąbka, Maczki, referencje z dnia 14 kwietnia 2014 r. wystawione przez I Zastępcę Prezydenta Miasta Sosnowca dotyczące m.in. Rejonu VI - Zagórze, ze wskazanym okresem obowiązywania umowy od dnia 21 grudnia 2012 r. do dnia 20 grudnia 2014 r., zakresem rzeczowym prac - od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., jesienne i wiosenne wygrabianie trawników obejmowało 560 821,00 m².

53

Oceniając powyższe Izba nie uwzględniła przedstawionych dowodów, gdyż nie odnosiły się do okresu świadczenia usługi przedstawionego w wykazie usług. Pismo B. F. dotyczyło kwestii formalnych, referencje dotyczyły innych okresów wykonywania usługi. Odwołujący przyznał na rozprawie, że składa takie dokumenty, jakie uzyskał, natomiast nie uzyskał żadnego dokumentu dotyczącego przestawianego zarzutu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 czerwca 2015 r. zamawiający przedstawił dowód nr 7 - powierzchnia wygrabianych trawników, w okresie od dnia 1 kwietnia 2013 r. do dnia 31 marca 2014 r., jest to powierzchnia dotycząca Rejonu II Śródmieście miasta Sosnowca (usługa wykonana przez przystępującego). W wykazie wyszczególniono ulice, na których wykonywano usługę, powierzchnię trawników, krotność czynności i sumę. Ostateczna ilość powierzchni jest to 1 167 569,40 m², zgodna z wykazem załączonym do oferty. Dowód nr 8 - z zestawienia powierzchni wygrabiania terenów zielonych w okresie od dnia 1 kwietnia 2013 r. do dnia 31 marca 2014 r. w Rejonie VI Zagórze miasta Sosnowca (usługa wykonana przez R. K.), wynika ilość - 769 336,00 m². Zamawiający oświadczył, że zestawienie zostało sporządzane na podstawie kosztorysów powykonawczych i przedstawia realne wykonanie usługi. W toku badania spełniania powyższych warunków przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu, zamawiający był w posiadaniu pełnej dokumentacji dotyczącej tego postępowania.

Do pisma wniesionego w dniu 11 czerwca 2015 r. (załącznik str. 21-26) przystępujący załączył kosztorysy powykonawcze dla Rejonu II Śródmieście, poczynawszy od dnia 1 kwietnia 2013 r. do dnia 31 marca 2014 r. z wyszczególnieniem okresów, w których faktycznie wykonano wygrabianie trawników - powierzchnia wygrabiania wynosi 1 167 569,40 m², zgodnie z wykazem załączonym do oferty. Na str. 27-30 załącznika wykazano powierzchnię wygrabiania w Rejonie VI Zagórze Miasta Sosnowca wykonanego przez R. K.: od 1 kwietnia 2013 r. do 31 marca 2014 r. z wyszczególnieniem okresów, w których faktycznie wykonano wygrabianie trawników - powierzchnia ta wynosi 769 336,00 m², co jest zgodne z wykazem wykonanych usług, złożonym z ofertą.

Łączna powierzchnia wygrabiania trawników przez obu wykonawców to 2 763 187,40 m².

Z przedstawionych dowodów jednoznacznie wynika, że nie został potwierdzony zarzut zaniżenia powierzchni wygrabiania trawników. Brak jest zatem podstaw do przypisania wykonawcy złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

6. Prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej

54

konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Uznanie naruszenia wskazanych zasad postępowania o udzielenie zamówienia

(art. 7 ust. 1 i 3 Pzp), może mieć miejsce w sytuacji uznania zasadności któregośkolwiek zarzutu rozpoznanego na rozprawie. Wobec negatywnej oceny zarzutów rozpoznanych na rozprawie, Izba nie znajduje podstawy do uwzględnienia zarzutu wskazanego w tym punkcie.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie:

- z dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego,
- akt sprawy odwoławczej i sprawy zakończonej wyrokiem z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15, zaliczonych w poczet dowodów z zakresie związanym z rozpoznaniem aktualnego odwołania,
- licznych dowodów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba mając na uwadze:
 - przepis art. 192 ust. 7 Pzp (*Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*) - obowiązek pominięcia zarzutów dodatkowych podnoszonych w toku postępowania,
 - zasadę kontradyktoryjności postępowania wyrażoną w art. 190 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp (*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego*),
 - przepis art. 191 ust. 2 Pzp (*wydać wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*)
- uznała, że rozpoznane na rozprawie zarzuty nie zostały potwierdzone, zatem oddaliła odwołanie na mocy art. 192 ust. 1 Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosków odwołującego o przeprowadzenie dowodów:

- z opinii biegłego dotyczącej ceny oferty w zakresie wskazanym w piśmie złożonym w dniu 11 czerwca 2015 r., z uwagi na fakt, że ocena wyjaśnień przystępującego złożonych zamawiającemu wraz z dostarczonymi dowodami, w zakresie wynikającym z odwołania wniesionego w dniu 25 maja 2015 r., jest możliwa na podstawie aktualnego materiału dowodowego;
- z przesłuchania świadka A. D. - dowód jest zbędny, wobec potwierdzenia spornych okoliczności dokumentami.

55

Nie stanowiły też niezbędnych dowodów dla rozstrzygnięcia odwołania, referencje składane przez uczestnika postępowania na temat posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz faktury odwołującego dotyczące nabycia sprzętu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł z tytułu wpisu uiszczanego przez odwołującego.

Przewodniczący:

56