

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiwiecz

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 13 i 18 kwietnia 2016 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 482/16),
- B. w dniu 4 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOREKO M.B. w Warszawie (sygn. akt KIO 484/16)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Lublin

przy udziale wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 484/16

orzeka:

1.

A) Oddala odwołanie wykonawcy Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 482/16),

B) Oddala odwołanie wykonawcy M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOREKO M.B. w Warszawie (sygn. akt KIO 484/16).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 482/16), oraz wykonawcę

1

M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOREKO M.B. w Warszawie (sygn. akt KIO 484/16) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 482/16), oraz wykonawcę M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOREKO M.B. w Warszawie (sygn. akt KIO 484/16) tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawcy Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 482/16), oraz wykonawcy M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOREKO M.B. w Warszawie (sygn. akt KIO 484/16) łącznie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) w tym:

- a) kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 482/16) na rzecz Zamawiającego Gminy Lublin koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem stanowiącą wynagrodzenia pełnomocnika,
- b) kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOREKO M.B. w Warszawie (sygn. akt KIO 484/16) na rzecz Zamawiającego Gminy Lublin stanowiącą koszty poniesione postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 482/16
KIO 484/16

2

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów poza pasem drogowym zlokalizowanych na terenie miasta Lublin - IV części*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 1 grudnia 2015 roku pod numerem 2015/S 232-422132.

A Sygn. akt KIO 482/16

Odwołującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 i art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w zakresie części I i części II postępowania na *zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów poza pasem drogowym zlokalizowanych na terenie miasta Lublin - IV części*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na wybraniu w toku postępowania oferty Wykonawcy - MPZ Sp. z o.o. w Lublinie, mimo tego że nie była ona ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy;
- 1) Naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez dokonane przez Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy w toku postępowania w tym w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący potwierdził, że oferowanej przez niego ceny nie można uznać za rażąco niską, albowiem odpowiada ona obowiązującym w tym zakresie stawkom rynkowym i skalkulowana została w sposób prawidłowy z zachowaniem należytej staranności, z uwzględnieniem posiadanej przez Odwołującego wiedzy i praktyki w zakresie realizacji tego rodzaju prac;
- 2) Naruszenia pkt 5.3.2.2. oraz pkt 6.4.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez błędne przyjęcie, że przedmiotowe postanowienia nakładają na

3

-
- Wykonawcę obowiązek zatrudniania osób w oparciu o umowę o pracę, a w związku z tym oferowane przez Wykonawcę koszty pracy winny być zależne od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz uwzględniać świadczenia wynikające ze stosunku pracy;
 - 3) Naruszenia norm zawartych w Katalogu Norm Pracy 01, tablica 1311 przez ich zastosowanie do oceny oferty Odwołującego w zakresie norm pracy zatrudnionych osób podczas gdy dane zawarte w przedmiotowym dokumencie mają zastosowanie wyłącznie do robót w budownictwie stanowiąc bazę normatywną przy sporządzaniu kosztorysów, a przede wszystkim opracowane zostały w latach 1982 - 1985, wobec czego pozostają nieaktualne przy ocenie wydajności pracowników wykonujących prace objęte zamówieniem.

Odwołujący wniósł o:

W zakresie Części I zamówienia:

unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę: Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o.o. w Lublinie; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy - ofert złożonych przez Wykonawców: R.C.-P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Architektura Zieleni Hortus R.C.-P. oraz J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.J., gdyż zawierają rażąco niską cenę; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców, tj. oferty Odwołującego.

W zakresie części II zamówienia:

unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę: Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o.o. w Lublinie; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców, tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w razie jego uwzględnienia zgodnie z zawartymi w jego treści wnioskami, oferta Odwołującego

4

będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu w zakresie Części I i Części II zamówienia. Dodatkowo, niezgodna z prawem czynność Zamawiającego objęta odwołaniem doprowadzi do powstania po stronie Odwołującego szkody majątkowej przejawiającej się w niemożności realizacji umowy, co do której Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący w dniu 25 marca 2016 roku na podstawie przesłanego drogą e-mail pisma Zamawiającego został poinformowany, że w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego *na zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów poza pasem drogowym zlokalizowanych na terenie miasta Lublin - IV części*, w zakresie części I i II jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Miejskiego Przedsiębiorstwa Zieleni Sp. z o.o. w Lublinie. Oferta zaś złożona przez Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 3 ustawy została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. W uzasadnieniu wskazano na następującą argumentację.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca przedstawił wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny oraz szczegółową kalkulację cen wyszczególnionych w ofercie prac, z których wynika, że zamierza wykonywać usługi ręcznego oczyszczania w ograniczonym zakresie w stosunku do wymagań Zamawiającego określonych w umowie - czyli w sposób niezgodny z par. 3 ust. 3 oraz z par. 4 ust. 1 umowy, określającymi jak należy właściwie ręcznie oczyszczać ciągi komunikacyjne (tj. zamykanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów poza pasem drogowym, z częstotliwością podaną w wykazie powierzchni do stałego ręcznego letniego oczyszczania, ręczne zbieranie większych zanieczyszczeń, usuwanie ziemi i powstałych zachwaszczeń oraz wywóz zebranych zanieczyszczeń). Wykonawca przyjmując do kalkulacji założenie, że 1 pracownik oczyści w ciągu godziny 390 m² czy 400 m² minimalnie zawyżył uśrednione możliwości oczyszczenia interwencyjnego powierzchni ciągów komunikacyjnego w ciągu godziny. Maksymalną powierzchnią jaką można oczyścić w ciągu godziny należałoby przyjąć na poziomie do 350 m² (zgodnie z Katalogiem Norm Pracy 01, tablica 1311, przy uwzględnieniu interwencyjnego charakteru prac tj. zleczanych raz lub kilka razy w ciągu roku, gdzie czasochłonność ich wykonania jest przynajmniej dwa razy większa niż prac wykonywanych systematycznie). Znaczącym jednak jest fakt, że Wykonawca przy wykonywaniu interwencyjnego oczyszczania ciągów komunikacyjnych w lecie czy w okresach ustąpienia warunków zimowych nie zamierza ponosić kosztów oddawania zebranych odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca w swojej kalkulacji nie uwzględnił kosztu oddawania zebranych odpadów komunalnych do RPOK. Ponadto, według Zamawiającego Wykonawca był zobowiązany do rozliczenia

minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wykonawca wyliczył stawkę godzinową pracownika fizycznego w wysokości 13,20 zł (tj. w skali miesiąca 13,20 zł x 168 godzin = 2.217,60 zł brutto łącznie z ZUS-em pracownika leżącym po stronie Wykonawcy) przyjmując, że jest to stawka za faktycznie wykonaną pracę. Tym samym Wykonawca po pierwsze nie przyjął jako podstawy do wyliczenia minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącego do 2016 roku 1.850 zł brutto dla pracownika + ZUS po stronie Wykonawcy w wysokości 20,74% i po drugie nie uwzględnił w wyliczonej stawce czasu urlopu jaki przysługuje pracownikowi zatrudnionemu na etat zgodnie z Kodeksem pracy w wymiarze 26 dni w ciągu roku. przy uwzględnieniu urlopów stawka osiągnie wartość większą o ok. 10%. W konsekwencji stawka dla pracownika fizycznego winna stanowić wartość do wydatkowania przez Wykonawcę: 14,63 zł/godzinę. Wykonawca nie przedstawił też dowodów, że np. korzysta ze wsparcia zatrudnienia Urzędu Pracy, co pozwoliłoby obniżyć koszty wynagrodzenia.

W takim stanie rzeczy Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego już na etapie jej złożenia zawiera błędy, wykonywanie umowy przyjęto w sposób nienależyty i przy tym założeniu skalkulowano cenę, którą uznać należało za rażąco niską, a co za tym idzie oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

Ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie nie sposób się zgodzić. Zaoferowana bowiem przez Odwołującego cena w żadnym razie nie nosi cech rażąco niskiej, odpowiada obowiązującym w tej dziedzinie cenom rynkowym, została skalkulowana w sposób prawidłowy, z zachowaniem należytej staranności i przy uwzględnieniu wszelkich mających wpływ na jej wysokość czynników. Dodatkowo wbrew podniesionym przez Zamawiającego zarzutom Odwołujący zamierza wykonywać usługi ręcznego oczyszczania ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w harmonogramie oczyszczania w pełnym zakresie w stosunku do wymagań Zamawiającego określonych w umowie, czyli w sposób zgodny z § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 1 umowy, a złożona przez niego oferta uwzględnia wykonanie wszelkich wymaganych przez Zamawiającego prac i brak dowodów jakoby jakiegokolwiek czynności miałyby zostać w toku realizacji zamówienia pominięte.

Powyższe twierdzenia są tym bardziej uzasadnione, z uwagi na fakt, że Odwołujący od ponad dwóch lat jako zgłoszony Zamawiającemu podwykonawca firmy KOM-EKO Sp. z o.o. realizuje prace objęte tym zamówieniem w zakresie jego Części II, a zatem ma wiedzę na temat zakresu wymaganych czynności, sposobu ich należytego wykonania, a także koniecznych ku temu kosztów.

Odnosząc się zaś szczegółowo do zarzutów Zamawiającego Odwołujący wskazał:

1.

Przyjęte w ofercie Odwołującego założenie, że pracownik w ciągu godziny oczyści 390 m² czy 400 m² jest prawidłowe i nie stanowi zawyżenia możliwości oczyszczenia interwencyjnego.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że wbrew stanowisku Zamawiającego w tym wypadku nie może znaleźć zastosowania Katalog Norm Pracy 01, tablica 1311. Przede wszystkim, Zamawiający odwołując się do powyższego dokumentu, nie podaje żadnych parametrów szczegółowych umożliwiających jego jednoznaczną identyfikację, a następnie weryfikację. Wydaje się jednak, że w tym wypadku chodzi o dokument opracowany jako tzw. baza normatywna będąca podstawą kosztorysowania robót budowlanych. Niniejszy katalog uwzględnia wyłącznie specyfikę robót wykonywanych w budownictwie, z którymi to robotami nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Stanowi on jedynie opracowanie odnoszące się do robót budowlanych, a co za tym idzie nie może znaleźć bezpośredniego zastosowania względem prac wykonywanych w innych branżach, w tym wypadku z zakresu zimowego utrzymania i letniego oczyszczania. I o ile zawarte w treści dokumentu normy mogą pełnić swego rodzaju rolę pomocniczą przy określaniu wydajności danych pracowników, to z pewnością nie mogą być decydujące w tej mierze. Nie uwzględniają one bowiem specyfiki wykonywanych prac, a także używanego do ich wykonania sprzętu.

Tymczasem normy wydajności podane w ofercie Odwołującego uwzględniają wszystkie uwarunkowania zamówionych prac, w tym przede wszystkim rodzaj i wydajność posiadanego przez Odwołującego i przeznaczonego do wykonania zamówienia sprzętu w postaci zamiatarek ręcznych, których wydajność kształtuje się na poziomie nawet 3.680 m²/h.

Co więcej jak wskazał sam Zamawiający przekroczenie norm w zakresie wydajności jest minimalne (na poziomie ok. 40 m²), a tym samym może być spowodowane właśnie tym, że normy zawarte w KNP opracowane zostały dla robót innego rodzaju bez uwzględnienia szczegółowych uwarunkowań właściwych dla danych prac. Tym bardziej, że jak ustalono (Zamawiający nie podaje terminów opracowania norm) powyższy KNP opracowany został w latach 1982-1985, tj. ponad 30 lat temu, a tym samym nie mógł uwzględnić aktualnych warunków wykonywania prac a także używanego obecnie ku temu sprzętu.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że normy podane przez Odwołującego są jak najbardziej realne i możliwe do osiągnięcia, a tym samym nie mogą doprowadzić do nienależytego wykonania zamówienia. Odwołujący przy ustalaniu powyższych norm uwzględnił posiadaną przez siebie wieloletnią praktykę i doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju prac i dokonał wyliczeń znając obowiązujące w tym względzie realia i uwarunkowania. Jak już była o tym mowa powyżej Odwołujący od blisko dwóch lat jako zgłoszony Zamawiającemu podwykonawca firmy KOM-EKO Sp. z o.o. realizuje prace objęte aktualnym zamówieniem w Części II. Posiada on tym samym najpełniejszą wiedzę na temat warunków realizacji prac w

7

teren, a co za tym idzie jest w stanie najlepiej ustalić wydajność pracowników, znając z jednej strony wymagania Zamawiającego, z drugiej praktyczny aspekt wykonywanego zamówienia. Wobec powyższego nie można mu w żadnym wypadku zarzucić przeszacowania czy też niedołożenia należytej staranności w zakresie sporządzonej kalkulacji.

2.

Odwołujący przy wykonywaniu interwencyjnego oczyszczania ciągów komunikacyjnych w lecie czy w okresach ustąpienia warunków zimowych zamierza ponosić koszty oddawania zebranych odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a przedmiotowe koszty uwzględnione zostały w treści sporządzonej w toku postępowania kalkulacji. Podniesiony w tym względzie zarzut Zamawiającego jest bezpodstawny i nie znajduje uzasadnienia. Wykonawca bowiem w sporządzonej na poczet niniejszego postępowania kalkulacji uwzględnił koszty związane z wykonaniem wszelkich prac objętych zamówieniem, w tym również tych związanych z wywozem zanieczyszczeń przy interwencyjnym oczyszczaniu ciągów komunikacyjnych w lecie czy w okresach ustąpienia warunków zimowych. Postawiony w tym względzie przez Zamawiającego zarzut nie znajduje potwierdzenia w przeprowadzonych przez Odwołującego wyliczeniach. Wprawdzie w przekazanych Zamawiającemu kalkulacjach przedmiotowa pozycja nie została wprost wyodrębniona, ale jak wynika z ich analizy, Odwołujący w każdym przypadku zastrzegł pozycję tzw. pozostałych kosztów, w sposób następujący:

- Interwencyjne ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych Część I - Pozostałe koszty na poziomie 319,55 zł, tj. 5% procentowego udziału kosztów innych w kalkulacji pozycji.
- Interwencyjne ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych Część II - Pozostałe koszty na poziomie 1.509,20 zł, tj. 5% procentowego udziału kosztów innych w kalkulacji pozycji.
- Interwencyjne ręczne oczyszczanie ciągów w okresie ustąpienia warunków zimowych Część I - Pozostałe koszty na poziomie 228,20 zł, tj. 5% procentowego udziału kosztów innych w kalkulacji pozycji.
- Interwencyjne ręczne oczyszczanie ciągów w okresie ustąpienia warunków zimowych Część II - Pozostałe koszty na poziomie 629,10 zł, tj. 5% procentowego udziału kosztów innych w kalkulacji pozycji.

Z przedstawionego zestawienia jednoznacznie wynika, że nadwyżka tzw. pozostałych kosztów jest na tyle znaczna, że pozwala Odwołującemu na uwzględnienie w jej ramach również kosztów wywozu zanieczyszczeń, a przeciwna argumentacja Zamawiającego w tym zakresie nie może się ostać. W w każdym z wyżej wymienionych zakresów prac, zysk Odwołującego wyliczony został na poziomie ponad 10 %. Tym samym nawet przy zupełnie hipotetycznym przyjęciu za Zamawiającym, że koszty wywozu zanieczyszczeń nie zostały

8

uwzględnione przez Odwołującego, czemu Odwołujący kategorycznie zaprzecza, to w trakcie realizacji zamówienia i tak dysponowałby on środkami na wykonanie przedmiotowych czynności, a co za tym idzie zarzut w tym zakresie nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia całej złożonej oferty.

Oferta złożona przez Odwołującego w tym zakresie nie zawiera rażąco niskiej ceny, albowiem uwzględnia całość zamówionych przez Zamawiającego prac oraz wszelkie wymagane do ich wykonania koszty, uwzględniając również te nieprzewidziane, rezerwując na ten cel znaczną nadwyżkę środków zarówno w zakresie wydatków jak i spodziewanego zysku. Odwołującemu zatem w tym wypadku nie można przypisać błędnego skalkulowania ceny i zamiaru wykonania umowy w sposób nienależyty, albowiem wszystkie podane przez niego parametry odpowiadają cenom rynkowym, mieszcząc się w ich granicach. Według wyliczeń Odwołującego całkowity koszt wywozu zanieczyszczeń w zakresie pozycji zarzuconych przez Zamawiającego zamyka się do 1% wartości zaoferowanej ceny, tym samym stanowiąc koszt uwzględniony w jej całkowitej kalkulacji.

3.

Wartość kosztów pracy wyliczona przez Wykonawcę nie musi być uzależniona od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy, albowiem Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie przewidział wymogu zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę. W tym miejscu należy podnieść, że stawka za faktycznie wykonaną pracę wskazana w ofercie Odwołującego w wysokości 13,20 zł została wyliczona w sposób prawidłowy, jest stawką obowiązującą na rynku przy tego rodzaju pracach, a jej wysokość oraz sposób obliczenia nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty w oparciu o kryterium rażąco niskiej ceny. Wbrew przyjętemu stanowisku Zamawiającego jej wartość nie musi być uzależniona od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, albowiem warunku zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę nie przewidziano ani w SIWZ ani w postanowieniach umownych. Zgodnie z pkt 5.3.2.2. SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do wykazania dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tj. minimum 4 pracownikami na każdy rejon do stałego ręcznego utrzymania (oczyszczania) ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (rejonach I, II, IV). Z treści przywołanego postanowienia nie wynika jednakże konieczność zatrudnienia danych osób w oparciu o umowę o pracę, a tym samym wyliczenia ich wynagrodzenia w oparciu o właściwe dla stosunku pracy kryteria. Gdyby bowiem wymogiem Zamawiającego było wykazanie się zatrudnieniem określonej liczby pracowników wyłącznie w oparciu o umowę o pracę, to powinno to być w sposób jasny i precyzyjny sformułowane w treści ogłoszenia. Jednakże Zamawiający nie postawił warunku, że pojęcie „pracownik” określone w pkt 5.3.2.2. SIWZ, oznacza jedynie osobę zatrudnioną w ramach stosunku pracy.

9

Z doświadczenia życiowego wiadomo zaś, że powszechne jest posługiwanie się sformułowaniem „pracownik” również w odniesieniu do osób świadczących pracę na innej podstawie niż umowa o pracę (umowa zlecenia, samozatrudnienie). Potocznie zwrot taki używany jest również w odniesieniu do pracowników najemnych. Co więcej, w rzeczywistości gospodarczej bardzo często spotyka się tego rodzaju rozwiązania, że właśnie szeroko rozumiane usługi sprzątania wykonywane są na podstawie umów cywilnoprawnych, a nie umów pracę. Brak zatem wyraźnego sformułowania w tym zakresie w ogłoszeniu i SIWZ jednoznacznie przesądza o tym, iż wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę z treści ogłoszenia nie da się wywieść.

Zgodnie z przyjętym w orzecznictwie poglądem „brak precyzji zamawiającego w określeniu wymogów obciążających wykonawców nie stanowi podstawy do ich dookreślenia na dalszym etapie postępowania i nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców (wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2010 roku, sygn. akt: KIO/UZP1663/). Skoro bowiem Zamawiający, opisując swoje wymagania, nie dochował należytej staranności, to konsekwencją tych działań z pewnością nie można obciążać wykonawców. Jeżeli zatem w postępowaniu Zamawiający nie postawił obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, to przyjęcie stanowiska prezentowanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jest nieuzasadnione. Odwołujący bowiem w takim stanie rzeczy, tj. przy braku wymogu zatrudniania pracowników wyłącznie w oparciu o umowę o pracę, nie był również zobligowany do uzależniania wyliczonych przez siebie kosztów płacy od wysokości

minimalnego wynagrodzenia za pracę, ani też uwzględniania w tym zakresie przepisów dotyczących urlopów oraz innych świadczeń pracowniczych. Miał natomiast prawo do dysponowania osobami w oparciu o inne umowy cywilnoprawne i do wyliczenia stawki wynagrodzenia na tej podstawie jako faktycznej stawki za wykonaną pracę odpowiadającej obowiązującym w tym zakresie stawkom rynkowym. Zamawiający zaś nie nakładając na wykonawców obowiązku podania w ofercie informacji w przedmiocie wymogu zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, nie miał następnie prawa do weryfikowania oferty pod tym względem, co tym samym prowadzi do wniosku, że brak było podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o taką błędną weryfikację. Wyliczona z kolei przez Odwołującego stawka za faktycznie wykonaną pracę jest prawidłowa i odpowiada stawkom rynkowym panującym w tej branży na rynku lokalnym, uwzględniając w tym zakresie wszelkie konieczne do poniesienia koszty. Powyższa stawka z pewnością nie jest stawką zaniżoną, a już z pewnością nie nosi znamion rażąco niskiej.

Odwołujący w podsumowaniu swojego stanowiska wskazał:
W zaprezentowanym stanie rzeczy stwierdzić należy, że cena podana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską i brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie

10

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przepisy ustawy nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo, że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 ale i w art. 90. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, 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. Z pewnością powyższych cech nie nosi cena Odwołującego, albowiem została ona wyliczona w sposób należyty z uwzględnieniem wszelkich wymaganych czynników. Jest ona wprawdzie ceną konkurencyjną w stosunku do ceny Wykonawcy, którego ofertę wybrał Zamawiający, ale z pewnością nie jest ceną rażąco niską. Jak powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Co więcej, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, podkreślenia wymaga, że podana cena wyliczona została przy uwzględnieniu praktyki i doświadczenia Odwołującego, który od ponad dwóch lat prawidłowo jako zgłoszony Zamawiającemu podwykonawca wykonuje w rejonie II miasta Lublin usługi jak te objęte zamówieniem (postępowanie ma na celu wyłonienie Wykonawcy na realizację tych usług w dalszym okresie), oraz o zbliżonym zakresie w rejonie I i II miasta Lublin w pasach drogowych. Wobec tego ma on wiedzę na temat koniecznych w tym zakresie kosztów, wymaganych nakładów oraz obowiązujących cen rynkowych. Właśnie w oparciu o te dane przygotowana została oferta w niniejszym postępowaniu, która wobec praktyki Wykonawcy dodatkowo uwzględnia wymogi Zamawiającego, uwarunkowania terenu, zakres oraz wysokość koniecznych do poniesienia kosztów, a także inne napotkane w okresie ostatnich dwóch lat mogące mieć miejsce utrudnienia w realizacji prac, a tym samym przygotowana została w sposób kompleksowy i należyty. *Odrzucając ofertę Zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za oferowaną cenę*" (zob. wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 roku, KIO 439/15). W niniejszym postępowaniu takiej pewności nie ma. Odwołujący wskazał w sposób wyczerpujący okoliczności, które uzasadniają oferowaną przez niego cenę, przedstawiając w tym względzie szczegółową kalkulację. Tym samym brak było podstaw do dokonania odrzucenia jego oferty. Jeżeli natomiast zdaniem Zamawiającego istniały dalsze wątpliwości, miał on możliwość wystąpienia o ich dodatkowe wyjaśnienie, czego w sprawie niniejszej zaniechał. W świetle powyższego stwierdzić należy, że w przypadku Odwołującego brak dowodów potwierdzających zaniżenie oferowanej ceny, albowiem cena obejmuje pełen zakres zamówienia uwzględniając rodzaj i wysokość wszystkich koniecznych do jego wykonania kosztów i wydatków.

11

Na podstawie z art. 179 ust. 1, art. 180 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty Odwołującego w Części III Postępowania, odrzuceniu oferty Odwołującego w Części IV Postępowania, unieważnieniu Postępowania w IV Części, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego w Części III i Części IV Postępowania jako najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 2) naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego złożonej w części III Postępowania, mimo iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, czego dowodzą złożone wyjaśnienia w tym zakresie,
- 3) naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego złożonej w części IV Postępowania, mimo iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, czego dowodzą złożone wyjaśnienia w tym zakresie,
- 4) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie Postępowania w zakresie Części IV, mimo iż w tej Części wpłynęła niepodlegająca odrzuceniu oferta Odwołującego,
- 5) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie, jako najkorzystniejszej w zakresie Części III, mimo iż oferta ta nie jest najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w SIWZ,
- 6) naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 93 ust. 3 ustawy przez nieprzedstawienie uzasadnienia faktycznego wskazującego na podstawy odrzucenia oferty Odwołującego w III i IV Części Postępowania, które wskazuje na relewantne okoliczności świadczące o złożeniu przez Odwołującego oferty zawierającej rażąco niską cenę, a przez to niedostateczne wyjaśnienie podstaw podjętej czynności.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert Odwołującego w Części III Postępowania;

12

-
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego w Części IV Postępowania oraz unieważnienia Postępowania w Części IV;
 - 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego złożonych w Części III i IV Postępowania oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
 - 4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, jednakże niezgodnie z przepisami ustawy czynności Zamawiającego: tj. odrzucenie oferty Odwołującego w Części III Postępowania oraz odrzucenie niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego w Części IV Postępowania, a w konsekwencji unieważnienie Postępowania w tej części - uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia w części III i IV Postępowania. Powyższe przekłada się na możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody wyrażającej się w utracie możliwości realizacji zamówienia objętego Postępowaniem.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Zamawiający w dniu 14.01.2016 roku na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności, czy zaproponowana przez Wykonawcę cena ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje w sposób rzetelny wykonanie

zamówienia.

Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dot. zaoferowanych cen w Części III i IV Postępowania, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314),
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

13

Wyjaśnienia, wraz ze złożonymi dowodami powinny być jak najbardziej szczegółowe obejmując wszelkie koszty związane z realizacją pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i niezbędne do jego należytego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków oraz zysk Wykonawcy. Wyjaśnienia, w tym złożone dowody powinny odnosić się do wszystkich aspektów mających wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Wyjaśnienia winny być odpowiednio umotywowane, przekonywujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo Zamawiający zwrócił się o przedstawienie szczegółowych kalkulacji cen przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej dla Części III i IV oraz odzwierciedlających wszystkie koszty składające się na przedmiot zamówienia i zysk, a w szczególności o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cen (oddzielnie dla Części III i IV) następujących prac, wyszczególnionych w ofercie;

Część III:

- 1) ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) ujętych na stałe (poz. nr 3 - zał. nr 9 g do SIWZ);
- 2) ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) nie ujętych na stałe (poz. nr 4 - zał. nr 9 g do SIWZ);
- 3) ręczne codzienne oczyszczanie (z użyciem wózka) ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w harmonogramie oczyszczania w okresie ustąpienia warunków zimowych (również na interwencję) wraz z patrołowaniem (poz. nr 7 - zał. nr 9 g do SIWZ);
- 4) ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 8 - zał. nr 9 g do SIWZ);
- 5) ręczne codzienne oczyszczanie (z użyciem wózka) ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w harmonogramie oczyszczania (również na interwencję) wraz z patrołowaniem (poz. nr 3 - zał. nr 9 c do SIWZ);
- 6) ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w stałym oczyszczaniu (poz. nr 1 - zał. nr 9 c do SIWZ);
- 7) interwencyjne, ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów nie ujętych w stałym oczyszczaniu (poz. nr 4 - zał. nr 9 c do SIWZ);
- 8) ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 2 - zał. nr 9 c do SIWZ).

Część IV:

- 1) ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) ujętych na stałe (poz. nr 3 - zał. nr 9 h do SIWZ);

14

- 2) ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem na interwencję (nie ujętych na stałe) (poz. nr 4 - zał. nr 9 h do SIWZ);
- 3) ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w harmonogramie oczyszczania w okresie ustąpienia warunków zimowych (również na interwencję) (poz. nr 5 - zał. nr 9 h do SIWZ);
- 4) ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 7 - zał. nr 9 h do

SIWZ);

- 5) ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 2 - zał. nr 9 d do SIWZ).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący w dniu 21 stycznia 2016 roku złożył stosowne szczegółowe wyjaśnienia wraz ze szczegółowymi kalkulacjami dla wszystkich pozycji formularza ofertowego, w których odniósł się do oczekiwanych przez Zamawiającego czynników kosztotwórczych, jak również czynników obniżających cenę i wpływających na możliwość zaoferowania należytego wykonania przedmiotu zamówienia w Części III i Części IV za zaproponowaną cenę wraz ze wskazaniem na wysokość zysku, który osiągnie realizując przedmiotowe zamówienie. W ocenie Odwołującego przedstawione wyjaśnienia wraz ze szczegółowymi kalkulacjami w sposób należyty dowodzą, że zaproponowana cena - zarówno w Części III, jak i IV nie może być rozpatrywana w kategoriach rażąco niskiej.

W dniu 25 marca 2016 roku Zamawiający rozstrzygnął postępowania w każdej z Części Postępowania, wybierając jako ofertę najkorzystniejszą w Części III ofertę złożoną przez KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie oraz unieważniając Postępowania w Części IV. W ocenie Odwołującego powyższe czynności są niezgodne z zarzucanymi Zamawiającemu przepisami ustawy, bowiem oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, nie zaś zostać odrzucona w Części III, natomiast Postępowanie w Części IV nie podlegało unieważnieniu, bowiem Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ.

W informacji zawierającej uzasadnienie powyższych czynności Zamawiający wskazał na trzy okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały odrzucenie oferty Odwołującego w III i IV Części Postępowania, jednakże w ocenie Odwołującego przedstawiona tamże argumentacja jest błędna i nie może stanowić o zasadności podjętych przez Zamawiającego czynności, w szczególności zaś nie sposób zgodzić się z tezą, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzają złożenie w Części III i IV oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zwrócić bowiem należy

15

uwagę, że w zawartych na 46 stronach wyjaśnieniach wraz z dołączonymi dowodami Odwołujący przedstawił nie tylko okoliczności uzasadniające możliwość zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za konkurencyjną cenę, ale również zaprezentował kalkulacje, które odnoszą się do każdego elementu przedmiotu zamówienia a realność zaprezentowanych cen potwierdzona jest dotychczasowym należytym wykonywaniem zamówień o analogicznym charakterze, a przez to znajomością faktycznych kosztów wykonywania usług tego rodzaju.

Odnosząc się jednakże do pierwszego z elementów uzasadniania odrzucenia oferty Odwołującego, który w ocenie Zamawiającego przemawia za możliwością uznania, iż doszło do złożenia przez Odwołującego oferty z rażąco niską ceną, wskazać należy, że Zamawiający w zaoferowaniu przez Odwołującego ceny na określonym poziomie dopatruje się zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ. Niemniej jednak ani informację zawartą w treści oferty, ani też wyjaśnienia wraz z kalkulacjami, uzasadniające zaoferowanie prawidłowej i realnej ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, nie pozwalają na przyjęcie, że Odwołujący faktycznie nie zaoferował, czy też nie wycenił całego przedmiotu zamówienia. Co więcej, uzasadnienie podane przez Zamawiającego bazuje na okolicznościach wyabstrahowanych od przedmiotu tego konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich możliwych i dopuszczonych przez Zamawiającego sposobów jego wykonania. W ocenie Odwołującego, przy uwzględnieniu wszelkich wskazanych powyżej okoliczności związanych tak ze sposobem kalkulacji ceny oferty Odwołującego, jak również złożonymi wyjaśnieniami, nie zmateriałizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego - tak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, jak również art. 90 ust. 3 ustawy. (wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2014 roku sygn. akt KIO 1929/14).

W okolicznościach niniejszej sprawy powoływanie się przez Zamawiającego na normy czasochłonności, które mają świadczyć o niemożliwości zrealizowania przedmiotu

zamówienia przez Odwołującego nie uwzględnia całkowicie przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień, częstotliwości z jaką czyszczenie ma być wykonywane, jak również faktu dopuszczenia możliwości użycia mechanicznych zamiatarek, które pozwalają na zrealizowanie usługi w kwestionowanym zakresie w sposób dużo wydajniejszy, niż nawet założony przez Odwołującego, który w tym zakresie pozostawił „zapas” na ewentualne ręczne usunięcie zachwaszczeń i zebranie drobnych śmieci. Powyższe wskazuje, że Zamawiający decyzji o odrzuceniu nie podjął na podstawie analizy możliwości zrealizowania niniejszego zamówienia za zaoferowaną przez Odwołującego cenę, ale na podstawie własnych abstrakcyjnych założeń, które nie odpowiadają specyfice przedmiotu zamówienia.

16

Powyższą tezę potwierdza również twierdzenie, jakoby Odwołujący nie zaoferował usunięcia zachwaszczeń oraz zebrania zanieczyszczeń - również w tym przypadku Zamawiającego z analizy kosztu jednostkowego wywodzi w sposób nieuprawniony o zaoferowaniu niepełnego przedmiotu zamówienia, nie przedstawiając jednakże stosownego uzasadnienia na tę okoliczność. W tym kontekście zwrócić należy uwagę, że przedmiotem zamówienia objęte jest m.in. gromadzenie i wywóz zmiecionych (zebranych) zanieczyszczeń, które powstają na skutek wykonania czynności zmiatania, usuwania zachwaszczeń i zbierania zanieczyszczeń, a które przez Odwołującego określane są mianem „czyszczenia”. Jednocześnie Odwołujący w kalkulacji wprost wskazał na uwzględnienie ceny za usunięcie powstałego na skutek czyszczenia urobku o charakterze odpadów zmieszanych, tj. obejmujących zanieczyszczenia organiczne i nieorganiczne. W RIPOK jest to cena wyższa, niż za wywóz jedynie odpadów nieorganicznych powstających na skutek zmiatania (np. piasku z ulicy), a zatem nie sposób negować okoliczności, że kalkulacja uwzględnia zebranie i wywóz zachwaszczeń.

Ponadto zwrócić należy uwagę, że posługiwanie się przez Zamawiającego znormalizowanymi wzorcami nie może prowadzić do wywodzenia wniosków, które wprost przeczą okolicznościom możliwym do wywiedzenia z doświadczenia w wykonywaniu takich usług. Poza bowiem powołaniem się przez Zamawiającego na Katalog Norm Pracy nie wskazał on żadnych okoliczności, które przeczą i podważają założenia Odwołującego, poczynione na podstawie kilkuletnich doświadczeń w wykonywaniu usług oczyszczania Lublina, w tym na rzecz Zamawiającego. Zamawiający zastosował w tym przypadku automatyzm bazując na dokumencie, którego stosowania nie nakazał wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, co w ocenie Odwołującego nie może stanowić samoistnie o podjęciu decyzji o odrzuceniu Odwołującego, tym bardziej ze względu na rzekome złożenie oferty z rażąco niską ceną (wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1249/15; KIO 1250/15).

Zamawiający, zaoferowanie przez Odwołującego rażąco niskiej ceny, argumentuje również niewłaściwym - w ocenie Zamawiającego - wyliczeniem kosztów pracy personelu zaangażowanego w wykonywanie zamówienia. Na tę okoliczność Zamawiający dokonał własnych kalkulacji, które są niezgodne z rozumieniem przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z przepisem art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zwrócić bowiem należy uwagę, że *ratio legis* wprowadzenia powyższego przepisu było zrównoważenie sytuacji wykonawców zatrudniających pracowników na podstawie umowy o pracę oraz wykonawców zatrudniających pracowników na podstawie umów cywilnoprawnych. Taki efekt może zostać osiągnięty przy przyjęciu do podstaw kalkulacji stałej i powszechnie obowiązującej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak wynika wprost z wskazywanych powyżej przepisów. Tymczasem Zamawiający

17

podjął próbę wkalkulowania w tak określoną stawkę dodatkowych kosztów pracodawcy, które są zróżnicowane i nie mogą być traktowane jako wymierne dla potrzeb omawianych przepisów. Zwrócić bowiem należy uwagę, że przy przyjęciu założenia Zamawiającego należałoby dokonywać rozróżnienia na osoby, którym przysługuje urlop wypoczynkowy w wymiarze 20 dni i 26 dni, jak również na pracowników, którzy są zatrudnieni pierwszy rok i ich wynagrodzenie może być niższe, niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Wówczas podstawą dla przyjęcia wartości kosztów pracy nie byłoby minimalne wynagrodzenie za pracę, ale wynagrodzenie indywidualne, co stoi wprost w sprzeczności z celem regulacji. (wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO

1104/15).

Wobec powyższego wskazać należy, że Odwołujący w sposób prawidłowy i zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami przyjął jako podstawę wyceny kosztów pracy wartości zgodne z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z kolei kalkulacje Zamawiającego zakładają doliczenie dodatkowych elementów, które w sposób nieuprawniony relatywizują podstawę dokonywanych wyliczeń i jako takie wykraczają poza dyspozycję normy zawartej w przepisie art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy. W związku z powyższym - w ocenie Odwołującego - w okolicznościach niniejszej sprawy nie materializują się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego z powołaniem się na ww. argumenty, które wynikają z błędnej interpretacji przepisów ustawy.

Przechodząc z kolei do kolejnego „błędu”, jaki kalkulacjom Odwołującego zarzuca Zamawiający, nie sposób nie wskazać, że Zamawiający zaniechał dokonania oceny kalkulacji i wyjaśnień Odwołującego w sposób mający stwierdzić realność zaproponowanej ceny globalnej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, warunków jego realizacji i właściwości Odwołującego, koncentrując się na ocenie poprawności metod kosztorysowania (wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2010 roku sygn. akt KIO 2490/10). Także w przypadku ustalenia wynagrodzenia w formie kosztorysowej zakres ingerencji Zamawiającego w sposób wyliczenia przez wykonawców tego wynagrodzenia doznaje ograniczeń. Wszakże normy zużycia materiałów, robocizny oraz pracy sprzętu stanowią przedmiot indywidualnych kalkulacji i mogącej mieć swoje źródło w stosowanej przez poszczególnych wykonawców technologii lub mogą być przedmiotem indywidualnych wytycznych, w tym norm branżowych lub zakładowych.

Zamawiający nie wskazał jakie konsekwencje odnoszące się do niemożliwości należytego zrealizowania zamówienia przez Odwołującego wynikają z przyjętej przez niego metody kalkulacji kosztów stałych, nie zanegował również faktu, że taki sposób uwzględniania kosztów przez wykonawcę, który na rynku lokalnym działa od kilku lat i ma możliwość poniesienia kosztów stałych bez względu na fakt realizacji przedmiotowego zamówienia, stanowi o poprawności i realności zaoferowanej ceny. Odwołujący wyliczył koszty stałe w

18

wysokości przenoszącej aktualnie ponoszone przez niego koszty, a zatem uwzględniając wszelkie możliwe ryzyka wahań cen w okresie realizacji zamówienia. Wskazał również, że do wykonania zamówienia wykorzysta zamortyzowany już sprzęt i nie ma potrzeby dokonywania zakupów celowych związanych z wykonywaniem tego zamówienia, stąd też nie sposób wywieść z uzasadnienia zaprezentowanego przez Zamawiającego jakie konkretne niezgodności i z czym potwierdzają kalkulacje Odwołującego, a co istotniejsze dlaczego - w ocenie Zamawiającego - nie gwarantują należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający nie odniósł się do ceny całkowitej zaoferowanej przez Odwołującego w Części III i IV Postępowania, koncentrując się wyłącznie na negocjowaniu przyjętej metody kalkulowania cen jednostkowych (wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2014 roku sygn. akt KIO 1989/14 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2014 roku sygn. akt KIO 1049/14).

Wobec powyższego, tj. niekwestionowania możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, nie sposób uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy aktualizują się okoliczności pozwalające na odrzucenie oferty Odwołującego. Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że znaczenie podważanego elementu cenotwórczego jest tak duże, iż jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. W przedstawionym uzasadnieniu podjętych czynności - takich argumentów brak. Wszystkie przedstawione powyżej okoliczności niezbicie wskazują, że Wykonawca złożył ofertę nie zawierającą rażąco niskiej ceny, która nie uwzględniałaby niezbędnych do poniesienia kosztów wykonania zamówienia. Co więcej, Wykonawca konstruując wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdził możliwość zrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia w sposób należyty, z jednoczesnym zagwarantowaniem sobie wysokiego zysku. Wszelkie przyjęte założenia Wykonawcy związane z kalkulacją kosztów oraz zamierzonym sposobem wykonania zamówienia przekładają się na zaoferowaną cenę. Jednocześnie złożone wyjaśnienia potwierdzają, że kalkulacja oparta na tych założeniach gwarantuje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia bez ryzyka związanego z niepowodzeniem, bądź też poniesieniem przez

Wykonawcę straty przekraczającej założone zyski. Kwestionowane czynności Zamawiającego doprowadziły do niezgodnej z przepisami ustawy czynności w postaci wyboru jako najkorzystniejszej w III Części Postępowania oferty, która nie jest najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ oraz do unieważnienia Postępowania w Części IV. Działanie takie stanowi równocześnie o naruszeniu przez Zamawiającego zasad określonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy.

19

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 484/16, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 482/16 i KIO 484/16:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego, co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający i co znajduje odzwierciedlenie w protokole.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 484/16 wykonawcę KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2016 roku, przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 5 kwietnia 2016 roku. Uczestnik postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w zakresie części III zamówienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych pismach.

Zamawiający złożył w sprawie sygn. akt KIO 482/16 pismo w sprawie zawierające stanowisko merytoryczne Zamawiającego w sprawie wraz z wnioskami dowodowymi oraz załącznikami wyszczególnionymi w piśmie, w tym Katalog Norm Pracy Wydanie II Wydawnictwa Akcydensowe Warszawa 1987 r.; protokół, pismo i faktura VAT; zdjęcie). Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego wymienione w ww. piśmie i załączone do tego pisma.

20

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 482/16) dowód nr 1 (6 kart) zawierających opracowanie własne dotyczące ilości urobku oraz karta katalogowa zamiatarki ręcznej.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2016 roku Zamawiający w sprawie sygn. akt KIO 484/16 wniósł *Odpowiedź na odwołanie* – wskazując, że nie uznaje odwołania i wnosi o jego oddalenie w całości. Zamawiający ww. piśmie załączył wnioski dowodowe oraz załączył wyszczególnione w piśmie załączniki: w tym Katalog Norm Pracy Wydanie II Wydawnictwa Akcydensowe Warszawa 1987 r.; protokoły, pisma i faktury VAT. Pismo - *Odpowiedź na odwołanie* – w zakresie stron 3, 4, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 Zamawiający objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego wymienione w ww. piśmie i załączone do tego pisma.

Zamawiający w sprawie sygn. akt KIO 484/16 złożył również pismo z dnia 18 kwietnia 2016 roku, w całości pismo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wraz z wnioskami dowodowymi i załączonymi dowodami: wydruk e-mail z dnia 24 listopada 2015 roku oraz zdjęcia. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego wymienione w ww. piśmie i załączone do tego pisma.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez Odwołującego wykonawcę M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLOREKO M.B. w Warszawie (sygn. akt KIO 484/16) – zestawienie opracowanie własne odnośnie kosztów stałych, całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że odwołania nie podlegają uwzględnieniu.

Izba ustaliła i zważyła:

21

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

W art. 7 ust. 1 – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*, w ust. 3 natomiast – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*.

W art. 90 ust. 1 ustawy czytamy:

1. *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*

2. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

3. *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.*

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*.

W art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

22

Art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy – *Zamawiający unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) nie złożono żadnej oferty niepodgalającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;*

Art. 93 ust. 3 ustawy - *O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:*

1) ubiegali się o udzielenie zamówienia - w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,

2) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na wstępie rozważań w sprawach o sygn. akt KIO 482/16 i KIO 484/16

Izba wskazuje, w stosunku do każdej z rozpoznawanych spraw, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

23

Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania*.

Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym

przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 gdzie wskazano: „Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: "Wobec

24

wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji". Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: "iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp." Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykazały, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich

25

przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 482/16

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Odwołujący wycofał na posiedzeniu wiosek o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy - ofert złożonych przez Wykonawców: R.C.-P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Architektura Zieleni Hortus R.C.-P. oraz J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.J., gdyż zawierają rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustaw przez dokonanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę podczas gdy Odwołujący potwierdził, że nie można uznać ceny za rzadco niską - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2016 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowane ceny za realizację zamówienia w części I i części II, w tym do złożenia dowodów. Zamawiający odnosząc się do przepisów ustawy wezwał również wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień:

w zakresie Część I: ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) ujętych na stałe (poz. nr 3 - zał. nr 9 e do SIWZ); ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) nie ujętych na stałe (poz. nr 4 - zał. nr 9 e do SIWZ); interwencyjne, ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów nie ujętych w stałym oczyszczaniu (poz. nr 3 - zał. nr 9 e do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 7 - zał. nr 9 e do SIWZ); interwencyjne, ręczne

26

oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów nie ujętych w harmonogramie oczyszczania ręcznego w okresach ustąpienia warunków zimowych (poz. nr 6 - zał. nr 9 e do SIWZ); użycie małej solarki (do 3,5 tony) lub ciągnika łącznie z załadunkiem i materiałem, na interwencyjne utrzymanie ciągów komunikacyjnych przeznaczonych również dla ruchu pojazdów (poz. nr 1 - zał. nr 9 e do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 2 - zał. nr 9 a do SIWZ).

W zakresie Część II: ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) ujętych na stałe (poz. nr 3 - zał. nr 9f do SIWZ); ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z na interwencję (nie ujętych na stałe) (poz. nr 4 - zał. nr 9 f do SIWZ); interwencyjne, ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów nie ujętych w harmonogramie oczyszczania ręcznego w okresach ustąpienia warunków zimowych (poz. nr 6 - zał. nr 9 f do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 7 - zał. nr 9 f do SIWZ); interwencyjne, ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów nie ujętych w stałym oczyszczaniu (poz. nr 3 - zał. nr 9 b do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 2 - zał. nr 9 b do SIWZ); użycie małej solarki (do 3,5 tony) lub ciągnika łącznie z załadunkiem i materiałem, na interwencyjne utrzymanie ciągów komunikacyjnych przeznaczonych również dla ruchu pojazdów (poz. nr 1 - zał. nr 9 f do SIWZ).

Zamawiający wskazał, że wykonawca ma złożyć szczegółowe kalkulacje ceny przedstawiające sposób obliczenia ceny oraz odzwierciedlające wszystkie koszty składające się na przedmiot zamówienia i zysk, wraz ze złożeniem dowodów.

Pismem z dnia 21 stycznia 2016 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia zawierające zestawienia tabel dla wskazanych przez Zamawiającego pozycji.

Pismem z dnia 25 marca 2016 roku Zamawiający powiadomił wykonawcę o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy – jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający

wskazał, że złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę.

Zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego, niekwestionowanymi przez Odwołującego:
- wartość szacunkową zamówienia dla części I – 975 176,32 zł brutto (powiększona o podatek VAT), cena oferty Odwołującego część I – 653 940,00 zł brutto tj. niższa o 32, 94 %,

27

- wartość szacunkową zamówienia dla części II – 2 566 527,21 zł brutto (powiększona o podatek VAT), cena oferty Odwołującego część II – 1 618 047,18 zł brutto tj. niższa o 36, 96 %.

Izba zważyła:

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tym samym zadaniem Izby jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to w zasadzie ustawodawca nałożył na nią ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny, tym samym Odwołujący powinien wykazać, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że ze złożonych wyjaśnień, których ocena i badanie muszą być dokonywane w pryzmacie postanowień dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zaoferowana przez niego cena dla części I i II nie jest rażąco niska.

W zakresie oczyszczania interwencyjnego Odwołujący przyjął do kalkulacji, że 1 pracownik oczyści w ciągu jednej godziny 390m² czy 400 m², Zamawiający odwołał się do Katalogu Norm Pracy (Wydanie II Wydawnictwa Akcydensowe Warszawa 1987 r.) i wskazał, że maksymalną powierzchnię jaką można oczyścić w ciągu godziny należało przyjąć na poziomie 350m².

Zamawiający wyjaśnił, że ww. katalog norm pracy dotyczy konserwacji terenów zielonych – dział 13, tabela 1311 – zamiatanie dróg parkowych, w opisie robót wskazano: „zamiecenie miotłą drogi parkowej bez odwożenia zanieczyszczeń” wraz z jednoczesnym wskazaniem rodzaju nawierzchni oraz podano normę czasu na 100m². Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że przyjmując uśrednioną wartość dla wskazanych w normach nawierzchni, które w ww. katalogu norm określone są ułamkiem dokonał przeliczenia: $0,19 + 0,12/2$ – jest to ułamek godziny, który został przemnożony przez 60 (60 minut) i w wyniku tego działania otrzymano informację w jakim czasie można oczyścić 100m² powierzchni zamiatanej; następnie przeliczył ile w czasie godziny da się oczyścić m² (metrów kwadratowych) i w ten sposób otrzymano wartość 700m²/h zamiatania bez odwożenia zanieczyszczeń. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy również, że normy dotyczą konserwacji terenu,

28

czyli czegoś co jest oczyszczane systematycznie, natomiast u prace miały być dokonywane interwencyjnie, dlatego Zamawiający zmniejszył współczynnik o połowę i ustalił normę 350m²/h – co oznacza, że taką ilość m² może zamieść jedna osoba w czasie godziny w pracach interwencyjnych.

Zamawiający w trakcie rozprawy wskazywał, że przyjęta norma 350m²/h oczyszczania interwencyjnego jest bardzo wysokim wskaźnikiem, oraz odwołując się do zdjęcia załączonego do stanowiska pisemnego Zamawiający wyjaśnił, że obrazuje ono chodnik, na którym mają być dokonane prace interwencyjne, co pokazuje jak wiele należy wykonać i jak duży jest urobek z pracy podjętej na tym chodniku.

Izba wskazuje po pierwsze, że Odwołujący nie kwestionował, że przyjął do kalkulacji, że 1 pracownik oczyści w ciągu jednej godziny 390m² czy 400 m² w zakresie oczyszczania interwencyjnego. Jednocześnie na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający dopuścił

użycie zamiatarek ręcznych, które wykazują wydajność na poziomie 3680m²/h (dowód nr 1), a nie na poziomie 350m²/h przy użyciu tradycyjnej miotły. Odwołujący wskazał, że ww. urządzenia nie były dostępne w latach 80-tych poprzedniego stulecia co powoduje, że normy katalogowe jakie powoływał Zamawiający nie mogą mieć zastosowania.

W ocenie Izby przedstawione przez strony wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący w żadnym miejscu złożonych wyjaśnień nie odniósł się do tego, że będzie stosował zamiatarki mechaniczne, że poczynione założenia Odwołującego nie znajdują uzasadnienia. Faktem jest, że na etapie postępowania przed Izbą dopiero pojawia się informacja dotycząca zamiatarek ręcznych, na których użycie w argumentacji przedstawianej na rozprawie wskazuje Odwołujący. Wskazane przez Zamawiającego, a wykazane w wyjaśnieniach przez Odwołującego miotły, nie sposób uznać za szczotki czyszczące stanowiące akcesoria do zamiatarki. W ocenie Izby ta argumentacja Odwołującego przedstawiona jest jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego ale nie znajduje w żaden sposób odzwierciedlenia w dokumentacji przedstawionej Zamawiającemu na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny oferty. Izba wskazuje, że Odwołujący obowiązany był (art. 90 ust. 2 ustawy) na etapie złożenia wyjaśnień do przedstawienia wszystkich informacji stanowiących podstawę dokonanej wyceny, w tym w informację na temat sposobu realizacji usługi oraz wykazania sprzętu czy też akcesoriów. Nie sposób uznać wyjaśnienia poczynione na rozprawie za potwierdzające stanowisko zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego, bowiem z dowodu przedstawionego przez Odwołującego – karta katalogowa zamiatarki ręcznej (dowód nr 1) wynika, że akcesoria nazwane są szczotkami a nie miotłami i trudno byłoby w tym miejscu uznać, że podmiot profesjonalnie zajmujący się tego typu usługami nie jest w stanie nazwać prawidłowo akcesoriów zamiatarki, jednocześnie nie wykazał Odwołujący trakcie rozprawy, że te akcesoria można nabyć we wskazanej w wyjaśnieniach cenie.

29

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że argumentacja jaka zgodnie z prawem (art. 90 ust. 2 ustawy) powinna być zawarta w złożonych wyjaśnieniach pojawia się dopiero na etapie rozprawy, co dowodzi tego, że sam Odwołujący starając się wykazać inny sposób realizacji usługi (przy użyciu zamiatarki ręcznej) w zasadzie przyznaje, że poczynione przez niego założenie jest mało realne. Jednocześnie Zamawiający w sposób bardzo precyzyjny i logiczny wykazał jaki był sposób badania oferty, w oparciu o jakie informacje i doświadczenie. Zgodzić się należy bowiem z Zamawiającym, że sposób zamiatania wskazanych przez Zamawiającego powierzchni przy użyciu miotły jak również średnia wydajność pracy ludzkiej nie uległ zmianie, dlatego też odwołanie się do wskazanych na wstępie norm należy uznać za poprawne. Izba zaznacza, że normy te są powszechnie dostępne dlatego też odwołanie się do nie stanowi w ocenie Izby jakiegś wiedzy specjalnej, a każdy specjalista w zakresie usług stanowiących przedmiot zamówienia przypadku gdyby uznała ich niezasadność byłby w stanie wykazać (dowodowo), że w rzeczywistości normy pracy ludzkiej są inne. W rozpoznawanym przypadku, Odwołujący zmieniając na poziomie odwołania informacje o sposobie realizacji zamówienia w zasadzie potwierdził realność wykazywanych przez Zamawiającego na podstawie ww. norm wartości.

W zakresie kosztów wywozu zebranych zanieczyszczeń w okresie letnim oraz w okresach ustąpienia warunków zimowych Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że wykonawca tych kosztów nie skalkulował.

W trakcie rozprawy Zamawiający podkreślił, że w trakcie badania oferty jak i złożonych wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny nie miał możliwości sprawdzić kwoty za oddanie urobku do instalacji przetwarzania odpadów, podkreślił Zamawiający, że informację w tym zakresie tzn. dotyczącą kalkulacji kwoty dotyczącej kosztów wywozu zebranych zanieczyszczeń uzyskał dopiero z odwołania jak i przedstawionej na rozprawie argumentacji Odwołującego.

Odwołujący powołując się na własną kalkulację (dowód nr 1) przedstawioną na rozprawie wyjaśnił, że 3,5 kg zanieczyszczeń jakie wskazał w kalkulacji to średnia norma zbieranych zanieczyszczeń ze 100m² stanowiąca założenie jakie przyjął Odwołujący dla kalkulacji; dalej wyjaśnił, że wartość urobku w skali roku dla części I wynosi 861 zł netto, natomiast dla części II wynosi 3 528,47zł netto. Wyjaśnił jednocześnie wskazując kwotę 10 955 zł netto określonej dla jednego roku dla pozycji ofertowych 3 i 6 z części I, że 861 zł netto stanowi 8,17% z tej kwoty. Podobnie część II, gdzie w skali roku koszt realizacji usługi w poz. 3 i 6

wnosi 42 766 zł netto, a koszt w zakresie wywozu zanieczyszczeń wynosi 3 528,47 zł netto, co również stanowi 8,17% kwoty stanowiącej koszt realizacji usługi. Odwołujący podał również, że zarówno dla części I i II kwota za odpady stanowi 0,037% wartości oferty w

30

poszczególnych częściach w przeliczeniu na 1 rok oraz dodał, że Zamawiający nie miał uwag do 30% pozycji kosztowych w zakresie części I, natomiast w zakresie części II do 42%. Zamawiający natomiast argumentował, że 1m³ piachu luźno usypanego równy jest 1,6 tony – a ilość zebrana ze 100m² urobku przy pracach interwencyjnych będzie wielokrotnie większa. Wyjaśnił Zamawiający, że oczyszczanie powierzchni o wielkości 100m² przy założeniu, że na tych 100m² jest 1mm zanieczyszczeń daje 0,1m³ zanieczyszczeń, co wagowo odpowiada ok. 160 kg – zanieczyszczenia w postaci piachu, ziemi, zachwaszczenia.

W ocenie Izby w zakresie powyższego po pierwsze należy zaznaczyć, że obowiązkiem Odwołującego, zgodnie z dyspozycją ustawową (art. 90 ust. 2 ustawy) jak również wskazaniem w wezwaniu do złożenia stosowanych wyjaśnień było precyzyjne i jednoznaczne przedstawienie poszczególnych elementów ceny. Zgodnie z § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 1 załącznika nr 10 a, b, d do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SWIZ) określone zostało, jakie elementy kosztotwórcze wchodziły w zakres świadczonej usługi, w tym wywóz zebranych zanieczyszczeń. Izba zaznacza, że Odwołujący, w treści odwołania podał, że „w przekazanych Zamawiającemu kalkulacjach przedmiotowa pozycja nie została wprost wyodrębniona”, na co również wskazywał Zamawiający. Tym samym, w treści odwołania Odwołujący bardzo precyzyjnie wskazał, że pozycja kosztotwórcza, której wykazania wymagał w wezwaniu Zamawiający nie została przez Odwołującego podana w wyjaśnieniach. Nie jest rzeczą Zamawiającego domyślanie się, czy też poszukiwanie informacji o kosztach danych pozycji, bowiem takie działanie prowadziłoby do sytuacji w której to Zamawiający określałby czy jakieś koszty zostały uwzględnione czy też nie przez wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach. Dlatego też wskazanie na 5% procentowego udziału kosztów innych w kalkulacji pozycji, do którego odwołuje się Odwołujący w odwołaniu nie sposób uznać za wykazanie kosztów wywozu zebranych zanieczyszczeń. Po drugie, Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał zasadności swojego założenia w zakresie przyjęcia, że ilość zanieczyszczeń przy wykonywaniu interwencyjnego oczyszczania ciągów komunikacyjnych wyniesie 3,5 kg/100m². Odwołujący wskazywał, że koszty odbioru odpadów mieszczą się z założonych 5%. Jednakże, uwzględniając fakt, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że ilość zanieczyszczeń przy wykonywaniu interwencyjnego oczyszczania ciągów komunikacyjnych nie przekroczy 3,5 kg/100m² jak również mając na uwadze, że Zamawiający w sposób bardzo precyzyjny przedstawił wyliczenia w zakresie ilości zanieczyszczeń jakie będą konieczne do wywieżenia, zgodzić należy się z Zamawiającym, że owe 5% kosztów innych wraz z 10% zysku jakie przewidział wykonawca nie pokrywa wielkości opłat za odbiór odpadów (zanieczyszczeń), bowiem przy założeniu ilości metrów kwadratowych powierzchni, którą objęta jest każda z części postępowania: część I i część II (każdy z osobna) przy założeniu ilości opadów ze 100m² na poziomie około 160 kg koszt oferty byłby wyższy o 30% w każdym rejonie. Izba wskazuje,

31

że dokonując oceny przedstawionych przez strony stanowisk nie sposób pominąć faktu, że to Zamawiający wskazując wyliczenia przedstawił argumentację na uzasadnienie swojego stanowiska, gdy tymczasem Odwołujący – zobowiązany do dowodzenia – poprzestał na stwierdzeniu, że 3,5 kg/100m² stanowi założenie jakie poczynił Odwołujący. Taka argumentacja wskazuje, że poczynione przez Odwołującego założenie, co do wielkości zanieczyszczeń ze 100m², powstało na potrzeby argumentacji przedstawianej w trakcie rozprawy, bowiem Izba zaznacza, że Odwołujący sam w trakcie rozprawy wskazywał, że jest obecnie podwykonawcą i realizuje usługę zgodną z przedmiotem zamówienia, tym samym mógł wykazać w sposób bardzo prosty i precyzyjny jaka jest wielkość zanieczyszczeń ze 100m² – ale nie uczynił tego.

W zakresie kosztów pracy, które jak wskazywał w uzasadnieniu odwołania oraz argumentowała na rozprawie Odwołujący nie muszą być uzależnione od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie ustawy, albowiem Zamawiający

w SIWZ nie przewidział wymogu zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującą od dnia 19 października 2014 roku zmianie uległ art. 90 ust. 1 ustawy.

Obecnie, jeżeli cena oferty wydaje się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314) (zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy). Zaznaczyć tym samym należy w tym miejscu, że wykonawca wartości wynagrodzenia jakie przyjmuje do ustalenia ceny nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, do obliczenia elementu kosztotwórczego ceny całkowitej oferty a jakim są wynagrodzenia wykonawca obowiązany jest przyjąć co najmniej kwoty wynagrodzeń minimalnych (najmniej) i nie ma znaczenia czy będzie zatrudniał pracowników na podstawie umowy o pracę czy też zlecał będzie wykonanie prac na podstawie innych stosunków cywilnoprawnych. W tym miejscu Izba zaznacza, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień (pismo z 14 stycznia 2016 roku) Zamawiający odwołał się wprost do treści ww. przepisu jak

32

również wskazał na konieczność złożenia wyjaśnień „jak najbardziej szczegółowych”. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania zupełnie nie koreluje z obowiązującymi przepisami, a co za tym idzie Odwołujący w żaden sposób nie wykazała, jak również nie dowodził, że w zaoferowanej cenie oferty dla części I i części II zamówienia skalkulował koszty pracy na poziomie nie mniejszym niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Izba uznała ten zarzut za niezasadny, bowiem postanowienia SIWZ nie muszą zawierać jakichkolwiek uregulowań odnoszących się do zagadnienia kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę, a wynika to z art. 90 ust. 1 ustawy, gdzie obowiązek ten został nałożony na każdego wykonawcę. Natomiast każdy podmiot obowiązany jest do znajomości przepisów prawa, które stanowią podstawę wykonywania określonych czynności, tak więc wykonawca winien znać przepis art. 90 ust. 1 ustawy zarówno na etapie kalkulacji oferty jak również na etapie postępowania odwoławczego, gdzie obowiązany jest do dowodzenia (art. 190 ust. 1a ustawy) swoich twierdzeń.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania

na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Izba wskazuje, że Zamawiający wykonał ciążące na nim obowiązki tj. wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz dokonał oceny tych wyjaśnień wszechstronnie. Rozpoznanie poszczególnych wątków, które zostały opisane powyżej w uzasadnieniu wyroku wskazuje w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie wykazał na etapie złożonych wyjaśnień, że zaoferowana przez niego cena oferty dla części I i części II nie jest rażąco niska, jak również nie dowiódł tego na rozprawie, co wskazuje, że Zamawiający nie naruszył zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 484/16

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustaw przez odrzucenie oferty w części III i części IV mimo, że oferta Odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny, czego dowodzą złożone wyjaśnienia w tym zakresie - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2016 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację zamówienia w części III i części IV, w tym do złożenia dowodów. Zamawiający odnosząc się do przepisów ustawy wezwał również wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień:
w zakresie Część III: ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) ujętych na stałe (poz. nr 3 - zał. nr 9 g do SIWZ); ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) nie ujętych na stałe (poz. nr 4 - zał. nr 9 g do SIWZ); ręczne codzienne oczyszczanie (z użyciem wózka) ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w harmonogramie oczyszczania w okresie ustąpienia warunków zimowych

(również na interwencję) wraz z patrolowaniem (poz. nr 7 - zał. nr 9 g do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 8 - zał. nr 9 g do SIWZ); ręczne codzienne oczyszczanie (z użyciem wózka) ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w harmonogramie oczyszczania (również na interwencję) wraz z patrolowaniem (poz. nr 3 - zał. nr 9 c do SIWZ); ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w stałym oczyszczaniu (poz. nr 1 - zał. nr 9 c do SIWZ); interwencyjne, ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów nie ujętych w stałym oczyszczaniu (poz. nr 4 - zał. nr 9 c do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 2 - zał. nr 9 c do SIWZ). Część IV: ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem (również na interwencję) ujętych na stałe (poz. nr 3 - zał. nr 9 h do SIWZ); ręczne zimowe utrzymanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów łącznie z materiałem na interwencję (nie ujętych na stałe) (poz. nr 4 - zał. nr 9 h do SIWZ); ręczne oczyszczanie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów ujętych w harmonogramie oczyszczania w okresie ustąpienia warunków zimowych (również na interwencję) (poz. nr 5 - zał. nr 9 h do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 7 - zał. nr 9 h do SIWZ); ręczne mycie ciągów komunikacyjnych, placów, schodów (poz. nr 2 - zał. nr 9 d do SIWZ).

Zamawiający wskazał, że wykonawca ma złożyć szczegółowe kalkulacje ceny przedstawiające sposób obliczenia ceny oraz odzwierciedlające wszystkie koszty składające się na przedmiot zamówienia i zysk, wraz ze złożeniem dowodów.

Pismem z dnia 21 stycznia 2016 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia zawierające zestawienia tabel dla wskazanych przez Zamawiającego pozycji (wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

Pismem z dnia 25 marca 2016 roku Zamawiający powiadomił wykonawcę o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy – jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie części III i części IV. Zamawiający wskazał, że złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę.

Zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego, niekwestionowanymi przez Odwołującego:
- wartość szacunkową zamówienia dla części III – 7 386 952,68 zł brutto (powiększona o podatek VAT), cena oferty Odwołującego część III – 4 565 904,25 zł brutto tj. niższa o 38, 19 %,

35

- wartość szacunkową zamówienia dla części IV – 2 848 899,00 zł brutto (powiększona o podatek VAT), cena oferty Odwołującego część II – 1 755 060,48 zł brutto tj. niższa o 38,40 %.

Izba zważyła:

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tym samym zadaniem Izby jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to w zasadzie ustawodawca nałożył na nią ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny, tym samym Odwołujący powinien wykazać, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że ze złożonych wyjaśnień, których ocena i badanie muszą być dokonywane w przykazie postanowień dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zaoferowana przez niego cena dla części III i IV nie jest rażąco niska.

Izba zważyła:

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w odwołaniu Zamawiający wskazał trzy okoliczności przesądzające konieczność odrzucenia oferty Odwołującego w części III i części IV.

Zamawiający, w części jawnej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał na to, że na etapie założeń popełniono błędy i przyjęto wykonywanie umowy w sposób nienależyty i przy tym założeniu skalkulowano cenę oferty. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie zawarte są w piśmie przekazanym tylko Odwołującemu z uwagi na elementy objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie norm czasochłonności wykonywanej pracy Odwołujący poczynił założenia w zakresie powierzchni oczyszczanych odpowiednio wskazane w załącznikach do pisma z dnia 21 stycznia 2015 roku (załączniki: 9g poz. 6, 5; 9c poz. 1, 4; 9d poz. 1, 3; 9h poz. 5, 6), na co również wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 21 stycznia 2016 roku oraz pismach procesowych. W zakresie podniesionej przez Zamawiającego argumentacji odnoszącej się

36

do norm czasochłonności Izba wskazuje, że Zamawiający odwołał się do Katalogu Norm Pracy (Wydanie II Wydawnictwa Akcydensowe Warszawa 1987 r.), oraz wskazał, przyjął następujące normy czasochłonności pracy 700m²/h zmiatania bez odwożenia zanieczyszczeń oraz dla prac wykonywanych interwencyjnie ustalił normę 350m²/h, co znajduje odzwierciedlenie w piśmie procesowym Zamawiającego. Z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień elementów ceny oferty jak również pism procesowych Zamawiającego Izba wskazuje, że podziela argumentację Zamawiającego w zakresie przyjętych przez Odwołującego norm czasochłonności pracy zarówno w zakresie przyjętego sposobu ustalenia według ww. norm jak również co do przedstawionych wartości czasochłonności pracy przez Odwołującego. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że przedstawione w wyjaśnieniach normy czasochłonności pracy jakie założył są realne i możliwa jest realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odniesienie się do strony 7 złożonych wyjaśnień (akapit 2) nie potwierdza w ocenie Izby wykonania zamówienia w sposób dopuszczony przez Zamawiającego, na co wskazywał w odwołaniu Odwołujący, to znaczy przy użyciu zmiatarek mechanicznych. Izba wskazuje, że wykonawca do złożonych wyjaśnień załączył różne dokumenty, jednakże brak jest tam dokumentów dotyczących zmiatarek mechanicznych w przeciwieństwie do innych wykazanych urządzeń. Izba również zwróciła uwagę na szczegółowość informacji zawartych w przedstawionych tabelach, które nie przewidują realizacji usługi w taki sposób. Izba wskazuje, że Odwołujący obowiązany był (art. 90 ust. 2 ustawy) na etapie złożenia wyjaśnień do przedstawienia wszystkich informacji stanowiących podstawę dokonanej wyceny, w tym informację na temat sposobu realizacji usługi oraz wykazania sprzętu czy też akcesoriów. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że argumentacja jaka zgodnie z prawem (art. 90 ust. 2 ustawy) powinna być zawarta w złożonych wyjaśnieniach pojawia się dopiero na etapie rozprawy, co dowodzi tego, że sam Odwołujący starając się wykazać inny sposób realizacji usługi w zasadzie przyznaje, że poczynione przez niego założenie jest mało realne. W ocenie Izby Zamawiający w sposób bardzo precyzyjny i logiczny wykazał jaki był sposób badania oferty, w oparciu o jakie informacje i doświadczenie. Zgodzić się należy bowiem z Zamawiającym, że sposób zmiatania wskazanych przez Zamawiającego powierzchni przy użyciu miotły jak również średnia wydajność pracy ludzkiej nie uległ zmianie, dlatego też odwołanie się do wskazanych na wstępie norm należy uznać za poprawne. Izba zaznacza, że normy te są powszechnie dostępne dlatego też odwołanie się do nich nie stanowi w ocenie Izby jakiegokolwiek wiedzy specjalnej, a każdy specjalista w zakresie usług stanowiących przedmiot zamówienia przypadku, gdyby uznał ich niezasadność byłby w stanie wykazać (dowodowo), że w rzeczywistości normy pracy ludzkiej są inne. Odwołujący nie wykazał, że rozdzielił prace wykonywane w ramach zamówienia na wykonywane mechanicznie i ręcznie, jak również nie przedstawił takiej kalkulacji choć był do tego wezwany, a nie sposób przyjąć,

37

że wszystkie będą wykonywane mechanicznie, bowiem jest to niemożliwe choćby z powodu zakresu świadczonych usług. W rozpoznawanym przypadku, choć Odwołujący sam wskazał w trakcie rozprawy, odwołując się do powołanego przez Zamawiającego Katalogu Norm Pracy (str. 7 tego dokumentu - numeracja Zamawiającego), że z dokumentu tego wynika, że normy powinny być każdorazowo przeanalizowane i przystosowane do potrzeb konkretnych przedsiębiorstw, co w ocenie odwołującego wskazuje na indywidualność ich stosowania nie odniósł się w żaden sposób do tego, że w stosunku do Odwołującego należałoby w jakiś indywidualizowany, inny od wskazanego przez Zamawiającego sposobu stosować owe normy. W ocenie Izby również przedstawione przez Zamawiającego dowody dołączone do pism procesowych urealnijają przyjęty przez Zamawiającego sposób obliczenia czasochłonności pracy. Przedstawione dokumenty wskazują bowiem na skutki niewłaściwego przyjęcia do obliczeń czasochłonności pracy a co za tym idzie zaniedbania jakie mogą pojawić się w trakcie realizacji usługi. Odwołujący podał w odwołaniu wskazaną przez Zamawiającego kolejną przyczynę niewłaściwego skalkulowania ceny oferty a odnoszącą się do niezaofiarowania usunięcia zachwaszczeń oraz zebrania zanieczyszczeń co nierozdzielnie związane jest z czasochłonnością pracy. Zamawiający wskazał w piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2016 roku na stronie 5, która nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, że wykonawca nie wykazał nigdzie w wyjaśnieniach kalkulacji pracy usuwania odchwaszczeń oraz zbierania zanieczyszczeń, natomiast wskazał tylko na ręczne wykonanie usługi przy użyciu mioteł czyli zmiatanie, oraz wycenił transport odpadów i koszt ich oddania do instalacji przetwarzania odpadów. Natomiast nie skalkulował usuwania

odchwaszczeń oraz zbierania zanieczyszczeń. W tym miejscu Izba wskazuje na powołany przez Zamawiającego dowód, przy piśmie procesowym z dnia 18 kwietnia 2016 roku stanowiący wydruk emaila, zgodnie z treścią którego, realizacja usługi nie następowała przez zbieranie w tym wypadku liści ale ich wydmuchiwanie na tereny zielone. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na wykazanie tego, że w kalkulacji uwzględnił usuwanie odchwaszczeń oraz zbieranie zanieczyszczeń w ocenie Izby sam fakt uwzględnienia kwoty wywozu i kosztu oddania do instalacji do przetwarzania odpadów nie przesądza w ocenie Izby o skalkulowaniu w cenie oferty tego zakresu prac objętych zamówieniem. Należy bowiem zaznaczyć, że do wykonania tego typu prac niezbędne są różne narzędzia np. łopaty, grabie, gracki inne, które niewątpliwie muszą zostać w kalkulowane przez wykonawcę w cenę oferty. W ocenie Izby podnoszone przez Zamawiającego nieuwzględnienie w cenie oferty usuwania odchwaszczeń oraz zbierania zanieczyszczeń jako przyczyna nieskalkulowania wszystkich składników ceny, nie mogą być następnie w sposób prawidłowy

w piśmie rozszerzane przez kolejną

argumentację Zamawiającego przedstawioną

stanowisko procesowym. W zakresie

w jakim Zamawiający przedstawił swoje

w uzasadnieniu odrzucenia oferty winna następować argumentacja, natomiast podawanie

38

kolejnych powodów, rozszerzanie zakresu faktycznego uzasadnienia o inne, niepodane dotychczasowo elementy nie jest działaniem właściwym i nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Izba wskazuje, że zgodnie z argumentacją Zamawiającego (str. 4) pisma z dnia 18 kwietnia 2016 roku oraz argumentacją z pisma z dnia 12 kwietnia 2016 roku, Zamawiający wyliczył dla każdej z części długość krawężników, przyjmując normę 0,5 h/100mb na podstawie ww. Katalogu Norm Pracy oraz doświadczenia. Wskazała w piśmie, że oczyszczanie interwencyjne dla części III przewidywał 444700m² a dla części IV 299000m² i przy uśrednionej szerokości chodnika 1,4m i położeniu krawężnika z dwóch stron powierzchni komunikacyjnej uzyskał do odchwaszczenia odpowiednio 635287,72mb wzdłuż krawężnika w części III oraz 427142,86 mb wzdłuż krawężnika w części IV, co po przeliczeniu (pismo z 18 kwietnia 2016 roku str. 4) sprowadza się do realnego wymiaru kwotowego, który nie został uwzględniony przez Odwołującego.

W zakresie kalkulacji kosztów pracy personelu Izba uznała, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego była zasadna.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującą od dnia 19 października 2014 roku zmianie uległ art. 90 ust. 1 ustawy. Obecnie, jeżeli cena oferty wydaje się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314) (zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy). Zaznaczyć tym samym należy w tym miejscu, że wykonawca wartości wynagrodzenia jakie przyjmuje do ustalenia ceny nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, do obliczenia elementu kosztotwórczego ceny całkowitej oferty wykonawca obowiązany jest przyjąć co najmniej kwoty wynagrodzeń minimalnych (najmniej).

Zamawiający oświadczyła, że w dokonanej ocenie oferty doliczył do stawki godzinowej wskazanej przez Odwołującego 10% celem pokrycia kosztów urlopu, jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że doliczył do godzinowej stawki jaką przewidywał każdy

39

z wykonawców 10% na pokrycie urlopów. Podkreślić należy w tym miejscu, że tylko w tym zakresie kwestionowane był przez Zamawiającego koszty pracy.

Izba wskazuje, że stawka godzinowa jaka została przewidziana przez Odwołującego w złożonej ofercie oraz podana w piśmie procesowym Zamawiającego z 12 kwietnia 2016 roku (str. 8) wskazuje, że Odwołujący uwzględnił co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę przy kalkulacji kosztów oferty. Zakładane wynagrodzenie podane w stawkach godzinowych nie przesądza o stosunku jaki stanowi podstawę powierzenia wykonywania danych prac danej osobie a jedynie odnosi się do przyjętego poziomu wynagrodzenia. W przypadku pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wynagrodzenie skalkulowane zostało w ten sposób, że uwzględnia również okres urlopów natomiast w przypadku umów cywilnoprawnych zawierane są one na potrzeby świadczenia danych usług i okres urlopowy nie jest w nich w ogóle uwzględniany. Z dokumentów oferty na które powoływał się Zamawiający wynika jednoznacznie, że niektórzy pracownicy będą zatrudniani na podstawie umowy o pracę natomiast w stosunku do pozostałych nie zostało to jednoznacznie przesądzone. Dlatego też w ocenie Izby, uwzględniając fakt, że stawka godzinowa jaka została określona przez Odwołującego uwzględnia co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę przy kalkulacji kosztów oferty oraz uwzględniając fakt, że przy umowie o pracę zawieranej zgodnie z Kodeksem pracy uprawnieniem pracownika jest wykorzystanie urlopu w odpowiednim wymiarze Izba uznała argumentację Odwołującego za zasadną.

W zakresie kosztów stałych Odwołujący podniósł, że to jego uprawnieniem jest przyjęty sposób dokonania wyliczenia kosztów stałych, jednocześnie Odwołujący nie kwestionował sposobu obliczenia kosztów ogólnych wskazywanego przez Zamawiającego. Zamawiający w przedstawionej argumentacji zarówno w piśmie procesowym (od str. 11 pisma z dnia 12 kwietnia 2016 roku) jak i na rozprawie wyjaśnił w jaki sposób powinny być liczone koszty ogólne. Izba podziela argumentację Zamawiającego zawartą w pismach oraz wskazuje, że złożony przez Odwołującego dowód (a karta objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) potwierdza zasadność twierdzeń Zamawiającego, bowiem koszty ogólne wskazane w wyjaśnieniach nie korelują w zupełności z kosztami ogólnymi działalności Odwołującego, co dowodzi niezetelności Odwołującego w obliczeniu kosztów ogólnych wskazanych w wyjaśnieniach.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że Zamawiający wykonał ciążące na nim obowiązki tj. wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz dokonał oceny tych wyjaśnień wszechstronnie. Rozpoznanie poszczególnych wątków, które zostały opisane powyżej w uzasadnieniu wyroku wskazuje w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie wykazał na etapie złożonych wyjaśnień,

40

że zaoferowana przez niego cena oferty dla części III i części IV nie jest rażąco niska, jak również nie dowiódł tego na rozprawie, co wskazuje, że Zamawiający nie naruszył zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania w zakresie części IV mimo, że w tej części wpłynęła oferta niepodgalająca odrzuceniu Izba uznała, że zarzut jest niezasadny. Jak wskazano w rozpoznaniu pierwszego z zarzutów działanie Zamawiającego było prawidłowe i w sposób prawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym Zamawiający prawidłowo dokonał czynności unieważnienia postępowania w części IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KOM-EKO S.A. w części III Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 93 ust. 3 ustawy przez nieprzedstawienie uzasadnienia faktycznego wskazującego na podstawy

odrzućcenia oferty Odwołującego w części III i IV Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba wskazuje, że w treści pisma z dnia 25 marca 2016 roku Zamawiający zawarł informacje stanowiące wskazanie podstawy prawnej jak również uzasadnienie faktyczne odnośnie podstawy odrzućcenia oferty Odwołującego w ramach części III i części IV. Izba podnosi, że szeroka argumentacja Odwołującego przedstawiona w treści uzasadnienia odwołania przeczy brakowi podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego podjętych decyzji, dodatkowo Izba zaznacza, że nie przedstawił Odwołujący uzasadnienia w zakresie podnoszonego zarzutu. Izba zaznacza, że Odwołujący na podstawie podanej przez Zamawiającego informacji był w stanie kwestionować decyzję Zamawiającego oraz odnieść się merytorycznie, co wynika z treści samego odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca

41

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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

42