Sygn. akt: KIO 2011/12

WYROK
z dnia 03 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez **Zakład Sprzątania Wnętrz J…….. J…….. MOP 83 Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostka Wojskowa Nr 4809 Zegrze, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**

przy udziale wykonawcy **Awima Sp. J. B. W.……..., ul. 3-go Maja 2B/22, 05-410 Józefów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2011/12 po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2011/12 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11.09.2012 r. wyłącznie w zakresie części 1 oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w ramach której nakazuje wezwanie Awima Sp. J. B. W.……..., ul. 3-go Maja 2B/22, 05-410 Józefów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia, w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych;**

2. kosztami postępowania obciąża **Jednostka Wojskowa Nr 4809 Zegrze, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Zakład Sprzątania Wnętrz J…….. J…….. MOP 83 Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne** tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Jednostka Wojskowa Nr 4809 Zegrze, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze** na rzecz wykonawcy **Zakład Sprzątania Wnętrz J…….. J…….. MOP 83 Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2011/12

Uzasadnienie

Postępowanie z możliwością składania ofert częściowych na: *„Usługi porządkowe w postaci sprzątania powierzchni wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych wraz z koszeniem trawy i grabieniem liści na terenach obiektów wojskowych administrowanych przez JW. 4809 w Zegrzu”* (Nr Sprawy ZP/79/2012), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 141-236139 z dnia 25.07.2012 r. przez Jednostkę Wojskową Nr 4809 Zegrze, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze zwana dalej: *„Zamawiającym”.*

W dniu 11.09.2011 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze w cz. I oferty: Awima Sp. J. B. W……., ul. 3-go Maja 2B/22, 05-410 Józefów zwana dalej: *„Awima Sp. J. B. W……..”* albo *„pierwszym Przystępującym”,* zaś w cz. II: Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zwana dalej: *„Impel Cleaning Sp. z o.o.”* albo *„drugi Przystępującym”,* na drugie pozycji w rankingu złożonych ofert w obu częściach uplasowała się firma: Zakład Sprzątania Wnętrz J…… J…….. MOP 83 Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a 82-310 Gronowo Górne zwana dalej: *„Zakład Sprzątania Wnętrz J…….. J…… MOP 83 Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”.*

W dniu 21.09.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* odwołanie Zakładów Sprzątania Wnętrz J…….. J……. MOP 83 Sp. z o.o. na ww. czynność w obu częściach. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.09.2012 r. (faxem). Odwołanie zostało wniesione wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, z zaniechaniem zastosowania procedury wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wybór wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4, art. 90 ust. 1 - 3 Pzp, poprzez wadliwe ich zastosowanie lub zaniechanie ich zastosowania. Powyższe nastąpiło poprzez:
a) zaniechanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawcy: dla cz. I zamówienia Awima Sp. j. B. W……; dla cz. II zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że

zachodzą przesłanki uzasadniające takie wezwanie, gdyż w ocenie Odwołującego zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 Pzp);
b) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcy Awima Sp. j. B. W…… dla cz. I zamówienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca nie wykazał usług wymaganych SIWZ, a tym samym powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp a jego oferta odrzucona na podstawie ust. 4 tego artykułu;
c) wybór oferty najkorzystniejszej dla cz. I i II zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy PZP, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp);
d) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Awima Sp. j. B. W……. dla cz. I zamówienia oraz przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. dla II cz. zamówienia, jako oferty z rażąco niską ceną. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o: a) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej dla cz. I i II zamówienia; b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert; c) wezwanie wykonawcy Awima Sp. j. B. W……. dla części I zamówienia i wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. dla II cz. zamówienia do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie odrzucenie oferty złożonej przez ww. wykonawcę wobec złożenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; d) wezwanie wykonawcy Awima Sp. j. B. W……. dla cz. I zamówienia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku

doświadczenia; e) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i domaga się unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownego dokonania badania i oceny ofert, wezwania wykonawcy Awima Sp. j. B. W…… i Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 - 3 Pzp i w konsekwencji odrzucenia ofert: Awima Sp. j. B. W…… dla cz. I oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. dla cz. I zamówienia oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odrzucenie winno więc zostać poprzedzone wezwaniem zmierzającym do ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, poprzez wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty (kalkulacji, przedstawienia dowodów uzasadniających poprawność obliczenia ceny, itp.) mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1 - 3 Pzp: *„Art. 90.1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do*

---

wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. 2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 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.”. Konstrukcja powyższych przepisów zakłada więc istnienie domniemania prawnego wzruszalnego (co potwierdzają poglądy doktryny i liczne przykłady z orzecznictwa). Zamawiający zobligowany jest bowiem do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy obiektywnie uzasadnione jest domniemanie, że dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Potrzeba powyższego ustalenia uzasadniona jest w sytuacji, gdy zaoferowana cena (lub kilka cen) jest nierealistyczna, odbiega w istotny sposób od wartości cen pozostałych ofert, nie pozwala na osiągnięcie zysku, i co najważniejsze, może wpływać negatywnie na rzetelność wykonania zamówienia. Potrzeba wezwania do wyjaśnienia czy cena jest rażąco niska jest w tym przypadku realna i obiektywnie uzasadniona. W wyniku wezwania wykonawca w odpowiedzi na domniemanie zamawiającego co do istnienia rażąco niskiej ceny podejmuje się udowodnienia (dowolnymi środkami dowodowymi), że jego cena nie jest zaniżona w rażący sposób albo po jej ponownej weryfikacji przyznaje, że wartość oferty jest wynikiem błędów w ustaleniach co do zakresu zamówienia, omyłek w
kalkulacji, itp. Wyrazem powyższego może być:
a) złożenie stosownych wyjaśnień, które powinny zawierać wymagane środki dowodowe;
b) zaniechanie ich złożenia,
c) oświadczenie wprost, że oferta podlega odrzuceniu, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub została skalkulowana w oparciu o błąd w ustaleniach lub omyłkę. W konsekwencji przyjętego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, wykonawcy zmuszeni są więc do jego obalenia, poprzez przedstawienie stosownych dowodów (właściwie: *„przeciwdowodów”),* potwierdzających że zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale że ze względu na obiektywne czynniki (opisane przykładowo w ust. 2 art. 90 Pzp), są w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem. Zakres środków dowodowych pozostawiony jest inwencji wykonawcy, natomiast przyjmuje się, że zamawiający mają prawo oczekiwać przedłożenia stosownej kalkulacji. Poprawność przyjętego wyżej wywodu potwierdza wiele orzeczeń KIO, jak i liczne poglądy doktryny

---

prawa. Przykładowo, w orzeczeniu, o sygn. akt: KIO/UZP 2445/10 z dnia 23.11.2010 r., KIO stwierdza, powołując się w tym zakresie na wcześniej wydawane orzeczenia, że: *„Izba, jak wyrażała już w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1443/08, stoi na stanowisku, że "Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie prawne (praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego*

domniemania (...). W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy". Podobnie inne orzeczenie potwierdza, że na wykonawców przeniesiony jest ciężar dowodowy w zakresie wykazania w wyjaśnieniach składanych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, że cena nie jest rażąco niska. W orzeczeniu tym stwierdza się: *„Celem wyjaśnień jest obalenie domniemania wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p., tj. wykazanie, że przedstawiona cena nie jest rażąco niska. W tym zakresie na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu."* (wyrok KIO z dnia 12.08.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 1605/10). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał skierowania wezwania do wyjaśnienia czy zaoferowana cena jest rażąco niska do wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą w cz. I i II zamówienia. Ustalić należy czy zachodzi konieczność wezwania wykonawcy Awima Sp. j. B. W……. i Impel Cleaning Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 - 3 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień czy zaoferowana cena jest rażąco niska. W odpowiedzi ww. wykonawca winien podjąć się udowodnienia, że jego cena skalkulowana jest prawidłowo, obejmuje cały zakres, w tym zysk i nie jest rażąco niska. W przedmiotowym odwołaniu, a następnie także podczas rozprawy (w razie zaniechania jego uwzględnienia przez Zamawiającego lub sprzeciwu Impel Cleaning Sp. z o.o.) Odwołujący zamierza wykazać, że konieczne jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, co potwierdzają także liczne orzeczenia, z których przykładowo tylko zacytować można wyrok KIO z dnia 10.11.2010r., w którym stwierdza się, między innymi: *„Celem art. 90 p.z.p. jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Chęć złożenia konkurencyjnej oferty nie zwalania wykonawcy od obowiązku rzetelnej kalkulacji ceny oraz wskazania, na żądanie zamawiającego, istotnych, obiektywnych i weryfikowalnych elementów, które legły u podstaw dokonanej wyceny."* Jak widać powyżej, orzecznictwo nie oczekuje wykazania w składanych wyjaśnieniach tylko tego, że świadczenie usługi nie odbywa się poniżej kosztów jej wytworzenia w celu eliminacji kogokolwiek, ale wskazuje na wartości leżące u podstaw systemu zamówień publicznych, na jego fundamentalne zasady. Prawodawca wprowadza pojęcie *„rażąco niskiej ceny"* chroniąc w ten sposób inne zasady systemu zamówień

---

publicznych, niż tylko ochrona rynku przed nieuczciwą konkurencją, zmierzającą do eliminacji innych przedsiębiorców z danego rynku. Podobnie, w innym orzeczeniu KIO wyjaśnia jak należy rozumieć pojęcie rażąco niskiej ceny wskazując, że: *„Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. "* (wyrok KIO z dnia 10.05.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 704/10). Bardziej dobitnie powyższe stanowisko przedstawia inne orzeczenie, w którym w dalej idących sformułowaniach stwierdza się: *„Nie można (...) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności gdy dany wykonawca dopiero pojawia się w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego - niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie."* Jednym z celów niniejszego odwołania jest właśnie wykazanie, że oferty wykonawcy: Awima Sp. j. B. W……. i Impel Cleaning Sp. z o.o. zawierają ceny spekulacyjne, a wyjaśnienie ich elementów kalkulacyjnych jest konieczne, gdyż w konsekwencji zaniechania ich odrzucenia przez Zamawiającego niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestarannego wykonywania profesjonalnych czynności w toku realizacji zamówienia. Wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia publicznego, Zamawiający określił na kwotę 11.397.448,48 zł (netto), przy czym wartość szacunkowa dla cz. I została określona na kwotę 2.191.021,85 zł (netto), a dla cz. II na kwotę 1.794335,95 zł (netto). Kwota jaką bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, jako kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotowego zamówienia wyniosła: 13.646.951,26 zł brutto przy czym dla cz. I wynosi 2.522.115,02 zł (butto), a dla cz. II na kwotę 2.066.783,34 zł (brutto). Wartość oferty Awima Sp. j. B. Wiśniewski dla cz. I zamówienia odbiega znacząco od wartości ofert pozostałych uczestników postępowania. Oferta Awima Sp. j. B. W…… opiewa na kwotę 1.477.802,14 zł brutto, a następna w kolejności oferta Odwołującego - na kwotę

1.712.174,09 zł brutto. Wartość oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. dla cz. II zamówienia odbiega znacząco od wartości ofert pozostałych uczestników postępowania. Oferta Impel Cleaning Sp. z o.o. opiewa na kwotę 1.213.947,45 zł brutto, a następna w kolejności oferta Odwołującego - na kwotę 1.539.255,93 zł brutto. Ponadto w formularzu cenowym obu - składającym się jedynie z czterech kategorii cenowych, aż w dwóch kategoriach wskazano jako cenę jednostkową 1 grosz brutto za sprzątnie 1 m² powierzchni w skali miesiąca. Dotyczy to kategorii: Koszenie i Grabienia liści. Trudno uznać, że wykonawcy w swoich ofertach uwzględnili wszystkie koszty związane z tymi kategoriami usług (praca, sprzęt itd.). Wskazanie takiej stawki w 50% kategorii formularza cenowego musi budzić uzasadnione

---

obawy o rażąco niską cenę. Zamawiający powinien podjąć minimalne obowiązki jakie nakłada na niego Pzp i przynajmniej zwrócić się o wyjaśnienia. Ponadto wartość ofert Awima Sp. j. B. W…….. i Impel Cleaning Sp. z o.o. rażąco odbiegają od wartości szacunkowej tych części zamówienia. Zauważyć należy, że przy skali przedsięwzięcia, stopniu jego złożoności i wielkości kosztów stałych, opisane wyżej różnice wykraczają znacząco poza różnice występujące w cenach ofert na rynku tego rodzaju usług co może świadczyć o omyłce rachunkowej w obliczeniu ceny oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. lub o rażąco niskiej cenie ww. oferty lub o czynie nieuczciwej konkurencji (dumping). Powyższe może zostać ustalone wyłącznie w trybie wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1-3 Pzp. Zgodnie z treścią art. 90 ust 1 Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do danego wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie, Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień (jeżeli zostały złożone) w sposób określony w art. 90 ust. 2 Pzp, tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
Po wykonaniu ww. czynności, Zamawiający w oparciu o art. w świetle art. 90 ust. 3 Pzp, podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy, który:
1) nie złożył wyjaśnień lub
2) złożył wyjaśnienia, ale dokonana ich ocena wraz z oceną dostarczonych dowodów potwierdza, że oferta zawiera faktycznie rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem, art. 90 Pzp nakłada na Zamawiającego trzy obowiązki określonego działania:
1) wezwania do złożenia wyjaśnień, wobec uzasadnionego podejrzenia, że zaoferowana cena jest faktycznie rażąco niska;
2) oceny złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami (jeżeli zostały złożone) i ustalenie czy złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a w konsekwencji ofertę należy odrzucić jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę;
3) odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień. Zgodnie z opinią doktryny prawa: *„rażąco niska cena jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Dla jej ustalenia konieczne jest znalezienie punktu odniesienia. Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać także ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt*

---

wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Natomiast nie wydaje się, by spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, że podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia, można było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np. średnia cena pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym " Tak w: A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *"Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych",* UZP 2006, str. 16. Przedmiotem zamówienia publicznego udzielanego w wyniku niniejszego postępowania jest *„usługa”* w rozumieniu Pzp. Wycena usług przebiega co do zasady inaczej niż wycena dostaw lub robót budowlanych. Niemniej

jednak ceny usług stałego sprzątania określonego rodzaju powierzchni wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych są o tyle łatwiejsze do wyliczenia, że na ich wartość wpływają stosowane stawki zużycia sprzętu i materiałów oraz zatrudnienia pracowników.
W przypadku usług wykonawca i zamawiający mogą precyzyjnie wyliczyć każdy element ceny ofert, gdyż co do zasady, wszystkie zmienne wynikają z przepisów Kodeksu pracy, przepisów o systemie ubezpieczeń społecznych, przepisów prawa podatkowego, zasad rachunkowości, itp. Cena usług sprzątania jest efektem stosunkowo prostej kalkulacji, możliwych do zastosowania stawek i sposobów zatrudnienia pracowników i kosztów eksploatacji sprzętu i materiałów. Koszty stałe mogą być minimalnie różnicowane poprzez efekt wielkości (skali, obrotów, itp.) każdego z konkurujących wykonawców, ale nie na tak wysokim poziomie wartości jak w przypadku ofert złożonych przez Awima Sp. j. B. W……. dla cz. I i Impel Cleaning Sp. z o.o. dla cz. II zamówienia. Ze względu na powyższe stwierdzić należy, że domniemanie zawarcia rażąco niskiej ceny we wskazanych ofertach Awima Sp. j. B. W…….. i Impel Cleaning Sp. z o.o. jest obiektywnie uzasadnione, a wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia czy cena nie jest rażąco niska - uprawnione i konieczne. Jak wskazuje się w orzeczeniu o sygn. akt: KIO/UZP 1443/08 z dnia 23.12.2008 r.: *„Na aprobatę zasługuje stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach. względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia".* Wskazał także inny wyrok KIO z dnia 13.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 179/08, w którym stwierdza się: *„Zaproponowanie "rażąco niskiej ceny" jest niewątpliwie jednym z negatywnych zachowań cenotwórczych wykonawców w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jednak wobec braku definicji pojęcia "rażąco niskiej ceny" tak w ustawie - Prawo zamówień publicznych, jak i w przepisach dyrektyw Unii Europejskiej, a także wobec braku wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału*

Sprawiedliwości, zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w których występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie." Właśnie opisane wyżej *„negatywne zachowanie cenotwórcze"* jest jednym z powodów niniejszego odwołania. Jak wskazuje się w wyroku KIO z dnia 21.09.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1126/09): *„Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego."* Biorąc pod uwagę wszystkie trzy wskazane wyżej czynniki nie sposób nie dopatrzeć się zaniechania Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty Wykonawcy ze względu, prawdopodobnie na pozorną oszczędność w wykonywaniu przedmiotowej usługi. W przedmiotowym postępowaniu, cena zaoferowana przez: Awima Sp. j. B. W…….i dla cz. I zamówienia jak i Impel Cleaning Sp. z o.o. dla II cz. zamówienia, w świetle powyższych wytycznych odbiega znacząco zarówno od ustalonej z należytą starannością szacunkowej wartości zamówienia, jak również od średniej ceny pozostałych ofert. Druga oferta, złożona w postępowaniu dla cz. I i II zamówienia przez Odwołującego, zawiera cenę znacznie wyższą od ceny ofert Awima Sp. j. B. W……. i Impel Cleaning Sp. z o.o., choć skalkulowaną na minimalnym poziomie rentowności. Różnica wartości ofert w specyfice przedmiotowego zamówienia nie jest możliwa do uzasadnienia obiektywnymi czynnikami wpływającymi na sposób jej obliczenia. Ponadto, wskazał, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną jest, niezależnie od samodzielnej przesłanki odrzucenia oferty, wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, także czynem nieuczciwi konkurenci w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w opinii Urzędu OKiK z dnia 4 lutego 2003 r., zatytułowanej: *„Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"* (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W ww. opinii UOKIK stwierdza m.in., że: *„Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnienie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają Interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku*

i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda

---

uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji." Odnosząc się do definicji wskazanego wyżej czynu nieuczciwej konkurencji - *"dumpingu",* wskazać należy na art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym: *,,Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:*
1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia łub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców," Jak wykazano powyżej, nie jest możliwe świadczenie usług sprzątania z zastosowaniem stawek (w szczególności 1 gr/m 2 w skali miesiąca) przyjętych przez Awima Sp. j. B. W……. dla części I zamówienia jak i Impel Cleaning Sp. z o.o. dla II. W tej sytuacji jednym z powodów stosowania nierealnych stawek jest właśnie chęć eliminacji innych przedsiębiorców z obrotu w branży. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania do wyjaśnień, a następnie odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., mimo istnienia przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 Pzp. Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zasadność twierdzeń Odwołującego znajduje potwierdzenie w doktrynie (co wykazano powyżej) i orzecznictwie: *„Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Obliguje go do tego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Ustawa prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji. Z tych też względów Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny czy złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy* o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." (wyrok ZA z dnia 23.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-496/05); *„Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy - na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia oferty jeżeli* zawiera rażąco niską cent w stosunku do przedmiotu zamówienia". (wyrok ZA z dnia 14.11.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-2751/06); *"... zamawiający obowiązany jest, przy dołożeniu należytej staranności, eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia ustawy z dnia 15 grudnia 2005 r. o ochronie konkurencji i konsumentów" (A.* Kurowska, M, Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski: *"Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,* UZP 2006, str. 172)» Odwołujący podnosił, że sposób w jaki wykonawcy Awima Sp. j. B. W…… dla cz. I zamówienia jak i Impel Cleaning Sp. z o.o. dla II skalkulowali cenę ofert

---

wypełnia wskazania powyższej przesłanki uznania działań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Cena zaproponowana zarówno przez Awima Sp. j. B. W…… dla cz. I zamówienia jak i Impel Cleaning Sp. z o.o. dla II. jest nierealistyczna i nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a w szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycie kosztów realizacji zamówienia. Zgodnie z wyrokiem SO w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07: *"...o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie urnowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.".* Analizując wypracowane i ugruntowane orzecznictwo KIO uwagę zwracają liczne orzeczenia, w których stwierdza się, między innymi, że: *„Rażąco niska cena to taka cena, która jest niewiarygodna, nierealistyczna, odnosząca się do całej oferty."* (wyrok z dnia 27 06.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 587/08); *„O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości*

realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku." (wyrok z dnia 29.05.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 466/08). Tak jest bez wątpienia w przedmiotowej sprawie. „Cena *rażąco niska jest ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. Tylko wówczas mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. [...] Ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę."* (wyrok z dnia 11.04.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 273/08). Jak widać, rażąco niska cena to cena za którą nie da się wykonać przedmiotu zamówienia, cena nieuzasadniona ekonomicznie. Taką cenę właśnie zaoferował zarówno wykonawca Awima Sp. j. B. W…….. dla cz. I zamówienia jak i Impel Cleaning Sp. z o.o. dla II.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, że wykonawca Awima Sp. j. B. W……. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia dla cz. I zamówienia, tj. *„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usług, każda obejmująca zakres nie mniejszy niż obecna oferta i każda o wartości nie mniejszej niż: część 1 - 950 000 zł brutto (zał. nr 9 do SIWZ wykaz usług)*

---

z załączonymi referencjami". Wykonawca Awima Sp. j. B. W…….. w wykazie wskazał 2 usługi, przy czym jedna z nich jest w trakcie realizacji i zakończy się dopiero w roku 2013. Wykonawca ten jednak posługuję się wartością dla całej niezakończonej usługi co wynika z treści załączonej prze niego do oferty umowy na realizację tej usługi. Należy zauważyć, że wykonawca świadomie podaje informacje nieprawdziwe, gdyż posiada informację, że usługa, którą wykazuje jest nie zakończona, a więc nie może posługiwać się wartością i zakresem tego zamówienia, który nie został zakończony, co wynika z samej istoty i funkcji warunków udziału w postępowaniu. W dalszej kolejności należy wskazać, że w wykazie usług Awima Sp. j. B. W…… wskazuje jako zamawiającego dla dwóch wykazanych przez niego usług Stołeczny Zarząd Infrastruktury, a żadna z referencji nie pochodzi od tego podmiotu. Podobnie też jak te referencje nie potwierdzają wykonania usług wymaganych w SIWZ. W związku z powyższym zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy Awima Sp. j. B. W…… do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub przynajmniej o zwrócenie się o wyjaśnienia w tej sprawie na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp. Zamawiający zaniechał tego obowiązku i dopuścił ofertę wykonawcy Awima Sp. j. B. W…… dla części I zamówienia do oceny, a następnie dokonał jej wyboru. Takie zaniechanie zamawiającego, jak i jego późniejsze działanie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty stoi w oczywistej sprzeczności z unormowaniami art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 i 4 Pzp i powoduje, że oferta wykonawcy, która powinna być odrzucona, zostaje poddana ocenie a następnie wybrana pomimo, że jest wadliwa i nie powinna być dopuszczona do tych czynności.

Zamawiający w dniu 21.09.2012 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.09..2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Awima Sp. J. B. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania odnośnie cz. I zamówienia. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Uważa wywody Odwołującego za błędne.

W dniu 24.09.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Impel Cleaning Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania odnośnie cz. II zamówienia. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO

---

nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 02.10.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Awima Sp. J. B. W…….. przesłała pismo procesowe. Załączając kopie, które zostały przekazane na posiedzeniu.

Odnośnie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy dla cz. I zamówienia Awima Sp. J. B. W……. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że zachodzą przesłanki uzasadniające takie wezwanie, gdyż w ocenie Odwołującego zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przepisy prawa wspólnotowego oraz krajowego nie definiują pojęcia *„rażąco niskiej ceny".* Oznacza to, że określenie zasad pozwalających na uznanie danej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za rażąco niską, następuje na podstawie orzecznictwa ETS, KIO oraz sądów powszechnych. Rozwiązaniem tego problemu jest w szczególności odwołanie do wykładni językowej, która podpowiada, iż będzie to cena niewiarygodnie niska, znacznie odbiegająca od ceny rynkowych. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30.01.2007r., o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub ich wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. W świetle orzecznictwa (Wyrok KIO z dnia 21 września 2009r. KIO/UZP 1126/09) przyjmuje się, że punktami odniesienia do określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: 1) wartość przedmiotu zamówienia, 2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, 3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego. Jak zostało wskazane powyżej punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, m.in. jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę. Oszacowanie przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia ma bardzo znaczący wpływ na uznanie ceny za rażąco niską. W sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale różni się w sposób rażący od cen zaproponowanych przez innych

---

wykonawców, zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że wartość przedmiotu zamówienia została ustalona z nienależytą starannością zamawiający nie powinien jej brać pod uwagę, jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej. Ponadto przystępując do badania ofert zamawiający powinien brać pod uwagę cenę całkowitą zamówienia, a nie poszczególne ceny jednostkowe składające się na wykonywane zadanie. Taka jest linia orzecznictwa w tym zakresie. Ocena, czy oferta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (Wyrok SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Oceniając tylko jeden element oferty, zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów odbiega od cen rynkowych, nie oznacza to, że cena całej oferty jest rażąco niska. Co więcej należy wskazać na art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem *„utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej".* Natomiast o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne ponoszone przez konkurentów, czy tym bardziej, koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego

tym czynem. Sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców: „Zarówno *Odwołujący jak i pozostałe podmioty, ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia działają w warunkach rynku konkurencyjnego w branży budowlanej i naturalnym jest podejmowanie działań przez te podmioty, mających na celu uzyskanie zamówienia publicznego i obniżenie kosztów realizowanych przez siebie inwestycji. Możliwe jest uzyskanie niezwykle korzystnych rabatów, szczególnie od współpracujących stale z wykonawcą podmiotów."* (Wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 671/09). Przystępujący wskazał, iż podstawowym kryterium oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny oferty do przedmiotu zamówienia. Jeżeli różnice są nieznaczne i porównywalne dla wszystkich uczestników postępowania, to zamawiający nie miał podstaw do żądania od wykonawców wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp (wyrok ZA z dnia 23.04.2007 r.; sygn. akt:

UZP/ZO/0-451/07). Odnosząc się natomiast do obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp, niniejszego przepisu nie wynika, że w każdej sytuacji, kiedy inny wykonawca uważa, że cena jego konkurenta jest rażąco niska, zamawiający musi wzywać tego przedsiębiorcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Konieczność taka zachodzi w sytuacji, kiedy jest ona w istotny sposób niższa od oszacowanej z należytą starannością wartości zamówienia. Cenę należy odnieść do toczącego się postępowania (wyrok KIO z dnia 21.01.2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 75/07). Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zarzut Odwołującego odnośnie rażąco niskich cen jednostkowych oferty, nie znajduje uzasadnienia na gruncie obowiązujących przepisów, w przypadku, gdy ceną oferty jest cena całkowita zamówienia. Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp (Wyrok KIO z dnia 24.05.2012 r., sygn. akt: KIO 916/12). Twierdzenie, że cena oferty jest rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji, jest to tym bardziej uzasadnione, w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, które ze swej istoty jest ustalone z góry i dotyczy całego przedmiotu. Wskazał, iż cena oferty Awima Sp. J. B. W……. została skalkulowana w oparciu o jednakowe ceny jednostkowe dla pozycji *„koszenie i grabienie liści"* we wszystkich częściach zamówienia, do których składała swoją ofertę. Przy czym podkreślić należy, że ceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców pozostałych częściach postępowania są cenami zbliżonymi zarówno do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, jak i względem siebie. Dlatego też nie można postawić stwierdzenia, iż Przystępujący zaproponował rażąco niską cenę przedmiotu zamówienia, pomimo że odbiega ona od cen innych ofert w tej części, gdyż kalkulacja ceny ofertowej w pozostałych częściach postępowania o te same wartości dla *„koszenie i grabienie liści"* powoduje, że cena oferty Awima Sp. J. B. W…….. jest ceną z ofertami innych Wykonawców, w tym również nie jest ceną porównywalną najkorzystniejszą. Powyższe bezsprzecznie wskazuje, iż Przystępujący w niniejszej sprawie nie dopuszcza się czynów nieuczciwej konkurencji, wykonanie przedmiotu zamówienia na zaoferowanych warunkach jest dla niego opłacalne, jak również gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. KIO zauważał, iż *„sposób, w jaki wykonawcy kształtują swoją politykę cenową i strukturę kosztów w obrębie przedmiotu zamówienia jest ich indywidualną sprawą i mieści się poza badaniem Zamawiającego"* (Wyrok KIO z dnia 09.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1364/09, KIO/UZP 1381/09, KIO/UZP 1388/09).

Odnośnie zarzutu naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy AWIMA, pomimo że wykonawca nie wykazał usług wymaganych SIWZ, a tym

---

samym powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a jego oferta odrzucona na postawie ust. 4 tego artykułu. Zgodnie z postanowieniami rozdz. VI pkt 4 lit a Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu łub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usług, każda obejmująca zakres nie mniejszy, niż obecna oferta i każda o wartości nie mniejszej niż dla części 1950 000 zł brutto z załączonymi referencjami. Odwołujący zarzucał, iż Wykonawca w wykazie wskazał 2

usługi, przy czym jedna z nich jest w trakcie realizacji i zakończy się dopiero w 2013 r., natomiast Awima Sp. J. B. W……. posługuje się wartością dla całej niezakończonej usługi. Natomiast dalej Odwołujący wskazywał, iż wykazie usług Awima Sp. J. B. W……. wskazuje jako zamawiającego dla dwóch wykazanych usług Stołeczny Zarząd Infrastruktury, a żadna z referencji nie pochodzi od tego podmiotu. Podobnie też jak te referencje nie potwierdzają wykonania usług wymaganych w SIWZ. Przystępujący do swojej oferty załączył wykaz usług, gdzie wskazał dwie usługi wykonane oraz wykonywane na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury pierwsza z usług realizowana była w okresie od 18.07.2007r. do 31.07.2010r. wartość tej usługi to kwota 6. 383. 833 zł, natomiast realizacja drugiej usługi rozpoczęła się 02.05.2011 r., natomiast jej zakończenie ma nastąpić 31.04.2013 r. a wartość tej usługi to kwota 2. 944. 215, 48 zł. W pierwszej kolejności wskazał, iż dla Zamawiającego musi być istotne, aby w referencyjnym okresie wykonawca był w trakcie, rozpoczynał lub kończył okres uzyskiwania doświadczenia. Przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie upoważniają zamawiającego do żądania wykazu usług rozpoczętych i zakończonych w okresie referencyjnym, czyli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Należy w tym miejscu zgodzić się z Odwołującym, iż w przypadku usług ciągłych lub okresowych ich należyte wykonanie należy oceniać pod względem wyłącznie zrealizowanej części umowy i w odniesieniu do zakresu faktycznie zrealizowanej części, porównując jej wartość i zakres do ustanowionego w SIWZ warunku. Dlatego też wskazać należy, iż Wykonawca Przystępujący wykazał się w przypadku usługi w poz. 2 wykazu usług, jedynie częścią zrealizowanej na rzecz Zamawiającego usługi. Awima Sp. J. B. W…… w złożonej w postępowaniu ofercie wskazał wartość całej usługi, jednakże załączył do wykazu dokumenty potwierdzające należyte wykonanie jedynie części niniejszej usługi dotychczas zrealizowanej (protokół obioru usług do dnia 31.07.2012r.). Mając na uwadze załączone do oferty dokumenty podkreślić trzeba, iż termin realizacji spornej usługi został określony na 24 miesiące a wartość usługi dla tego okresu realizacji to kwota 2. 944. 215 48 zł, z czego Awima Sp. J. B. W…….. wykazała zrealizowanie usługi przez okres 14 miesięcy, to wartość wykazanych ofercie należycie wykonanych usług przekracza kwotę wymaganą w SIWZ, tj. kwotę 950 000 zł brutto. Odnosząc się natomiast

---

do zarzutu, iż żadna z referencji nie pochodzi od podmiotu Zamawiającego, należy wskazać, iż Stołeczny Zarząd Infrastruktury realizuje zamówienia publiczne na rzecz jednostek sobie podległych tj. Wojskowych Administracji Koszar. Usługi realizowane w ramach zawartych umów są na terenach, Wojskowych Administracji Koszar, zatem kierownicy poszczególnych jednostek mogą dokonać oceny wykonanych usług - co właśnie miało miejsce w tym przypadku. W tym miejscu bowiem należy wskazać, iż WAK-i wchodzą w strukturę organizacyjną Stołecznego Zarządu Infrastruktury, zatem jako takie w ramach swojej autonomii mogą, takie oświadczenia wiedzy wydawać. Wskazać zatem, należy jeszcze raz, iż referencje są jedynie oświadczeniami wiedzy, a taką w zakresie należytego wykonania usług sprzątania posiadają odpowiedni kierownicy. Za orzecznictwem KIO (wyrok z dnia 31.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1777/11) podkreślił, że referencje przedstawiane przez wykonawców są oświadczeniami wiedzy, nie woli. Istotą referencji jest, iż mają one potwierdzać, w przypadku robót budowlanych, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Spełnianie właśnie tej funkcji przez ten dokument powinno być przedmiotem oceny zamawiającego i dokument ten musi zawierać prawdziwe informacje. Przepisy Pzp jak i aktów wykonawczych do niej, nie dają podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone roboty wykazywane przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak zatem podstaw do stawiania wykonawcom wymogu przedłożenia wraz z referencjami co najmniej odpisu dokumentu rejestrowego potwierdzającego uprawnienie do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu, na rzecz którego świadczone były wykazywane prace. Możliwym jest bowiem, że uprawnienie do podpisywania oświadczeń wiedzy, jakimi są referencje, w imieniu takiego podmiotu wynikać będzie z jego wewnętrznych stosunków, nie jest zatem konieczne, aby wynikało ono z dokumentów rejestrowych (Wyrok z dnia 04.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2253/11).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedzią nr 7

na pytania do SIWZ (pismo z dnia 20.08.2012 r.), ofertą Awima Sp. J. B. W.……., ofertą Impel Cleaning Sp. z o.o., wyborem oferty najkorzystniejszej dla części I i II z dnia 11.09.2012 r., odwołaniem, przystąpieniami, pismem procesowym Awima Sp. J. B. W.……., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu złożonych ofert w obu częściach (cz. I i II), zaraz po ofertach obu Przystępujących uznanych za najkorzystniejsze w cz. I i II, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec ofert najkorzystniejszych w obu częściach, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2011/12, postanowień SIWZ, odpowiedzi nr 7 na pytania do SIWZ (pismo z dnia 20.08.2012 r.), oferty Awima Sp. J. B. W……., oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I i II z dnia 11.09.2012 r., odwołania, przystąpień i pisma procesowego Awima Sp. J. B. W……...

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie części I zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający określił w Rozdz. III SIWZ: *„Opis przedmiotu zamówienia”,* że:

„1. Przedmiotem zamówienia są: Usługi porządkowe w postaci sprzątania powierzchni wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych wraz z koszeniem trawy i grabieniem liści na terenach obiektów wojskowych administrowanych przez JW. 4809 w Zegrzu.

- *część 1- Przasnysz (kompleks 0481)*
- *część 2- Wesoła (kompleks 3789), Sulejówek (kompleks 1005), Rembertów (kompleks 1018)*
- *część 3- Zegrze (kompleks 151)*
- *część 4- Wyszków (kompleks 7719), Ostrołęka (kompleks 4690), Komorowo (kompleks 496),*

2. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia zawiera „Opis przedmiotu zamówienia” (załączniki nr 1a- 1d do SIWZ) oraz „Szczegółowe zestawienie powierzchni do sprzątania” (załączniki nr 2a- 2d do SIWZ) , w których zawarte są minimalne żądane kryteria jakościowe przedmiotu zamówienia.

---

3. Minimalne wymagania dotyczące struktury zatrudnienia i sprzętu do realizacji zamówienia określa załącznik nr 3a- 3d do SIWZ.
4. Zamawiający przewiduje wizję lokalną kompleksów koszarowych po zgłoszeniu potrzeby przez Wykonawcę.
5. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert równoważnych.
6. Oferty nie zawierające pełnego zakresu przedmiotu zamówienia określonego w formularzu cenowym (załączniki nr 5a- 5d) zostaną odrzucone.
7. Szczegółowe warunki realizacji zamówienia określa „Projekt umowy” stanowiący zał. Nr 13 do SIWZ.
8. Nazwy i kody stosowane we Wspólnym Słowniku zamówień publicznych:
• 90910000-9 – Usługi sprzątania
9.Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.”

W Rozdz. XIII SIWZ: *„Opis sposobu obliczenia ceny”* Zamawiający określił z kolei, że: *„Wykonawca określi cenę ofertową dla przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym i słownym.*
1. Wykonawca zobowiązany jest wypełnić wszystkie pozycje formularza cenowego.

Cena winna obejmować wszelkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia i uwzględniać cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym podatki i narzuty).

2. *Cena podana przez Wykonawcę nie będzie podlegała zmianom przez okres realizacji zamówienia, niezależnie od wszelkich czynników.".*

Według treści załączników: „Opis *przedmiotu zamówienia"* (załączniki nr 1a- 1b do SIWZ) – str. 5 i 6 – *„koszenie trawy w terminach i ilościach (m²) określonych w pisemnym zgłoszeniu kierownika Sekcji Obsługi Infrastruktury (średnio trawniki 4 razy w roku) – koszenie trawy na terenie kompleksu po otrzymani zgłoszenia i zgodnie z nim usługa wykonywana od 2013 r.";* „wygrabianie *liści w terminach, ilościach (m 2) i miejscach określonych w pisemnym zgłoszeniu Kierownika Sekcji Obsługi Infrastruktury – grabienie na terenie kompleksu po otrzymaniu zgłoszenia i zgodnie z nim, usługa wykonywana od 2013r.".* Zamawiający jednoznacznie zawarł w formularzu cenowym w cz. I – Koszenie – ilość wykonania zamówienia w okresie umowy: 12 razy (powierzchnia: 256 415,00m²) , Grabienia liści: 6 razy (150.000,00 m²). Z kolei w formularzu cenowym w cz. II – Koszenie – ilość wykonania zamówienia w okresie umowy: 12 razy (115.800,00 m²), Grabienia liści: 9 razy (56.000,00 m²). Zamawiający ustalił również odnośnie cz. I i II: *„Minimalne wymagania dotyczące struktury zatrudnienia i sprzętu do realizacji zamówienia załącznik nr 3a- 3b do SIWZ'.*

Zgodnie z projektem umowy – załącznik nr 13 do SIWZ- *„§ 2 PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA*

1. *Powierzchnia wewnętrzna do sprzątania wynosi :*
   a) ……..

---

2. Powierzchnia zewnętrzna do sprzątania wynosi:
   a) powierzchnie zewnętrzne utwardzone – …….,
3. Powierzchnia do koszenia wynosi:
   a) ……..
4. Powierzchnia do grabienia wynosi:
   a) ……..
5. Szczegółowy wykaz powierzchni do sprzątania stanowi załącznik nr 1 do niniejszej umowy („Szczegółowe zestawienie powierzchni do sprzątania i zestawienie obmiarów powierzchni"). ZAMAWIAJĄCY zastrzega sobie prawo do zmiany wielkości powierzchni sprzątanej (z przyczyn np.: wyłączenia części budynku z eksploatacji). Wszelkie zmiany wielkości powierzchni sprzątanej wymagają zawarcia aneksu do umowy.
6. Szczegółowy zakres czynności oraz terminy wykonywania usługi ujęto w załączniku nr …. do umowy (Opis przedmiotu zamówienia).
7. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia w miejscu wykonywania prac objętych niniejszą umową warunków bezpieczeństwa i higieny pracy zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.
8. ZAMAWIAJĄCY nie ponosi odpowiedzialności z tytułu wypadków przy pracy osób zatrudnionych przez WYKONAWCĘ (względnie współpracujących z nim) do utrzymania czystości w budynkach, obiektach, terenach zewnętrznych i wewnętrznych, gdzie, realizuje się niniejszą umowę.
9. WYKONAWCA ponosi pełną odpowiedzialność za szkody wyrządzone osobom trzecim zgodnie z Kodeksem Cywilnym.

§3

WYNAGRODZENIE

1. Za wykonaną usługę, zgodnie z zasadami określonymi w § 2 niniejszej umowy, WYKONAWCA otrzyma wynagrodzenie netto za 1m 2 powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej powiększone o obowiązujący podatek od towarów i usług (VAT)- stawka jednostkowa w następujących wysokościach:
   1) wartość netto - za sprzątanie 1 m² powierzchni wewnętrznej:
      a) ……
   2) wartość netto - za sprzątanie 1 m² powierzchni zewnętrznej:
      a) powierzchnie zewnętrzne utwardzone ……
   3) wartość netto - za koszenie 1 m 2 :
      a) ……
   4) wartość netto -za grabienie 1 m 2 :
      a) ……..
2. Wartość całej umowy w okresie jej trwania ogółem:

---

1) netto: ……... zł (słownie: …….. złotych …../100),
2) brutto: ……. zł (słownie: …….. złotych …../100),
3) wartość podatku VAT – ……... zł (słownie: ……... złotych …../100).

3. Limit środków finansowych przeznaczonych do realizacji zadania w 2012 r., określa się na kwotę brutto: ……. zł. WYKONAWCA wystawia faktury do wysokości ww. limitu finansowego. Realizacja robót powyżej określonej kwoty możliwa będzie po pisemnym uzgodnieniu z WYKONAWCĄ.

4. Rozpoczęcie realizacji umowy i zakres jej realizacji w następnym (kolejnym) roku nastąpi pod warunkiem zapewnienia w planie finansowym na następny rok środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy oraz do wysokości kwot określonych w planie finansowym Zamawiającego.

5. W razie nieziszczenia się warunku o którym mowa w tym ograniczenia wysokości środków w planie finansowym na realizację tych zadań, WYKONAWCY nie przysługuje jakiekolwiek roszczenie z tego tytułu.

6. W przypadku niewykorzystania kwoty wynagrodzenia z § 3 ust. 2 w związku z osiągnięciem limitu środków finansowych albo, odpowiednio, braku środków w planie finansowym na realizację niniejszej umowy, w związku z § 3 ust. 3 i 4, WYKONAWCA nie będzie miał roszczeń w celu realizacji pełnej wartości umowy z § 3 ust. 2 .

7. Limity finansowe na kolejne lata tj. rok 2012, 2014 i 2015 obowiązywania umowy będą przekazywane WYKONAWCY w formie pisemnej do dnia 31 stycznia każdego roku. Za dotrzymanie terminu uważa się nadanie faksu bądź listu poleconego w tymże dniu.

8. Skutki nieprzestrzegania powyższych zapisów obciążają WYKONAWCĘ i nie powodują powstania zobowiązań wymagalnych od JW. 4809.

9. Zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

10. Za świadczone usługi porządkowe WYKONAWCA będzie otrzymywał miesięczne wynagrodzenie netto wynikające z pomnożenia wielkości powierzchni faktycznie sprzątanej przez stawkę jednostkową podaną w ust. 1, pkt. 1,2,3 i 4 niniejszego paragrafu, powiększone o obowiązującą stawkę podatku VAT.".

W ramach Rozdz. V SIWZ: *„Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków"* Zamawiający stwierdził, że:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1. spełniają warunki, dotyczące:

a/ posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

b/ posiadania wiedzy i doświadczenia pozwalające na wykonanie zamówienia.

---

c/ dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

d/ sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalające na wykonanie zamówienia.

Zamawiający uzna powyższe warunki za spełnione na podstawie oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zał. nr 6 do SIWZ.

Zamawiający wykluczy Wykonawców, którzy nie wykażą spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2. wykażą brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek określony w pkt 2 powinien spełniać każdy z Wykonawców samodzielnie.

3. Ocena spełniania w/w warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia – nie spełnia", w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w Rozdziale VI niniejszej SIWZ.

Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki Wykonawca spełnił. W przypadku niespełnienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu Wykonawca zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 Pzp.".

W ramach Rozdz. VI SIWZ: *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu"* Zamawiający zawarł postanowienie, że: *„4. Kwalifikacje techniczne: Na potwierdzenie spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, należy wraz z ofertą – pod rygorem wykluczenia z postępowania złożyć następujące oświadczenia i dokumenty:*

a/ posiadania wiedzy i doświadczenia: -Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 usług, każda obejmująca zakres nie mniejszy niż obecna oferta i każda o wartości nie mniejszej niż:
- część 1 – 950 000 zł
- część 2 – 800 000 zł
- część 3 – 1 700 000 zł
- część 4 – 1 100 000 zł
brutto (zał. nr 9 do SIWZ wykaz usług) z załączonymi referencjami".

Zamawiający, nadto udzielił odpowiedzi nr 7 na pytania do SIWZ (pismo z dnia 20.08.2012 r.): „(…) *VII. Czy zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli wykonawca zamierzający wziąć udział we wszystkich częściach zamówienia przedstawi, iż wykonał dwie usługi, które swoja wartością przewyższają sumę*

---

wartości wskazaną przez Zamawiającego dla poszczególnych części, czyli 4.550.000,00 zł, czy na każdą część zamówienia należy przedstawiać odrębne usługi. Jeśli Zamawiający wskaże, iż na każdą część zamówienia należy stworzyć osobny wykaz usług, to czy w poszczególnych wykazach usług dla każdej części będą mogły sie znajdować te same referencje?
Dla przykładu, czy jedna referencja na kwotę 2.000.000,00 zł będzie mogła się znajdować w każdym z 4 osobnych wykazów, czy w odrębnych wykazach referencje nie będą mogły się powtarzać?
Odpowiedź: (…)
Ad. VII Wykonawca zamierzający brać udział we wszystkich częściach zamówienia może przedstawić wspólny dla wszystkich zadań wykaz usług wraz z załączonymi referencjami pod warunkiem, że ich wartość nie będzie niższa od sumy wszystkich części wymaganych w SIWZ.(…)".

W ramach przedmiotowego postępowania dla cz. I i II zaoferowano następujące ceny:

Część 1 – Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 2.522.115,02 PLN brutto/ Szacunkowa wartość cz. I – 2.191.021,85 PLN netto.

Nr Nazwa i adres Wykonawcy cena L.p. oferty

2/4794 Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA Zakład Pracy Chronionej mgr 1.878.531, 73 PLN brutto 1 A…….. I…….. K……., ul. Polna 14, 97-300 Piotrków

Trybunalski Zakład Sprzątania Wnętrz J……. Ja…….. „MOP 83" Sp. z o.o., 2 4/4831 1.712.174,09 PLN brutto ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław 3 5/4835 1.782.764,67 PLN brutto

4 CLEAN SERVICE Chyliczki, ul. Melanii 21B, 05-500 Piaseczno 6/4836 2.088.119,69 PLN brutto

DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ul. Najświętszej 5 8/4838 1.898.467,63 PLN brutto Marii Panny 5e, 59-220 Legnica

Awima Sp. J. B. W……..., ul. 3-go Maja 2B/22, 05-410 Józefów 6 9/4839 1.477.802,14 PLN brutto

Część 2 – Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 2.066.783,34 PLN brutto/ Szacunkowa wartość cz. I – 1.794.335,95 PLN netto. L.p. Nr Nazwa i adres Wykonawcy cena oferty

1 1/4793 „BLASK" B……. L…….. ul. Henryka Brodatego 8/4, 68-100 1.541.982,03 PLN brutto śagań

2 3/4795 Zakład Technicznych Usług Komunalnych „ECO-PLAN" P…… 1.619.863,90 PLN brutto Ś……., ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk

3 4/4831 Zakład Sprzątania Wnętrz J…….. J……. „MOP 83" Sp. z o.o., 1.539.255,93 PLN brutto ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne

4 5/4835 Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław 1.213.947,45 PLN brutto

---

5 6/4836 CLEAN SERVICE Chyliczki, ul. Melanii 21B, 05-500 Piaseczno 1.863.857,82 PLN brutto

6 8/4838 DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ul. Najświętszej 1.571.035, 69 PLN brutto Marii Panny 5e, 59-220 Legnica

Jednocześnie obaj Przystępujący zaoferowali jako cenę jednostkową netto za sprzątanie 1 m² - Koszenie i Grabienie liści, 0,01 PLN, czyli 1 grosz. Adekwatnie do przewidzianej przez Zamawiającego dla danej części powierzchni oraz przyjętej

częstotliwości - Awima Sp. J. B. W…….i w cz. I - wycenił wartość usługi brutto w czasie trwania umowy na: Koszenie – 33.231,38 PLN, Grabienie Liści – 9.720,20 PLN. Zaś Impel Cleaning Sp. z o.o. w cz. II: Koszenie – 15.007,68 PLN, Grabienie Liści – 5.443,20 PLN.

Przystępujący - Awima Sp. J. B. W…….i w cz. I załączył wymagany wykaz usług – w jego ramach wykazując dwie usługi, 1) Zamawiający – Stołeczny Zarząd Infrastruktury – wartość zrealizowanych prac: 6.383.833,00 PLN brutto – dołączył referencje wystawione przez Wojskową Administracje Koszar; 2) Zamawiający – Stołeczny Zarząd Infrastruktury – wartość zrealizowanych prac: 2.944.215,48 PLN – dołączył kopie umowy Nr 74/IV/WEN/2011, z której wynika, ze zadanie jest w trakcie realizacji – ma charakter świadczenia okresowego lub ciągłego oraz kopie 5 protokołów odbioru z lipca 2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy dla cz. I zamówienia Awima Sp. J. B. W……., a dla cz. II zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że zachodzą przesłanki uzasadniające takie wezwanie, gdyż w ocenie Odwołującego zaoferowana cena jest czynem nieuczciwej konkurencji lub rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

Po pierwsze, Izba podkreśla, iż brak jest wykształconego stanowiska, od jakiego progu różnic pomiędzy ceną ofertową a szacunkiem Zamawiającego uzasadnione jest zwrócenie się do danego Wykonawcy o wyjaśnienie, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ostatecznie bowiem orzecznictwo uznało, że wszelkie wielkości procentowe mogą co najwyżej stanowić pewien punkt odniesienia, jednak to Zamawiający każdorazowo winien podjąć decyzję czy takie wyjaśnienia są celowe. Dysponuje on bowiem szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie i badać, czy zaoferowana cena jest realna. Istnieje bowiem znaczna ilość czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji

---

wpłynąć na możliwość uznania danej ceny za nie mającej znamion ceny rażąco niskiej. (podobnie wyroku KIO z dnia 13.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08, czy też wyrok KIO z dnia 24.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09). Praktyka w tym zakresie jest bardzo bogata i uzależniona od branży, sytuacji na konkretnym rynku w danym czasie, wielkości Wykonawcy, ilości kontraktów, parku maszynowego i innych czynników.

Po drugie, w ocenie Izby, brak jest podstaw w przedmiotowym stanie faktycznym do wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a oparcie podejrzenia zaistnienia ceny rażąco niskiej (domniemanie *praesumptio iuris) de facto* wyłącznie na jednym czynniku, tj. wysokości zaoferowanych cen przez pozostałych Wykonawców *nota bene* głównie jednostkowych, w oderwaniu od wartości szacunkowej, tudzież kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia jest niewystarczające, czy też cen rynkowych. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, że w innych postępowaniach, w tym roku na podobny przedmiot zamówienia Przystępujący oferowali ceny rynkowe na wyższym poziomie, tudzież biorąc pod uwagę argument o cenach jednostkowych wyższe ceny za Koszenie i Grabienie liści.

Izba wskazuje za orzecznictwem (np. wyrok KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08, czy też wyrok z dnia 04.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10, że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert:

1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę.
2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

W konsekwencji istotne jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Przy czym, Izba wskazuje za wyrokiem SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilu Wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z Wykonawców, jest rażąco niska, gdyż zależne jest od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Nadto, stwierdza się w niniejszym orzeczeniu, że podstawą

odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej. W ocenie Izby, z takim stanem faktycznym mamy do czynienia względem oferty Awima Sp. J. B. W…… – cz. I oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. cz. II. Na marginesie, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające, które ma obowiązek ująć w wartości szacunkowej zamówienia (50% wartości zamówienia podstawowego). Niniejsze stanowi

---

dodatkowy argument za brakiem podstaw do wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W zakresie ceny rażąco niskiej Izba wskazuje także na stanowisko doktryny, która stwierdza nawet, że *„(..) Nie można (..) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności gdy dany wykonawca dopiero pojawia się w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego – niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie. (..)". (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny", C. H. Beck, W-wa 2007, str. 452-453).*

Odnośnie kwestii ceny jednostkowej netto za Koszenie i Grabienie liści. Należy przywołać za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08). Oceniając tylko jeden element oferty, Zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie części oferty. Choćby zatem cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską ceny całej oferty (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, stwierdzający, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez Wykonawcę. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, gdy Zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Jednocześnie nawet w takiej sytuacji należy uwzględniać wszystkie ceny jednostkowe, a nie koncentrować się jedynie na cenach wybranych. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym Wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. W tych samym kierunku wypowiedział się w wyroku SO

---

w Katowicach z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10 stwierdzając, że kryterium do ustalenia ceny rażąco niskiej nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.

W tym stanie faktycznym określono kwestie częstotliwości wykonywania usług polegających na - Koszeniu i Grabieniu liści – cz. I – 12 razy w skali całej umowy daje to 4 razy do roku w pierwszym wypadku, zaś w drugim 6 razy w skali całej umowy daje to tylko 2 razy w roku. Powyższe było wiążącym ustaleniem Zamawiającego dla wszystkich uczestników w ramach formularza cenowego. W tym zakresie Izba uznała, że ta wielkość ma charakter obligatoryjny i wiążący dla każdego wykonawcy. Wszelkie ewentualne dodatkowe (nieokreślone) ilości mają charakter fakultatywny i nie są wystarczająca podstawą do ich uwzględnienia w wycenie. Podobnie w cz. II - Koszeniu i Grabieniu liści – cz. I – 12 razy w skali całej umowy daje to 4 razy do roku w pierwszym wypadku, zaś w drugim 6 razy w skali całej umowy daje to tylko 3 razy w roku. Dodatkowo, należy zauważyć, że niniejsza cena stanowi punkt wyjściowy ceny końcowej dla tych pozycji, a Wykonawcy musieli uwzględnić podane wielkości – tj. powierzchnie: dla cz. I – Koszenie: 256.415,00 m²; Grabienia liści: 150.000,00 m²; w cz. II – Koszenie: 115.800,00 m², Grabienia liści: 56.000,00

m². W konsekwencji zasadnie wskazywano na rozprawie, że wynagrodzenie otrzymywane przez obu Przystępujących nie będzie rzędu 1 grosza, także względem Koszenia i Grabienia (niniejsze usługi nie mają charakteru comiesięcznego, jak błędnie twierdził Odwołujący). W ten sposób nie można także uznać za zasadne argumenty o nie ujęciu w zaoferowanej cenie kosztów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa m.in. Kodeksu Pracy.

Względem zarzutu dotyczącego obu Przystępujących odnośnie części I i II, tzn. zaoferowania ceny będącej czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej: *„UZNK",* Izba ponownie podkreśla, że Odwołujący nie dostrzegł kwestii częstotliwości wykonywania usług polegających na - Koszeniu i Grabieniu liści (w tym zakresie 1 gr/m 2 nie jest ceną jednostkową w skali miesiąca). W przedmiotowym stanie faktycznym, *„ilość razy"* narzucona w formularzach cenowych przez Zamawiającego tak w cz. I i II w kontekście 3-letniego czasookresu realizacji zamówienia można uznać za dostateczną podstawę do pozytywnej weryfikacji zaoferowanej w tych pozycjach ceny jednostkowej, przy uwzględnieniu także określonej do realizacji powierzchni w tym zakresie, przez obu Przystępujących, jako dopuszczalnego konkurencyjnego działania każdego z nich, uwzględniającego faktyczną, zaplanowaną obligatoryjną częstotliwość realizacji usługi

---

w skali całego okresu trwania kontraktu, wspólna dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie art. 15 ust.1 pkt 1 UZNK należy wskazać, że w dyspozycji tego przepisu mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku – usługi- poniżej kosztów ich świadczenia.

Po drugie, niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku w tym wypadku usług, a nie jedynie w perspektywie jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

W świetle powyższego niedozwolone jest takie zaniżanie sprzedaży, które prowadzi do eliminacji z rynku danych usług konkretnego wykonawcy, czy też wykonawców (podobnie wyrok z 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09, czy też wyroku z dnia 25.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2483/10).

W ocenie Izby, Odwołujący w żadnym wypadku nie wykazał sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Dodatkowo, Izba nie stwierdziła w niniejszej sprawie, że zastosowanie przez Przystępującego ceny na określonym, niższym poziomie, oprócz wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowało eliminację przedsiębiorcy, jakim jest Odwołujący, z rynku świadczenia danych usług. (podobnie wyrok z 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09, czy też wyroku z dnia 25.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2483/10).

Izba podnosi również, że nawet ewentualne uznanie, czego Odwołujący nie udowodnił, że będzie miała miejsce realizacja zamówienia poniżej kosztów własnych, nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku danych świadczeń, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu (podobnie wyrok KIO z dnia 23.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1941/09, wyrok KIO z dnia 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09, wyrok KIO z dnia 01.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1233/10, czy też wyrok KIO z dnia 16.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1875/10). W konsekwencji nie zaistniały też przesłanki wynikające z art. 15 ust.1 pkt.1 UZNK.

Względem zarzutu dotyczącego obu Przystępujących odnośnie części I i II, tzn. zaoferowania ceny będącej rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba

---

odniesie się w dalszej części poniżej.

Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Awima Sp. J. B.

W……. dla części I zamówienia oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. dla cz. II zamówienia, jako ofert z rażąco niską ceną, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

W ocenie Izby niniejszy zarzut jest przedwczesny. Należy bowiem wskazać za orzecznictwem, że: *„(…) żądanie odrzucenia ofert innych Wykonawców z uwagi na zaistnienie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp jest przede wszystkim w przedmiotowym stanie faktycznym przedwczesne, gdyż z wykładni literalnej przywołanego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynność wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp".* (wyrok z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10). Podobnie w wyroku KIO z dnia 05.05.2010 r., sygn. akt: KIO 609/10, czy też wyroku z dnia 17.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2420/10. Identyczne stanowisko wynika z orzecznictwa sądów powszechnych: *„W ocenie Sądu Okręgowego skorzystanie z określonej w tym przepisie sankcji [odrzucenie oferty – na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp – jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia] musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 Pzp"* (wyrok SO w Krakowie z dnia 08.04.2009 r., sygn. akt: XII Ca 59/09).
W konsekwencji Izba uznała wskazany wyżej zarzut za niezasadny, albowiem odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp musi być poprzedzone wyjaśnieniami w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Zakaz automatycznego odrzucenia ofert, według kryterium arytmetycznego, w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny jest powszechnie znanym stanowiskiem ETS. *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, od którego stosowania państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zabrania państwom członkowskim wprowadzania przepisów prawnych, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert złożonych w ramach zamówień publicznych, według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania pomiotów zamawiających do przeprowadzenia procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, umożliwiającej podmiotowi składającemu ofertę przedstawienie wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać, by oferty przetargowe były analizowane w przypadku podejrzenia rażąco niskich cen, a nie tylko wtedy, gdy w sposób oczywisty przedstawiają rażąco niskie ceny".* [Wyrok ETS z dnia 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo")].

W konsekwencji w ocenie Izba istnieje sprzeczność w tak postawionym zarzucie w sytuacji braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, co było okolicznością

---

bezsporną, a pierwszym zarzutem, w ramach którego Odwołujący wnosiło przeprowadzenie niniejszego postępowania. Z oświadczeń z rozprawy wynika bowiem, że Odwołujący w dużej mierze arbitralnie *de facto* przesadził wynik ewentualnego postępowania wyjaśniającego zanim zostało ono przeprowadzone.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy Awima Sp. J. B. W……., pomimo że wykonawca nie wykazał usług wymaganych SIWZ a tym samym powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a jego oferta odrzucona na postawie art. 24 ust. 4 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za zasadne i skutkujący w konsekwencji uwzględnieniem odwołania w zakresie części I zamówienia.

Po pierwsze, Izba podziela stanowisko wyrażone w piśmie procesowym Awima Sp. J. B. W……., a oparte na orzecznictwie: *„(…) Możliwym jest bowiem, że uprawnienie do podpisywania oświadczeń wiedzy, jakimi są referencje, w imieniu takiego podmiotu wynikać będzie z jego wewnętrznych stosunków, nie jest zatem konieczne, aby wynikało ono z dokumentów rejestrowych"* (Wyrok z dnia 04.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2253/11).
W konsekwencji, Izba uznaje za wystarczającą referencje załączoną odnośnie poz. 1 wykazu usług w ofercie Awima Sp. J. B. W…….. – cz. I zamówienia. Nadto, z załączonej umowy - § 1 dotyczącej drugiej wykazanej usługi wynika, że stosowne uprawnienia Kierownika WAK-u wynikały z wewnętrznych stosunków. W ocenie Izby, niniejszy dokument, mimo ze dotyczy drugiej usługi, jest wiarygodny także w zakresie objętym przedmiotem sporu względem pierwszej z wykazanych usług.

Po drugie, Izba po analizie wykazu usług i załączonej umowy oraz protokołów odnośnie drugiej z wykazanych usług w wykazie znajdującym się w ofercie Awima Sp. J. B. W…….. – cz. I zamówienia, uznała konieczność wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp do

uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia, tzn. wykazu usług w zakresie wymagania postawionego przez Zamawiającego dotyczącego Rozdz. V pkt 4 lit. a SIWZ – cz. I. Druga z wykazanych usług jest w trakcie realizacji, zaś wartość upubliczniona w wykazie to wartość końcowa obejmująca także usługi jeszcze nie zrealizowane. Zaś, Wykonawca winien w takiej sytuacji jaka zaistniała upublicznić w wykazie wartość aktualną zrealizowanych prac na dzień złożenia oferty i stosownie niniejsze potwierdzić. Dołączona do wykazu usług w ofercie umowa i protokoły odbioru za 1 miesiąc są niewystarczające. Konieczne jest więc

---

uzupełnienie o nowy wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie zawierający nowe usługi lub te same, z uwzględnieniem wartości dla 2 usługi za prace zrealizowane na dzień złożenia oferty. W konsekwencji należy dołączyć stosowne dokumenty lub dokument, które potwierdzą wykonanie zamówienia za okres wykazywany, nie tylko za 1 miesiąc (w sytuacji ponownego wykazania się ta samą usługa co pierwotnie w poz. 2 wykazu). Zamawiający oraz Przystępujący Awima Sp. J. B. W…… winni wziąć pod uwagę również odpowiedź nr 7 na pytania do SIWZ (pismo z dnia 20.08.2012 r.). W ocenie Izby, ustalenia tam zawarte są wiążące dla Zamawiającego, jak i innych uczestników postępowania, nadto nie odnoszą się tylko do sytuacji, gdy Wykonawca złożył oferty na wszystkie części zamówienia. Poprzez nie kwestionowanie oferty Przystępującego Awima Sp. J. B. W……., który ten sam wykaz usług załączył względem 3 części na które złożył ofertę (były 4 części), Zamawiający dokonał autentycznej wykładni odpowiedzi nr 7 na pytania do SIWZ (pismo z dnia 20.08.2012 r.) uznając, że ma ona zastosowanie, w zależności od ilości części na które dany Wykonawca złożył ofertę. Izba nie mogła pominąć niniejszej kwestii, gdyż stanowi ona istotną okoliczność konieczną do uwzględnienia przez Zamawiającego oraz Przystępujący Awima Sp. J. B. W…….. w toku uzupełnienia wynikającego z nakazu zawartego w sentencji i uzasadnieniu wyroku.

Izba nie może nakazać jakichkolwiek czynności Zamawiającemu względem części zamówienia nie objętych odwołanie, gdyż nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w ramach środka ochrony prawnej (art. 192 ust. 7 Pzp). W konsekwencji nakaz wynikający z sentencji wyroku i jego uzasadnienia dotyczy tylko cz. I. Jednakże, Izba przypomina Zamawiającemu, że jako gospodarz postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, posiada uprawnienie nie tylko do określenia swoich potrzeb i wymagań co do konkretnego zakupu, ale również jeśli uzna to za konieczne, do unieważnienia wybór oferty najkorzystniejsze w innych częściach zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie cz. I, Izba za potwierdzony również zarzut dotyczący art. 7 ust. 1 Pzp, tj. wybór najkorzystniejszej oferty dla części I z naruszeniem przepisów Pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……