

WYROK
z dnia 25 lipca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: (1) **K.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Urządzania i Pielęgnacji Zieleni K.O. z siedzibą w Krakowie**, (2) **SITA Małopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KATDAR OGRÓD SYSTEM D.M. z siedzibą w Makowie Podhalańskim** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego **D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KATDAR OGRÓD SYSTEM D.M. z siedzibą w Makowie Podhalańskim** i:

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 0 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: (1) **K.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Urządzania i Pielęgnacji Zieleni K.O. z siedzibą w Krakowie**, (2) **SITA Małopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przystępującego **D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KATDAR OGRÓD SYSTEM D.M. z siedzibą w Makowie Podhalańskim** na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: (1) **K.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Urządzania i Pielęgnacji Zieleni K.O. z siedzibą w Krakowie**, (2) **SITA Małopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, kwotę **19 518 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, koszty opłaty skarbowej, koszty noclegu i podróży na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 8 lipca 2016 roku Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej w skrócie „PZP”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie (1) K.O., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Urządzania i Pielęgnacji Zieleni K.O. z siedzibą w Krakowie, oraz (2) SITA Małopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwane dalej również „Odwołującym”).

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości wyższej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, pn.: „Utrzymanie zieleni niskiej w latach 2016-2018 na terenie Gminy Miejskiej Kraków” prowadzi Zamawiający: Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie. Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2016/S 093-167508 z dnia 14 maja 2016 r.

Odwołanie wniesiono od czynności i zaniechań Zamawiającego, w zakresie objętym „Częścią 1” (obejmującą dzielnice I i II (obszar 1)) zamówienia, polegających na:

1) pominięciu obligatoryjnego udziału komisji przetargowej przy dokonywaniu czynności oceny ofert złożonych na realizację zamówienia oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) dopuszczeniu do udziału w pracach komisji przetargowej pana T.W., pani M.Ż.-F. oraz pani M.G., które to osoby - co najmniej do 6 lipca 2016 r. nie złożyły pisemnych oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności uzasadniających ich wyłączenie od udziału w postępowaniu;

3) zaniechaniu:

a) odrzucenia oferty złożonej przez KATDAR OGRÓD SYSTEM D.M. (zwanego dalej w skrócie „KATDAR”), złożonej na realizację zamówienia;

względnie:

b) wezwania KATDAR do uzupełnienia oferty, w zakresie dotyczącym posiadanej wiedzy i doświadczenia,

c) wezwania KATDAR do wyjaśnienia możliwości wykonania oferty za zaproponowaną cenę (rażąco niska cena),

d) dokonania właściwej korekty oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu wynagrodzenia KATDAR;

4) przyznaniu ofercie KATDAR maksymalnej liczby punktów za spełnienie „kryterium społecznego” w sytuacji niespełniania przez tę ofertę wskazanych przez Zamawiającego minimalnych wymogów, dotyczących „liczby pełnych etatów na podstawie umowy o pracę”;

5) dokonaniu w dniu 29 czerwca 2016 r. wyboru oferty KATDAR;

3

6) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

W związku z dokonaniem przez Zamawiającego wskazanych powyżej czynności oraz zaniechali, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 19 ust. 1 w związku z art. 20 ust. 3 oraz art. 96 ust. 1 PZP, a także poz. 14 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [Dz.U. Nr 223, poz. 1458] - poprzez pominięcie przez Zamawiającego obligatoryjnego udziału komisji przetargowej przy dokonywaniu czynności oceny ofert złożonych na realizację zamówienia oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, mające istotny wpływ na wskazane w dalszej części odwołania uchybienia Zamawiającego;

2) naruszenie art. 7 ust. 2 w związku z art. 17 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 1 PZP, a także poz. 3 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania poprzez:

a) niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym wskazanie w treści protokołu postępowania, o którym mowa w art. 96 PZP, zatwierdzonego przez kierownika Zamawiającego w osobie Dyrektora Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie w dniu 30 czerwca 2016 r., że „Członkowie komisji złożyli oświadczenia określone w art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, na załączonych drukach ZP-1”, podczas gdy oświadczeń takich - co najmniej do 6 lipca 2016 r. - nie złożyli członkowie komisji przetargowej w osobach pana T.W., pani M.Ż.-F. oraz pani M.G.,

b) dopuszczenie przez Zamawiającego do udziału w pracach komisji przetargowej pana

T.W., pani M.Ż.-F. oraz pani M.G., którzy - wobec nie złożenia pisemnych oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności uzasadniających ich wyłączenie od udziału w postępowaniu przetargowym dotyczącym udzielenia zamówienia - objęci są domniemaniem, iż nie zapewniają obiektywizmu i bezstronności; 3) naruszenie 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 151a ust. 1 PZP oraz pkt 12 ppkt 6 zd.

1 SIWZ - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KATDAR, złożonej na realizację zamówienia, pomimo tego, że przewiduje ona - wbrew warunkom przetargu - uzyskanie w pierwszym okresie wykonywania zamówienia (tj. do 30 listopada 2016 r.) wynagrodzenia znacząco (wielokrotnie) przekraczającego wartość odpowiadającą tej części świadczenia wykonawcy, a więc w istocie swej oferty zastrzegającej w zawołowanej formie „zaliczkę”, rozumiana jako (arg. z art. 151 ust. 4 PZP) należność przedpłacona, tj. przewyższającą wartość spełnionych świadczeń, a pokrywającą faktycznie istotną część wynagrodzenia za świadczenia przyszłe (tu: przewidziane do realizacji w okresie od 1 grudnia 2016 r. do 30 listopada 2018 r.), a przy tym nie podlegającą nawet rozliczeniu;

4) naruszenie 89 ust. 1 pkt 3 PZP w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz m.in. art. 145 ust. 2 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KATDAR,

4

złożonej na realizację zamówienia, pomimo tego, że złożenie oferty przewidującej ukrytą przedpłatę/zaliczkę stanowi niestypizowany czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie zarówno sprzeczne z prawem, jak i dobrymi obyczajami, które co najmniej zagraża uzasadnionym interesom Zamawiającego, np. w sytuacji wcześniejszego rozwiązania umowy (w świetle art. 145 ust. 2 PZP);

5) naruszenie 89 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z art. 58 § 1 i 2 i art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 14 i art. 151a ust. 1 PZP, a także pkt 12 ppkt 6 zd. 1 SIWZ - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KATDAR, złożonej na realizację zamówienia, pomimo tego, że złożenie oferty przewidującej uzyskanie świadczenia noszącego znamiona zaliczki jako czynność mającą na celu obejście wyrażonego w ustawie zakazu udzielania zaliczek, a przy tym niewątpliwie sprzeczną z zasadami współżycia społecznego - jest czynnością nieważną; względnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów wskazanych powyżej w pkt. 3-5):

6) naruszenie 89 ust. 1 pkt 6 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KATDAR, złożonej na realizację zamówienia, pomimo tego, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na obliczeniu jej w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami Zamawiającego określonymi w postanowieniach SIWZ, a także w odrębnych przepisach prawa;

względnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów wskazanych powyżej w pkt 6):

7) naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP - poprzez zaniechanie wezwania KATDAR do uzupełnienia oferty złożonej na realizację zamówienia, w celu wykazania warunku posiadania wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia;

8) naruszenie art. 90 PZP - poprzez zaniechanie wezwania KATDAR do przedłożenia

w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie wyjaśnień z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikających z odrębnych przepisów za wskazane przez niego w ofercie wynagrodzenie, ze szczególnym uwzględnieniem istotnej części zamówienia, obejmującej okres od 1 grudnia 2016 r. do 30 listopada 2018 r. (rażąco niska cena);

9) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP - poprzez niedokonanie korekty oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny ofertowej KATDAR, poprzez jego podniesienie o dalsze 20.000,00 zł,

10) naruszenie art. 91 ust. 1 PZP w związku z pkt 13 ppkt 4 SIWZ - poprzez wadliwe zastosowanie tzw. „społecznego” kryterium oceny oferty KATDAR i przyznanie tej ofercie maksymalnej liczby punktów za jego spełnienie, w sytuacji, gdy - zgodnie z treścią tej oferty KATDAR zadeklarował jedynie 6 etatów na podstawie umowy o pracę, podczas gdy wymagane minimum wynosiło 16 pełnych etatów;

5

Odwołujący zarzucał ponadto:

11) naruszenie art. 91 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego,

pomimo tego, że nie podlegała ona odrzuceniu i była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W świetle powyższych zarzutów, działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie „części 1”,

2) dokonania ponownego zbadania i oceny ofert przy udziale komisji przetargowej złożonej z członków nie podlegających wyłączeniu od udziału w postępowaniu,

a ponadto:

3) dokonania czynności odrzucenia oferty KATDAR z postępowania w zakresie jego „części 1”, a jednocześnie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie (w przypadku nieuwzględnienia wniosku nr 3):

4) wezwania KATDAR do uzupełnienia oferty, złożonej na realizację Zamówienia, w celu warunku dysponowania wymaganą przez Zamawiającego wiedzą wykazania i doświadczeniem;

5) wezwania KATDAR do przedłożenia wyjaśnień w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za wskazane przez niego w ofercie wynagrodzenie, ze szczególnym uwzględnieniem istotnej części zamówienia, obejmującej okres od 1 grudnia 2016 r. do 30 listopada 2018 r.

6) dokonania przez Zamawiającego korekty oczywistej omyłki w obliczeniu wynagrodzenia KATDAR, poprzez jego podniesienie o 20.000,00 zł,

7) przyjęcia przez Zamawiającego, iż oferta KATDAR powinna otrzymać 0 (zero)

punktów w ramach oceny spełniania tzw. „kryterium społecznego”. Odwołujący wskazał,

że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, a w jego następstwie odrzucenia oferty KATDAR to oferta Odwołującego zostanie uznana jako najkorzystniejszą. W przedmiotowym postępowaniu w części 1 [obejmującej dzielnicę I i II (obszar 1)] zostały bowiem złożone cztery oferty, a oferta Odwołującego otrzymała drugą w kolejności ilość punktów.

Termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP został zachowany, gdyż Odwołujący otrzymał informację o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania w dniu 29 czerwca 2016 r., zaś protokół postępowania wraz z załącznikami, zatwierdzony przez kierownika Zamawiającego w dniu 30 czerwca 2016 r., został mu udostępniony przez Zamawiającego dopiero po tej dacie. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

6

I. ZARZUT nr 1

Zgodnie z art. 19 ust. 1 w związku z art. 20 ust. 3 PZP, w przypadku zamówień publicznych przekraczających tzw. „progi unijne” kierownik zamawiającego zobowiązany jest do powołania komisji przetargowej, której zadaniem jest m.in. przedstawienie mu propozycji wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W postępowaniu komisja taka została wprawdzie powołana, jednak - jak wynika z treści udostępnionego Odwołującemu w dniu 6 lipca 2016 r. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 96 PZP, zatwierdzonego przez kierownika Zamawiającego w osobie Dyrektora Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie w dniu 30 czerwca 2016 r., komisja ta nie wykonywała przypisanych jej ustawowo kompetencji w zakresie przedstawiania kierownikowi Zamawiającego propozycji dotyczących sposobu rozstrzygnięcia postępowania. Zaniechanie to potwierdza analiza treści protokołu postępowania, sporządzonego według wzoru, stanowiącego załącznik nr 1 do rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, a zwłaszcza „pierwszej” pozycji oznaczonej numerem 14 (str. 7 protokołu) p.t. „Zatwierdzenie wyniku postępowania - CZĘŚĆ I”, w której brak jest wymaganych podpisów członków komisji przetargowej.

Wedle informacji uzyskanych przez Odwołującego, w dniu 29 czerwca 2016 r., kiedy miało dojść do zakończenia prac Komisji Przetargowej, część jej członków przebywała na urloпах wypoczynkowych, a więc nie mogła wykonywać czynności w ramach tej komisji. Na potwierdzenie okoliczności Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego w postaci listy obecności lub innych dokumentów potwierdzających obecność lub nieobecność w pracy u Zamawiającego w dniach 27-29 czerwca 2016 r. wskazanych w petitum członków komisji, po uprzednim

wezwanu Zamawiającego do przedstawienia dokumentów pod rygorem przyjęcia, że osoby te w dniach 27-29 czerwca 2016 r. nie wykonywały żadnych czynności w ramach Komisji Przetargowej.

W tym okolicznościach faktycznych nie powinien budzić wątpliwości fakt, iż Zamawiający pominął obligatoryjny udział komisji przetargowej przy dokonywaniu czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszając tym samym art. 19 ust. 1 w związku z art. 20 ust. 3 oraz art. 96 ust. 1 PZP, a także poz. 14 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. W ocenie Odwołującego okoliczność ta miała istotny wpływ na dalsze uchybienia Zamawiającego, związane z wyborem oferty najkorzystniejszej.

II. ZARZUT nr 2

Zgodnie z art. 17 ust. 2 PZP, czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Realizację tej zasady gwarantuje przede wszystkim

7

wyłączenia od udziału w postępowaniu po stronie zamawiającego osób wskazanych w art. 17 ust. 1 PZP w powiązaniu z powinnością składania oświadczeń, o których mowa w art. 17 ust. 2 PZP oraz obligatoryjnym potwierdzeniem tego faktu w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 96 ust. 1 PZP, tj. w poz. 3 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Tymczasem - jak wynika z kopii protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, zatwierdzonego przez kierownika Zamawiającego w osobie Dyrektora Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie w dniu 30 czerwca 2016 r., a także kopii druków oświadczeń, stanowiących jego załączniki, przeznaczonych do podpisu, lecz nie podpisanych przynajmniej do dnia 6 lipca 2016 r. (w którym Odwołujący zapoznał się z treścią protokołu i załączników) przez członków komisji przetargowej w osobach pana T.W., pani M.Ż.-F. oraz pani M.G. Procesowe gwarancje zapewnienia bezstronności i obiektywizmu nie zostały dochowane. W treści protokołu wskazano bowiem, że członkowie komisji złożyli oświadczenia określone w art. 17 ust. 2 ustawy na załączonych drukach ZP-1, podczas gdy oświadczeń takich - co najmniej do 6 lipca br. - nie złożyli wymienieni członkowie komisji przetargowej.

W ocenie Odwołującego uzasadnia to domniemanie, że Zamawiający nie zapewnił przeprowadzenia czynności oceny ofert przez osoby obiektywne i bezstronne, co mogło mieć istotny wpływ na dalsze uchybienia Zamawiającego, związane z wyborem oferty najkorzystniejszej.

III. ZARZUT nr 3 - 5

Zgodnie z art. 151a ust. 1 PZP, Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W postępowaniu Zamawiający możliwości takiej nie przewidział, a wręcz zastrzegł w pkt 12 ppkt 6 zd. 1 SIWZ, że „Nie przewiduje się żadnych przedpłat ani zaliczek na poczet realizacji przedmiotu umowy, a płatność nastąpi na podstawie jednej faktur częściowych, zgodnie z zapisami umowy i ofertą Wykonawcy”.

Dokonując więc analizy treści § 9 ust. 1 lit. a i b WZORU UMOWY oraz oferty KATDAR (str. 28-29), określającej wartość wynagrodzenia za prace rozliczane ryczałtowo: w okresie od 18 lipca do 30 listopada 2016 r. - na kwotę 1.550.000,00 zł brutto oraz w okresie od 1 grudnia 2016 r. do 30 listopada 2018 r. - na kwotę 2.260.000,00 zł brutto, należy dojść do wniosku, iż KATDAR podjął próbę obejścia zakazu udzielania przedpłat i zaliczek, poprzez określenie wynagrodzenia za pierwszy okres wykonywania usług, przypadający pomiędzy 18 lipca a 30 listopada 2016 r., w sposób rażąco wysoki, przy jednoczesnym określeniu rażąco niskiego wynagrodzenia za drugi okres wykonywania usług, przypadający pomiędzy 1 grudnia 2016 r. a 30 listopada 2018 r.

8

Dysproporcje w obliczeniu wynagrodzenia za obydwa okresy zostały obrazowo przedstawione w załączonej do odwołania tabeli nr 1. Dysproporcja ta dotyczy m.in. następujących prac, wchodzących w skład prac rozliczanych ryczałtowo:

a) utrzymanie czystości - w roku 2016 utrzymanie czystości obszaru o powierzchni 5,0586 ha w miesiącach od lipca do listopada (4,5 miesiąca) wyceniono na 100 000 PLN

natomiast utrzymanie czystości o powierzchni 9, 6586 ha w okresie od 01.12. 2016 do 30. 11. 2018 (t.j. 24 miesiące) wyceniono na 120 000 PLN. Tym samym utrzymanie czystości 1 ha w pierwszym okresie wynosi 3953, 66 PLN/miesiąc a w drugim okresie 517,67 PLN/miesiąc;

b) utrzymanie letnie nawierzchni utwardzonych - w roku 2016 utrzymanie letnie nawierzchni utwardzonych o powierzchni 845 m2 w miesiącach od lipca do listopada (4,5 miesiąca) wyceniono na 200 000 PLN; a utrzymanie letnie nawierzchni utwardzonych o powierzchni 7425 m2 w okresie od 01.12.2016 do 30.11.2018 (24 m-ce) także wyceniono na 200 000 PLN; tym samym utrzymanie 1 m2 w pierwszym okresie wynosi 47, 33 PLN/miesiąc, a w drugim okresie 1,12 PLN/miesiąc;

c) utrzymanie nawierzchni: piaskowe, bezpieczne, żwirowe itd. - w miesiącach od lipca do listopada (4,5 miesiąca) świadczenia te dotyczące powierzchni 5074 m2 wyceniono na 400 000 PLN, a w okresie od 01.12.2016 do 30. 11. 2018 (24 m-ce) wyceniono na 200 000 PLN; tym samym utrzymanie 1 m2 w pierwszym okresie wynosi 15,76 PLN/miesiąc, a w drugim okresie 1,64 PLN/miesiąc;

d) utrzymanie elementów małej architektury i urządzeń zabawowych na placach zabaw i ogródkach jordanowskich - w miesiącach od lipca do listopada (4,5 miesiąca) wykonywanie tych prac na niektórych tylko elementach wyceniono na 400 000 PLN, a utrzymanie wszystkich elementów małej architektury i urządzeń zabawowych na terenie obiektu (w tym np. w stosunku do roku 2016 dodatkowo malowanie 22 km ogrodzeń) wyceniono na 100 000 PLN; tym samym pozycję tą w pierwszym okresie wyceniono na 80 000 PLN/miesiąc

a w drugim okresie przy zwiększonym zakresie prac na 4166,67 PLN/miesiąc;

e) grabienie liści z wywozem - w roku 2016 wyceniono na 200 000/ 45 ha a w okresie od 1.12.2016 do 30.11.2018 na 100 000 PLN/ 45 ha t. j. w sezonie jesiennym 2016 1 ha wyceniono na 4 444,45 PLN a w okresie jesiennym 2017 i 2018 na 1.111,12 PLN;

f) utrzymanie kwietników sezonowych w gruncie - w miesiącach od lipca do listopada 2016 (4,5 miesiąca, w tym jedna obsada) wyceniono na 100 000 PLN, a w okresie od 01.12. 2016 do 30.11.2018 (24 miesiące, w tym co najmniej 4 obsady) na 50 000 PLN;

g) utrzymanie kwietników sezonowych w pojemnikach (174 szt.) - w miesiącach od lipca do listopada 2016 (4,5 miesiąca, w tym jedna obsada) wyceniono na 100 000 PLN, a w okresie od 01.12.2016 do 30.11.2018 (24 miesiące, w tym co najmniej 4 obsady) na 10 000 PLN. Tym samym koszt ryczałtu w 2016 można wyliczyć jako 574,71 PLN/pojemnik

9

(jedna obsada i utrzymanie) a w okresie następnym na 14,37 PLN/pojemnik (jedna obsada i utrzymanie).

Nieproporcjonalność wynagrodzenia KATDAR za „pierwszy” okres wykonywania usług (tj. od 18 lipca do 30 listopada 2016 r.) bardzo czytelnie jest także widoczna przy porównaniu wysokości wynagrodzenia ryczałtowego zastrzeżonego przez KATDAR za świadczenie usług w tym okresie, wysokością szacunków dokonanych przez Zamawiającego na potrzeby określenia wartości zamówienia (przedstawionych w tabeli nr 3 załączonej do odwołania).

Powyższa sytuacja implikowała więc obowiązek odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez KATDAR, jako zarówno niezgodnej z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP), jak i niezgodnej z SIWZ (89 ust. 1 pkt 2 PZP), stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji (89 ust. 1 pkt 3 PZP), a przy tym nieważnej na podstawie art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego (89 ust. 1 pkt 8 PZP).

Uzasadniając zarzut kwalifikujący czynność złożenia oferty KATDAR jako czynu nieuczciwej konkurencji należy nadmienić, że sytuacja zagrożenia interesu Zamawiającego na skutek nieproporcjonalnego, a przez to nieuczciwego ukształtowania wysokości wynagrodzenia ryczałtowego za wskazane przez Zamawiającego dwa okresy, występuje nie tylko na tle zastosowania art. 145 PZP. Zagrożenie to wystąpi bowiem także np. w przypadku świadomego zaprzestania przez Wykonawcę świadczenia usług po listopadzie 2016 r., implikującego potrzebę skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do wypowiedzenia umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy (§ 7 ust. 2 umowy). Po zrealizowaniu usługi za okres od lipca do listopada 2016 r. i wypłaceniu wynagrodzenia ryczałtowego za ten okres w kwocie 1.550.000,00 zł, Wykonawca w oparciu o § 14 ust. 1 pkt 2 lit. b) umowy będzie bowiem zobowiązany do zapłaty kary umownej jedynie w wysokości 10 % łącznego wynagrodzenia, a więc kwoty 449.109,20 zł. Po odjęciu od kwoty wynagrodzenia za okres lipiec - listopad 2016 r. (1.550.000,00 zł) tak obliczonej kwoty kary umownej (449.109,20 zł), w rękach Wykonawcy pozostanie kwota 1.105.890,80 zł, która i tak

znacząco (kilkukrotnie) przewyższałyby wartość wykonanych przez niego w tym okresie prac.

IV. ZARZUT nr 6

W przypadku oferty KATDAR zarzut ten należy rozumieć jako obliczenie ceny dokonane w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami Zamawiającego określonymi w postanowieniach SIWZ, przede wszystkim w pkt 10 ust. 3 SIWZ, gdzie Zamawiający określił, że „Wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny oferty wyliczonej w oparciu o indywidualną kalkulację, z podaniem cen jednostkowych, niezbędnych dla realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu wymagań i zapisów niniejszej SIWZ oraz doświadczenia zawodowego Wykonawcy (...)”.

10

W kontekście błędów w obliczeniu ceny stwierdzić należy, że doprowadziły one do nieporównywalności ofert w zakresie zaproponowanych cen, gdyż o porównywalności w tym zakresie można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Oferta KATDAR zawiera zaś niewątpliwie usterki kalkulacyjne, których nie da się poprawić.

Wynagrodzenie ryczałtowe należne za okres od 18 lipca do 30 listopada 2016 (4,5 miesiąca) zostało bowiem skalkulowane przy uwzględnieniu niedopuszczalnego ukrycia zaliczki, podczas gdy wycena świadczeń rozliczanych ryczałtem w okresie od 1 grudnia 2016 r. do 30 listopada 2018 r. jest ewidentnie zaniżona (co obrazuje tabela nr 2 załączona do odwołania).

V. ZARZUT nr 7

Zgodnie z wymaganiem pkt 5 ppkt 2.1. SIWZ, wykonawca ubiegający się o zamówienie musiał legitymować się wykonaniem/wykonywaniem co najmniej dwóch usług, polegających na (1) zakładaniu, (2) utrzymywaniu i (3) konserwacji zieleni niskiej oraz elementów małej architektury, przy spełnieniu dodatkowych warunków powierzchniowych (min. 50 ha) oraz wartościowych (min. 100.000,00 zł).

Tymczasem oświadczenia i referencje złożone przez KATDAR w ofercie (str. 5 oraz 50-52) nie potwierdzają spełnienia tego warunku. W żadnym z dokumentów nie wykazano bowiem ani kryterium powierzchniowego, ani też nie potwierdzają one wykonywania przez KATDAR usług w zakresie „zakładania zieleni niskiej”.

Wobec powyższego zasadnym było wezwanie KATDAR przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP do uzupełnienia oferty, w celu wykazania warunku posiadania wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, czego jednak Zamawiający - wbrew swojemu obowiązkowi - nie uczynił.

VI. ZARZUT nr 8.

Zgodnie z brzmieniem projektu nowelizacji ustawy - Prawo zamówień publicznych, implementującej do krajowego porządku prawnego nową dyrektywę „klasyczną” 2014/24/UE,

której termin implementacji minął 18 kwietnia br., zamawiający będą zobligowani do uzyskania od wykonawców wyjaśnień ofert, w których zaproponowana cena lub koszt albo ich istotne części składowe, będą się wydawać zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do odnośnych robót, dostaw lub usług. Powyższa zmiana - w ocenie Odwołującego - wyraźnie wpływa z wymagań wynikających z pkt 103 preambuły oraz art. 69 ust. 1-3 ww. dyrektywy.

Na tym tle trzeba też zwrócić uwagę na fakt, iż Trybunał Sprawiedliwości jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego, w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10 (Sag Slovensko), stwierdził, że „(...) zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są

11

poważne (zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. 1-9233, pkt 46-49). W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że jakkolwiek wyliczenie zawarte w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie jest wyczerpujące, to jednak nie jest one czysto informacyjne, i w związku z tym nie pozostawia instytucjom zamawiającym swobody przy ustalaniu, jakie są istotne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, zanim odrzucona zostanie oferta jawiąca się jako rażąco niska (wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-292/07 Komisja

przeciwko Belgii, pkt 159). Po drugie z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”.

Mając zatem na uwadze m.in. zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw, które - wbrew obowiązkowi - nie zostały implementowane do krajowego porządku prawnego, zasadne było wymaganie od Zamawiającego, aby w ramach postępowania wezwał KATDAR do przedłożenia wyjaśnień w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za wskazane przez niego w ofercie wynagrodzenie, ze szczególnym uwzględnieniem istotnej części zamówienia, obejmującej okres od 1 grudnia 2016 r. do 30 listopada 2018 r., za który to okres w sposób ewidentny, biorąc pod uwagę choćby wcześniej podniesione argumenty, oferent ten zastrzegł cenę rażąco niską.

VII. ZARZUT nr 9.

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2016 r. poprawił omyłkę rachunkową w ofercie KATDAR, jednakże nie uczynił tego w sposób prawidłowy, albowiem nie uwzględnił błędnego sumowania pozycji nr Ia (120.000,00 zł) oraz nr Ib (40.000,00 zł), znajdujących się na str. 22 i 23 oferty KATDAR, które powinno dać rezultat w kwocie 160.000,00 zł, a nie 140.000,00 zł.

VIII. ZARZUT nr 10

Zgodnie z pkt 13 ppkt 4 SIWZ, Zamawiający wskazał, że punkty przyznane za kryterium społeczne oceniane będą na podstawie „(...) przyjęcia przez Wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy”, przy czym „Wykonawca, który zaproponuje mniejszą liczbę pełnych etatów na podstawie umowy o pracę na opisanych stanowiskach lub ich brak otrzyma 0 punktów”.

Zamawiający określił jednocześnie, że chodzi o stanowiska: brygadzysty (5 pełnych etatów), ogrodnika (5 pełnych etatów), kierownika kontraktu (5 pełnych etatów) oraz osoby nadzorującej (1 pełny etat), a więc o 16 pełnych etatów.

12

W odpowiedzi na pytanie nr 5 jednego wykonawców z dnia 9 czerwca br. Zamawiający wskazał jednocześnie, że „dopuszcza się łączenie funkcji przez jedną osobę. Zamawiający nie wprowadza ograniczenia ilościowego lub jakościowego funkcji pełnionych przez jedną osobę”, jednak zastrzeżenia te należy w sposób oczywisty traktować jako możliwość zadeklarowania zatrudnienia 15 osób na pełny etat na „łączonym stanowisku” brygadzysty-ogrodnika-kierownika kontraktu oraz 1 osoby nadzorującej, a przy tym np. wykonującej także inne funkcje związane z realizacją zamówienia.

Tymczasem KATDAR w swojej ofercie wyraźnie zadeklarował zatrudnienie jedynie 6 osób na pełny etat na stanowiskach, a pomimo tego otrzymał od Zamawiającego maksymalną liczbę punktów za to kryterium. W ocenie Odwołującego nie powinien otrzymać żadnego punktu. W świetle powyższego zasadnym jest zarzut, że taka ocena Zamawiającego była wadliwa.

W świetle powyższych okoliczności, odwołanie zdaniem Odwołującego zasługuje na uwzględnienie w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący jako wykonawca, którego oferta, – w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze – środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym zaniechanie wykonania czynności, do których

był zobowiązany, może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W dniu 11 lipca 2016 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KATDAR Ogród System D.M. z siedzibą w Makowie Podhalańskim**, wnosząc

13

o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie spełniało przesłanki formalne i było skuteczne.

W dniu 19 lipca 2016 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości, przedstawiając przy tym argumentację merytoryczną dlaczego poszczególne zarzuty i żądania uznać należy za zasadne.

W dniu 21 lipca 2016 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym cofnął zarzut z punktu II.8 odwołania, w zakresie złożenia przez KATDAR oferty z rażąco niską ceną.

Na posiedzeniu przed Izbą Przystępujący złożył oświadczenie do protokołu, że korzysta z prawa do złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości. Wykonawca złożył także stanowisko pisemne, w którym wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z punktem 5.2. SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*) Wykonawca musiał posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, które musiał wykazać, w formie załączonego do oferty wykazu usług i oświadczenia, potwierdzonego poświadczeniami, referencjami lub odpowiednimi dokumentami uprzednich odbiorców, albo oświadczeniem Wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczeń, że w ciągu ostatnich 3 lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługi. Przez usługi rozumie się: 2.1 w odniesieniu do części 1 zamówienia zrealizowanie lub realizowanie co najmniej dwie usługi, polegające na zakładaniu, utrzymaniu i konserwacji zieleni niskiej oraz elementów małej architektury, wykonanych na terenach zieleni, o łącznej powierzchni terenów zieleni w ramach wykazanych dwóch usług nie mniejszej niż 50 ha i o wartości łącznej wykazanych dwóch usług nie mniejszej niż 100.000,00 PLN brutto.

W punkcie 12) *Opis sposobu obliczenia ceny* Zamawiający wskazał, że:

1. Cenę oferty należy podać w złotych polskich i wyliczyć w oparciu o indywidualną kalkulację z podaniem cen jednostkowych, niezbędnych dla realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu wymagań i zapisów SIWZ oraz doświadczenia zawodowego Wykonawcy, zgodnie z wzorami tabelarycznymi stanowiącymi Załącznik C do SIWZ, przygotowany na podstawie pełnego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i załącznikach,

14

odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia, uwzględniając wszelkie koszty niezbędne do jego wykonania, w tym podatki oraz rabaty, upusty itp., których Wykonawca zamierza udzielić.

2. Sumaryczna cena wyliczona na podstawie indywidualnej kalkulacji Wykonawcy przy uwzględnieniu treści SIWZ winna odpowiadać cenie podanej przez Wykonawcę w formularzu oferty, odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia.

3. Obliczając cenę oferty, zaleca się podać wartość (wartości) jednostkowe i sumaryczne netto, wskazać wysokość (wysokości) i kwotę (kwoty) należnego podatku od towarów i usług VAT lub jego wartość wyrażoną w procentach, oraz wartość (wartości) jednostkowe i sumaryczne brutto odpowiednio dla poszczególnych elementów zamówienia, przy czym Wykonawcy mający siedzibę poza granicami Polski mogą podać wyłącznie wartości netto bez podatku VAT, odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia.

4. W cenie ofertowej należy uwzględnić podatek VAT oraz wszystkie wymagania określone

w specyfikacji, np. koszty transportu i inne. Cena brutto podana w ofercie winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinna uwzględniać wszelkie uwarunkowania zawarte w SIWZ i jej załącznikach. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty celne, ubezpieczenia, opłaty transportowe itp. Podana cena jest obowiązująca w całym okresie ważności oferty, odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia.

5. Ponadto w cenie ofertowej należy uwzględnić koszt wykorzystania i unieszkodliwienia odpadów komunalnych oraz koszt materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia, odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia.

6. Nie przewiduje się żadnych przedpłat ani zaliczek na poczet realizacji przedmiotu umowy, a płatność nastąpi na podstawie jednej faktur częściowych, zgodnie z zapisami umowy i ofertą Wykonawcy. Faktura będzie płatna w terminie do 30 dni od odebrania całości zamówienia oraz podpisania protokołu odbioru i doręczenia faktury, odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia.

§ 9 wzoru umowy (Wynagrodzenie) przewidywał, że Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie składające się z:

a) wynagrodzenia ryczałtowego za wykonane prace utrzymaniowe do dnia 30.11.2016r.

ustalone na podstawie oferty na określoną kwotę wypłacane miesięcznie;

b) wynagrodzenia ryczałtowego za wykonane prace utrzymaniowe w okresie od dnia 01.12.2016r. do dnia 30.11.2018r. ustalone na podstawie oferty na określoną kwotę wypłacane miesięcznie;

c) wynagrodzenia za wykonanie prac określonych w załącznikach Nr 1 do Zakresu Rzeczowego zamówienia w wysokości nie przekraczającej określonej kwoty. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe, rozliczone na podstawie cen jednostkowych brutto,

15

wyspecyfikowanych w załączniku nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia do umowy jako iloczyn cen jednostkowych oraz faktycznie wykonanych przez Wykonawcę i odebranych przez Zamawiającego prac. Ceny jednostkowe brutto zawarte w ofercie Wykonawcy są cenami ostatecznymi i niezmiennymi przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy. Wykonawca miał oświadczyć, iż wynagrodzenie za prace podane w ust. 1 § 9 obejmuje wszelkie niezbędne koszty dla wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami sztuki ogrodniczej, wiedzy technicznej i sztuki inżynierskiej oraz z zapisami umowy.

W szczególności wszelkie koszty związane z wypełnieniem obowiązków i warunków, o których mowa w § 2 i 3 umowy, nie podlegają odrębnej zapłacie i są uwzględnione w wynagrodzeniu umownym. Wynagrodzenie miało być przekazywane Wykonawcy po protokólnym odbiorze wykonanych prac, na konto wskazane w prawidłowo wystawionej fakturze VAT wystawionej przez Wykonawcę w terminie do 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowej faktury VAT.

W rozdziale 13) Zamawiający zawarł *Opis kryteriów*, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jako kryteria oceny ofert i ich znaczenie wskazano:

- Cena brutto za całość zamówienia – 80%,
- Realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – 10%,
- Kryterium środowiskowe – 10%.

Punkty przyznawane za kryterium „Realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę” oceniane były na podstawie przyjęcia przez Wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Zasady realizacji tego zobowiązania oraz zasady odpowiedzialności za jego niewykonanie zostały opisane we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ.

Zobowiązanie to dotyczyć miało następujących osób: brygadzysta (5 pełnych etatów), ogrodnik (5 pełnych etatów), kierownik kontraktu (5 pełnych etatów), osoba nadzorująca z wykształceniem kierunkowym (np. ogrodnicze, leśne, rolnicze, architekt krajobrazu – 1 pełny etat), za co Wykonawca otrzyma 10 punktów. Wykonawca, który zaproponuje mniejszą liczbę pełnych etatów na podstawie umowy o pracę na opisanych stanowiskach lub ich brak otrzyma 0 punktów.

Dopuszcza się łączenie funkcji przez jedną osobę.

Wykonawca zamieści informacje o przyjęciu na siebie zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę

16

w formularzu oferty. Brak wskazania w Formularzu oferty przyjęcia przez Wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a oferta uzyska 0 pkt w ramach kryterium oceny ofert. Maksymalna liczba punktów, które Wykonawca może uzyskać od jednego członka komisji w zakresie tego kryterium wynosi 10.

W toku postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytanie:

Pytanie nr 5

Kryterium oceny ofert – realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. W przypadku przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji przez jedną osobę.

a) Czy Zamawiający wprowadza ograniczenie ilościowe lub jakościowe funkcji pełnionych przez jedną osobę?

b) Czy Zamawiający wprowadzi odpowiedni formularz, w którym wykonawca zadeklaruje łączenie funkcji przez pracowników?.

Odpowiedź: Zgodnie z zapisem SIWZ Zamawiający zawarł zapis: „dopuszcza się łączenie funkcji przez jedną osobę. Zamawiający nie wprowadza ograniczenia ilościowego i jakościowego funkcji pełnionych przez jedną osobę.

Zamawiający nie wprowadza odpowiednich formularzy, a przy tym informuje, że wystarczającym jest stosowne oświadczenie wykonawcy wyrażone w treści oferty”.

Przystępujący w ofercie oświadczył, że deklaruje zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów KP następujące osoby: brygadzysta 5 pełnych etatów; ogrodnik ---- pełnych etatów; kierownik kontraktu ---- pełnych etatów; osoba nadzorująca z wykształceniem kierunkowym 1 pełny etat. Funkcje będą łączone zgodnie z załącznikiem str. 1. W załączniku wykonawca oświadczył, iż etaty będą łączone: jedna osoba będzie pełnić funkcję – ogrodnika, brygadzysty, kierownika kontraktu i tych osób będzie 5 oraz 1 osoba nadzorująca z wykształceniem kierunkowym.

W wykazie doświadczenia zawodowego Przystępujący ujął dwie pozycje:

1) Utrzymanie zieleni usługi niskiej i wysokiej na terenach gminy miejskiej Kraków w parkach, na zieleńcach, w pasach drogowych w 2015 roku w okresie od 01.06.2015 do 30.06.2015. Prace wykonywane były na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie. Łączna wartość prac brutto wyniosła 299 206,89 zł. Zakres prac obejmował: powierzchniowe oczyszczanie terenu z nieczystości, załadunek i wywóz nieczystości na wysypisko, opróżnianie koszy na śmieci, odmulanie chodników z wywozem,

17

koszenie trawy z grabieniem i wywozem, wykaszanie chwastów, obsada pojemników betonowych, założenie kwietnika z wymianą gleby, formowanie krzewów, pielęgnacja kwietników, podlewanie, wysiew nasion traw, cięcie gałęzi.

2) Bieżące utrzymanie ogródków jordanowskich oraz zieleńców i skwerów na terenie dzielnicy XIV, XV, XVI, XVII, XVIII w Krakowie – część IV obszar IV. Prace były realizowane w okresie 01.07.2015 r. do 02.07.2015. Wykonawca za wykonane usługi uzyskał wynagrodzenie w kwocie 126 723,60 zł. Zakres prac obejmował: utrzymanie czystości, utrzymanie zieleni, utrzymanie koszy na śmieci, utrzymanie ławek, odeskowań piaskownic, wymiana piasku w piaskownicach, utrzymanie bezpiecznych nawierzchni placów zabaw, utrzymanie urządzeń zabawowych i ogrodzeń, utrzymanie tablic z regulaminem i innych, utrzymanie boiska.

lżba zważyła, co następuje:

Odwołanie musiało być uwzględnione, ponieważ w ocenie składu orzekającego

Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przejawiający się zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego powodu potwierdzenia się przesłanek odnoszących się do czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzuty nr 1 -2 odwołania.

Skład orzekający Izby nie uznał zasadności zarzutu naruszenia art. 19 ust. 1 w związku z art. 20 ust. 3 oraz art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, a także poz. 14 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego komisja przetargowa wyznaczona do przeprowadzenia postępowania podejmowała w postępowaniu czynności, do których była zobowiązana, o czym

świadczy

dokumentacja postępowania nadesłana przez Zamawiającego, w tym na przykład miało miejsce udostępnianie ofert poszczególnym wykonawcom, udzielanie odpowiedzi na pytania, protokolarne otwarcie ofert z udziałem publiczności, co potwierdzają znajdujące się w dokumentacji listy obecności z sesji otwarcia. Jediną nieprawidłowością w tym zakresie, którą można dostrzec po analizie dokumentacji był brak podpisów w druku protokołu postępowania we wspomnianej przez Odwołującego rubryce 14. Powyższe nie stanowi jednak dowodu na okoliczność braku działań komisji ale raczej jest uchybienie o charakterze formalnym. Brak ten został na etapie wyrokowania przez Izbę usunięty przez członków komisji. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie zaprzeczał, że do takiego uchybienia w postępowaniu doszło, ale w ocenie Izby jest to jedynie uchybienie materialno-techniczne, które nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

18

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 17 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że zarzut się potwierdził, jednak w chwili wyrokowania przez Izbę nie można stwierdzić wpływu na wynik postępowania odwoławczego tego naruszenia.

Niewątpliwie poszczególni członkowie komisji przetargowej nie złożyli po otwarciu ofert i przed zatwierdzeniem wyniku postępowania przez kierownika Zamawiającego oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu podstaw do ich wykluczenia od udziału w postępowaniu na druku ZP-1. Zamawiający tym faktem w odpowiedzi na odwołanie nie zaprzeczał. Niewątpliwie także brak ten został przez poszczególnych członków komisji przetargowej usunięty, co potwierdza dokumentacja przesłana do Izby, gdzie na oświadczeniach osób wymienionych w odwołaniu widnieją podpisy datowane na 23 czerwca 2016 roku.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia o trafności zarzutu dostrzeżenia wymaga, że zasadniczym celem wprowadzenia szczególnych uregulowań w odniesieniu do postępowań prowadzonych pod rygorami ustawy Pzp jest zapewnienie przeprowadzenia każdego postępowania w sposób zapewniający jego bezstronność, obiektywizm, zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania oraz celowość i oszczędność wydatkowania środków publicznych. Zagwarantowaniem przeniesienia zasad ustawowych do praktyki jest między innymi regulacja dotycząca osób, które biorą udział w postępowaniu po stronie zamawiającego. Osoby te nie mogą wykazywać cech niepożądanych, zagrażających prawidłowemu tokowi postępowania. Potwierdzają one ten fakt poprzez obligatoryjne złożenie oświadczenia o braku podstaw do wyłączenia ich ze wszczętego postępowania. Natomiast ewentualne stwierdzenie zaistnienia cechy, która może nie dawać gwarancji obiektywizmu danej osoby powoduje konieczność jej ujawnienia w oświadczeniu i w konsekwencji wyłączenie takiej osoby z postępowania.

Ustawodawca chcąc urzeczywistnić wyrażoną w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp zasadę wprowadził odpowiednie regulacje prawne. W celu zabezpieczenia zasady obiektywizmu i bezstronności osób, które uczestniczą w postępowaniu po stronie zamawiającego wprowadzono obowiązek składania przez nie oświadczeń stwierdzających posiadanie wymaganych prawem cech podmiotowych. Osoby składające oświadczenia na druku ZP-1 dają gwarancję, że postępowanie nie jest zagrożone ze strony zamawiającego niepożądanymi wpływami i czynności w nim wykonywane są przez osoby, które zapewniają jego zgodny z zasadami prawa zamówień publicznych przebieg. Ustawodawca wprowadził odpowiedni formularz, na którym zobowiązane osoby składają oświadczenie, potwierdzając jego prawdziwość własnoręcznym podpisem, biorą za nie odpowiedzialność. Oświadczenia

na drukach ZP-1 znajdują się w dokumentacji postępowania a ich brak stanowi naruszenie prawa i odpowiednie konsekwencje po stronie zamawiającego.

Obowiązek przestrzegania zasad wyrażonych w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp został nałożony na zamawiającego, a zatem to zamawiający powinien również zadbać o prawidłową jego realizację. W szczególności powinien zapewnić, aby wszystkie czynności związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania były dokonywane przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. W związku z tym z treści art. 17 wywieść można wprost wnioszek, że to zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez osoby dokonujące czynności w postępowaniu. W praktyce oznacza to, że odpowiedzialność taka spoczywa na kierowniku zamawiającego lub na osobie upoważnionej przez niego do wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustawodawca w przepisach dotyczących wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu nie wskazał jednak w jakim terminie powinny być złożone owe oświadczenia. W doktrynie i orzecznictwie dominuje pogląd, iż osoby są w stanie określić swoje związki z wykonawcami, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp dopiero po poznaniu listy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, najczęściej po otwarciu ofert w danym postępowaniu. Należy zatem przyjąć interpretację, że oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących przyczynę wyłączenia, należy złożyć właśnie w dniu otwarcia ofert.

Nie można także zapominać, że art. 17 ust. 3 ustawy Pzp skutek prawny wiąże nie z faktem niezłożenia oświadczenia o istnieniu okoliczności, ale z faktem, że w postępowaniu czynności wykonywały osoby podlegające wyłączeniu po ujawnieniu się wymienionych w przepisach okoliczności. Odwołujący nie wskazywał w odwołaniu, że z taką sytuacją mamy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do czynienia. Nie przedstawił także żadnych dowodów, aby zasada obiektywizmu i zapewnienia bezstronności została w sposób pozytywny przez członków komisji naruszona, to jest, że któryś z uczestników komisji przetargowej podlegał wykluczeniu, że ocena ofert miała charakter subiektywny, że istnieją okoliczności wskazujące na stronniczość poszczególnych członków komisji.

Tym samym, choć niewątpliwie fakt złożenia oświadczenia po zatwierdzeniu przez kierownika zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie może być uznany za spełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, a działania takie należy uznać za naruszające powyższy przepis, to na etapie wyrokowania przez Izbę nie można stwierdzić braku wpływu tej czynności na wynik postępowania odwoławczego przez owo naruszenie z uwagi na jego usunięcie i niewykazanie przesłanek warunkujących wykluczenie członka komisji przetargowej.

Końcowo jedynie zauważyć należy, że ustawą, która wprowadza odpowiedzialność za niezłożenie przez członka komisji przetargowej odpowiedniego oświadczenia jest ustawa z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 168 ze zmianami). Jest to jednak odpowiedzialność o charakterze osobistym i jak słusznie zauważył Przystępujący potwierdzenie się przesłanek do tej odpowiedzialności nie rozciąga się na samo postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą. Są to bowiem działania i zaniechania penalizowane w innym trybie i przez inne organy.

Zarzuty 3-6 odwołania.

W opozycji do zarzutów odwołania Przystępujący zauważył, że wykonawcy mieli sporządzić kalkulację w oparciu o indywidualną kalkulację z podaniem cen jednostkowych, przy uwzględnieniu wymagań i zapisów SMZ oraz doświadczenia zawodowego. Przystępujący wziął więc pod uwagę przy planowaniu kosztów realizacji konieczność gruntownego uporządkowania, a w dużym stopniu także zrewitalizowania obszaru, na którym ma być świadczony przedmiot zamówienia. Wcześniej obszar ten nie był objęty kompleksową usługą utrzymania zieleni. Przywrócenie do stanu pierwotnego i pożądanego wymagała poniesienia znacznie większych kosztów w pierwszym okresie i będzie połączone

z bieżącym utrzymaniem. Na okoliczność stanu terenu Przystępujący przedstawił dokumentację fotograficzną na płycie DVD-R i wskazał szczegółowo jakie prace muszą być na terenach wykonane. Ta okoliczność powoduje, że koszty w początkowym okresie będą zdecydowanie wyższe, co musiało znaleźć odzwierciedlenie w kalkulacji.

Przystępujący zwrócił uwagę w jaki sposób następowała będzie zapłata wynagrodzenia po odebraniu prac utrzymaniowych. Ani więc Przystępujący, ani żaden inny wykonawca nie otrzyma więc od Zamawiającego jakichkolwiek

środków finansowych przed rozpoczęciem realizacji umowy, nie może być zatem mowy o obejściu zakazu zaliczkowania.

Działaniom Przystępującego nie można przyznać znamion czynu nieuczciwej konkurencji, czynności sprzecznej z ustawą lub zasadami współżycia społecznego, co czyniłoby je nieważnymi.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o jakim mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1593 ze zm.) (dalej uznk). Powyższe implikowało konieczność uwzględnienia odwołania.

21

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 uznk jest działaniem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W doktrynie wskazuje się, że „dobre obyczaje” należy oceniać przez pryzmat ekonomiczno - funkcjonalny, co oznacza, że uczciwe konkutowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej.

Istota czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku złożenia oferty przez Przystępującego w tym postępowaniu o zamówienie publiczne polega na specyficznej - zastosowanej wyłącznie przez tego wykonawcę - budowie ceny ofertowej. Przystępujący skonstruował cenę oferty w tym postępowaniu, w ten sposób, że cena za część zamówienia wykonywanego w okresie pierwszym (od lipca do listopada 2016 roku) jest ceną znacznie przewyższającą swoją wysokością ceny ofert pozostałych wykonawców, zaś cena za część zamówienia za pozostałe 24 miesiące zamówienia jest ceną niską w stosunku do pozostałych ofert przy założeniu, że przedmiotowy zakres prac w obu okresach jest tożsamy.

Podkreślić należy, że mimo, iż Zamawiający w kryterium cena oceniał łączne wynagrodzenie za usługi w całym okresie objętym umową, to jednak usługi te są usługami odrębnie zlecanymi i rozliczonymi w dwóch wyodrębnionych okresach (6 miesięcy i 24 miesiące). Mając na uwadze właśnie odrębny charakter wypłaty wynagrodzenia za wykonanie usług za niezasadne należy ocenić stanowisko Przystępującego, który w toku rozprawy stwierdził, że skoro Zamawiający nie wskazał w SIWZ na konieczność zachowania jakichkolwiek proporcji (parytetów) pomiędzy cenami za usługi w dwóch okresach. Zdaniem Izby nie oznacza to, że w tym zakresie wykonawca miał pełną swobodę w kształtowaniu cen usług. Przystępujący nie wykazał, że nakłady do poniesienia w pierwszym okresie są tak znaczące, że uzasadnia to taką dysproporcję między cenami jednostkowymi w poszczególnych okresach za te same prace. Przystępujący co prawda przedstawił dokumentację fotograficzną, ale ze złożonego materiału nie wynika w jakich miejscach został on wykonany, czy dotyczy obszaru objętego zamówieniem. Na podstawie załączonej dokumentacji fotograficznej nie sposób ustalić także w jakim okresie została ona wykonana. Przystępujący odwoływał się do swojego doświadczenia zawodowego i znajomości terenów objętych przedmiotem zamówienia, nic nie stało na przeszkodzie, aby Przystępujący przedstawił szczegółową specyfikację cenową prac do wykonania na terenach objętych zamówieniem, która świadczyłaby o konieczności poniesienia znaczących nakładów do rozpoczęcia usług utrzymaniowych. Być może teren objęty zamówieniem wymaga prac porządkowych, ale mało prawdopodobne wydaje się prace wymagały w niektórych przypadkach aż takich nakładów, które powodują, że wynagrodzenie za 6 miesięcy utrzymania jest dwukrotnie wyższe niż wynagrodzenie za pozostałe 24 miesiące świadczenia usług.

22

Działanie Przystępującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 5-17 uznk. Jednak działanie takie należy oceniać w świetle art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami za poszczególne okresy, będące podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części dotyczącej 24 miesięcy II okresu przenoszone są do innych pozycji wykonywanych w toku realizacji I okresu zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkutowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla Zamawiającego. Choć SIWZ nie zawierała w tym zakresie żadnych szczegółowych zapisów, to właśnie tę lukę zdaje się wykorzystał Przystępujący. Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla Zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Z dużym prawdopodobieństwem Zamawiający zapłaci za wykonanie prac z II okresu, już w pierwszych 6 miesiącach wykonywania zamówienia. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk. W danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III KKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. W konkluzji, w ocenie Izby, działanie wykonawcy Przystępującego polegające na „przerzucaniu” kosztów pomiędzy odrębnie rozliczonymi okresami wykonywania usługi spowoduje, że cena za część I jest wygórowana, a cena za część II jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim Zamawiającego. Takie zachowanie można uznać za próbę obejścia wprowadzonego do zapisów SIWZ przez Zamawiającego zakazu zaliczkowania. Choć zaliczka, jak słusznie stwierdził Przystępujący, charakteryzuje się otrzymaniem wypłaty przed rozpoczęciem świadczenia, to właśnie w ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca otrzymałby część wynagrodzenia za okres II, już w pierwszych miesiącach realizacji świadczenia.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę i odnosząc je do stanu faktycznego w analizowanej sprawie, należy stwierdzić, że całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ

23

zasad wynagradzania musiała prowadzić do wniosku, iż nie było dopuszczalne manipulowanie cenami w taki sposób, że część ceny za 24 miesiące została podana w sposób nieuzasadniony na poziomie niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów, a część znacząco zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem takiej operacji jest zamierzona optymalizacja, sprowadzająca się do zamysłu otrzymania wyższego wynagrodzenia w pierwszych 6 miesiącach realizacji umowy.

Izba uwzględniając powyższy zarzut nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Przystępujący po wykonaniu I okresu zamówienia może odstąpić od umowy po wypłacie pierwszej części wynagrodzenia ryczałtowego. Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów. Przystępujący wykonywał już i wykonuje zamówienia na rzecz Zamawiającego i taka sytuacja do tej pory nie miała miejsca. Jest to zatem wskazywanie na okoliczność czysto abstrakcyjną i miało prawdopodobną.

Izba nie podzieliła także zarzutów, że w przypadku oferty Przystępującego mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, co prowadzi do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 6 ustawy Pzp. Przystępujący nie naruszył zapisów SIWZ o sposobie wyliczenia ceny a jedynie dokonał wyliczeń kalkulacji indywidualnej w sposób nie odpowiadający zasadom zasad współzycia społecznego i dobrych obyczajów. Z przepisu art. 84 Kodeksu cywilnego, zawierającego regulację dotyczącą błędu jako wady oświadczenia woli, wynika, iż można powoływać na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej

treści (błąd istotny). Błąd wynika zatem z subiektywnej oceny danego stanu faktycznego dokonanej przez tego, który się błędnie dopuścił. Przenosząc powyższe na grunt ustawy Pzp stwierdzić należy, że o błędzie w obliczeniu ceny można mówić wówczas, gdy błąd wynikał z niewłaściwej oceny stanu faktycznego dokonanej przez wykonawcę. Tymczasem z oceny materiałów przedmiotowej sprawy wynika,

że wycena poszczególnych pozycji formularza była świadomą decyzją Przystępującego, opartą o kalkulacje i uwarunkowania rynkowe. Odwołujący nie wykazał także, że w postępowaniu złożoną ofertę nieważną na podstawie innych przepisów. Nie wykazano także w jakim zakresie treść ofert Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut nr 7 odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający jasno i klarownie opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w ustalonym wyżej brzmieniu, także w zakresie w jakim na potwierdzenie ich spełnienia, wymagał złożenia wykazu wykonanych/wykonywanych usług z podaniem ich, przedmiotu, dat wykonania

24

i podmiotów, na rzecz, których usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w formie poświadczenia lub oświadczenia wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Przystępujący załączył do oferty Wykaz usług zawierający dwie pozycje, z opisem tytułów wykonywanych zadań, podaniem kwoty zamówień, wskazaniem na rzecz jakiego podmiotu prace były wykonywane i czasookresem ich wykonywania. Załączono także dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi wystawione przez jednostki organizacyjne Gminy Kraków, w tym samego Zamawiającego (czyli Zarząd Zieleni Miejskiej) oraz Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu.

W ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca w wystarczający sposób wykazał i potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu i posiada wymagane doświadczenie zawodowe. Złożona referencje zawierają informacje, które w wystarczający sposób identyfikują wykonaną usługę, zawiera nagłówek potwierdzający nazwę wystawcy referencji, a także szczegółowo opisany jest zakres przedmiotowy wykonywania usług, będący istotną informacją z punktu widzenia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego obie z przedstawionych referencji wskazują, że wykonawca Przystępujący w trakcie realizacji umów wykonywał także zadania związane z zakładaniem zieleni miejskiej. Z referencji wystawionych przez ZIKiT wynika, że zakres świadczenia obejmował obsadę pojemników betonowych z materiałem, czy zakładanie kwietników z wymianą gleby. prace takiego rodzaju niewątpliwie uznać należy za wpisujące się w pojęcie „zakładania zieleni miejskiej”. Także druga z referencji wymienia prace związane z daną częścią zakresu przedmiotowego warunku. W pojęciu utrzymania zieleni miejskiej niewątpliwie mieści się dokonywanie koniecznych nasadzeń. Warto także dodać, że wystawcą tego dokumentu jest sam Zamawiający, a więc doskonale znany był mu zakres wykonywania prac. Zamawiający dysponuje więc pełną wiedzą na temat zakresu zadań wykonywanych w ramach zawartych umów. Jednocześnie zauważyć należy, iż brak wezwania Przystępującego do wyjaśnień (które w ocenie składu orzekającego Izby nie były konieczne) nie stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Ostatecznie to Zamawiający sam sobie udzielił by odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień odnośnie zakresu przedmiotowego zadania ujętego w wykazie Przystępującego. Nakazanie takiego rodzaju wezwania do wyjaśnień byłoby przejawem czystego formalizmu.

Co do podnoszonego w odwołaniu braku wykazania przez Przystępującego arealu powierzchni, który był wymagany warunkiem, to zauważyć należy, iż obie referencje wskazują na jakim obszarze, w ujęciu dzielnicowym wykonywane były usługi. Wielkość terenu jest zatem możliwa do zweryfikowania zarówno przez samego Zamawiającego, jak też innych wykonawców. Niewymienienie, czy też nie wskazanie wprost wielkości

25

powierzchni nie powoduje, że referencje zawierają jakieś braki, czy niedopowiedzenia, które

winny zostać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnione.

Dostrzeżenia także wymaga, że referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie - potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Poświadczenie należytego wykonania usług, jako dokument potwierdzający należyłą realizację konkretnych usług, powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Przedłożone przez Przystępującego oświadczenia spełniają powyższe wymogi. Nie zawiera ono żadnych treści sprzecznych z treścią złożonego wykazu. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12), referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca.

Izba zważyła również, że Odwołujący nie podnosił żadnych okoliczności wskazujących, że informacje o usługach przedstawionych w wykazie są nieprawdziwe i nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby fakt, że Przystępujący złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie, które potwierdzają zakres rzeczowy, przedmiotowy ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymogami SIWZ.

Zarzut nr 8 został przez Odwołującego wycofany, Izba nie odnosiła się więc do jego zasadności.

Zarzut nr 9 nie zasługiwał na uwzględnienie

Choć Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził, że niewłaściwie dokonał wyliczenia, następnie sumowania wartości przy poprawie omyłek rachunkowych, to brak takiej korekty przeprowadzonej w sposób prawidłowy nie wpłynie w żaden sposób na wynik postępowania. Brak korekty wynagrodzenia oznacza dla Przystępującego otrzymanie mniejszego wynagrodzenia, sytuacja odwrotna zaś (a więc zwiększenie wynagrodzenia o 20 000 zł) nie wpłynie na pozycje poszczególnych ofert w rankingu wykonawców. Nawet po poprawieniu omyłki rachunkowej w sposób prawidłowy, oferta Przystępującego ponownie zajęłaby pierwsze miejsce w rankingu.

26

Zarzut nr 10 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zupełnie niezrozumiałym dla składu orzekającego Izby jest, dlaczego Odwołujący i Zamawiający z zapisów rozdziału 13.4 SIWZ wywodzą, że wykonawca w kryterium społecznym zatrudnienia na podstawie umowy o pracę mógł otrzymać punkty jedynie przy deklaracji zatrudnienia co najmniej 16 osób na pełnym etacie. Zamawiający (i za nim Odwołujący) czyni rozróżnienie, nie znajdujące potwierdzenia w zapisach SIWZ, że czym innym jest wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami oraz związana z tym możliwość łączenia funkcji, a czym innym ocena w społecznym kryterium oceny i porównania ofert. W ocenie Izby takie rozróżnienie nie wynika z żadnego z zapisów rozdziału 13, nie wynika także z odpowiedzi na pytanie nr 5. Treść tego zapytania wprost odnosi się do kryteriów oceny ofert, a w odpowiedzi Zamawiający powtarza zapisy o możliwości łączenia funkcji. Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający dopuścił łączenie funkcji na każdym etapie, także w zapisach SIWZ odnoszących się do pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zamawiający w rozdziale 13 nie poczynił żadnego ograniczenia, czy też podziału na spełnianie warunku i możliwość uzyskania dodatkowej punktacji. Zamawiający na tym samym poziomie potraktował możliwość łączenia funkcji we wszystkich etapach oceny ofert. Konieczności zadeklarowania zatrudnienia 16 osób nie można wywodzić z zapisu, że zaproponowanie mniejszej liczby pełnych etatów skutkować będzie przyznaniem 0 punktów. Przystępujący nie przewidział w ofercie mniejszej liczby pełnych etatów, przewidział pełne etaty z uwzględnieniem okoliczności, że dane funkcje na pełnych etatach można łączyć. Skoro więc jedna osoba może na jednym etacie pełnić kilka funkcji, to zapisy rozdziału 13 nie ograniczały minimalnej liczby osób zatrudnionych po stronie wykonawcy do 16. Oznacza to, że dopuszczalnym było złożenie oświadczenia o przyjęciu na siebie zobowiązania do zatrudnienia na postawie

umowy o pracę co najmniej 6 osób (5 etatów dla brygadzysty, ogrodnika i kierownika kontraktu + 1 etat dla osoby nadzorującej) i otrzymanie w kryterium społecznym maksymalnej liczby punktów. W takiej sytuacji stanowisko Odwołującego i popierającego go Zamawiającego nie zasługiwało na aprobatę.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów związanych z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że postępowanie prowadzone było w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

27

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

28