

WYROK
z dnia 10 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SITA Małopolska Sp. z o.o., M-Park Sp. z o.o., ul. Lwowska 135, 33-300 Nowy Sącz**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Nowy Sącz, Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz;**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AVR sp. z o.o. (LIDER), AVR S.p.A (Partner), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SITA Małopolska Sp. z o.o., M-Park Sp. z o.o., ul. Lwowska 135, 33-300 Nowy Sącz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SITA Małopolska Sp. z o.o., M-Park Sp. z o.o., ul. Lwowska 135, 33-300 Nowy Sącz** tytułem wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt 2841/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Nowy Sącz prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Utrzymanie terenów zielonych miejskiej Nowego Sącza”.

Odwołujący: Konsorcjum Firm: SITA Małopolska Sp. z o.o. Kraków, Oddział w Nowym Sączu (pełnomocnik wykonawców) i M-Park Sp. z o.o. w Nowym Sączu wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego, które polegały na: wyborze w dniu 12 grudnia 2012 r. oferty złożonej przez Konsorcjum, w skład którego wchodzi AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (zwanym dalej „Konsorcjum AVR”), przy jednoczesnym zaniechaniu: odrzucenia oferty Konsorcjum AVR - pomimo braku spełnienia przez Konsorcjum AVR warunku określonego w Rozdziale VI pkt 2.1 lit. a i b siwz, dotyczącego posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, co wynika z wyjaśnień i dokumentów, przedłożonych przez to Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dokonane w trybie art. 26 ust. 3, względnie zwrócenia się do Konsorcjum AVR w trybie art. 90 ust.

1 ustawy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej — w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia, zaś część wskazanych w ofercie Konsorcjum AVR cen jednostkowych, wpływających istotnie na cenę ofertową, nosi znamiona cen rażąco niskich, ora z zaniechaniu wezwania Konsorcjum „MAX-BUD” do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia, określonych w Rozdziale VI pkt 2.3. lit b SIWZ.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

I. naruszenie art. 91 ust. 1 w związku art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz ust. 4 ustaw — poprzez wybranie oferty Konsorcjum AVR, która winna podlegać odrzuceniu,

II. naruszenie art. 91 ust. 1 w związku art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy — poprzez przedwczesne wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum AVR, bez uprzedniego podjęcia czynności wyjaśniających w celu zweryfikowania, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a ponadto:

3

III. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz ust. 4 ustawy — poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum MAX-BUD do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, w sytuacji, gdy oferta złożona przez to Konsorcjum nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia, określonego w Rozdziale VI pkt 2.3. lit b SIWZ, co z kolei mogło doprowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum MAX-BUD.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum AVR,
2. odrzucenia oferty Konsorcjum AVR, względnie nakazanie zwrócenia się do Konsorcjum AVR w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wskazanych elementów oferty, mających istotny wpływ na wysokość ceny ofertowej,
3. w wezwania Konsorcjum MAX-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia, określonego w Rozdziale VI pkt 2.3. lit b SIWZ,
4. dokonania powtórnej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Konsorcjum A V R, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 7 grudnia 2012 r. przedłożyło skorygowane oświadczenie obejmujące „Wykaz wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat usług (...)”, złożone na wzorze, stanowiącym załącznik nr 21 do SIWZ. W treści tego oświadczenia (poz. 2 - wiersz 4, kolumna 4) Konsorcjum AVR wskazało, że „(...) roczna wartość utrzymania i pielęgnacji zieleni w ramach niniejszego kontraktu wykonanego przez AVR S.p.A. wynosi 424.687,50 euro netto + 20% VAT (obowiązujący we Włoszech) 2.073.307,38 złotych brutto. dokonało wyjaśnienia treści tej korekty, wskazując w szczególności „(...) można obliczyć, że przy miesięcznym rozliczaniu się za podmiotową usługę, kwota za roczne utrzymanie i pielęgnację zieleni (w okresie tylko objętym tabelą) wyniosła (...) 2.073.307,38 zł brutto (rocznie) i czyni tym samym zadość wymogom stawianym przez Zamawiającego.”. Z zacytowanej wypowiedzi wynika więc niezbicie, że wskazana powyżej każdoroczna wartość usługi zrealizowanej przez AVR S.p.A. została ustalona przez Konsorcjum AVR w sposób czysto hipotetyczny, poprzez uśrednienie globalnej wartości tej usługi w okresie trzydziestu dwóch miesięcy i nie jest wartością rzeczywistą, dotyczącą któregośkolwiek roku kalendarzowego z okresu wskazanego w tj. od 5.10.2004 r. do 3.02.2012 r., jak wymagał tego Zamawiający w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. a SIWZ.

4

Sytuację tą należy zatem uznać za spełnienie się hipotezy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Skorygowana treść tego oświadczenia, na wzorze stanowiącym załącznik nr 21 do

SIWZ, nadal nie umożliwia ustalenia, w którym roku „kalendarzowym” (jak wyraźnie zastrzegł to Zamawiający w przypadającym w o kresie „ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozp. Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów ...), Konsorcjum AVR osiągnęło wartość progową w kwocie min. 500.000 zł brutto rocznie. Wartość usług, wykonanych przez AVR S.p.A. w roku kalendarzowym, przypadającym w wymaganym okresie referencyjnym w zakresie „zarządzania terenami zieleni”, nie jest także możliwa do odtworzenia na podstawie dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum AVR, a w szczególności pisma Powiatu (Prowincji) Florencia z 7.01.2011 r., gdyż w zamieszczonej na str. 2 tego pisma pierwszej tabeli nie wskazano dokładnych dat rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych lat umownych, z których każdy obejmuje okres przypadający w dwóch kolejnych latach kalendarzowych, a ponadto nie wyodrębniono w niej usług „zarządzania terenami zieleni”. Z kolei druga tabela odwołuje się do nieustalonego okresu czasu.

Usługa wskazana przez Konsorcjum AVR w poz. 1 oświadczenia z 1.10.2010 r. (na wzorze, stanowiącym załącznik nr 21 do SIWZ), polegająca na utrzymaniu zieleni na terenie należącym do Krajowego Instytutu Fizyki Nuklearnej - Krajowego Laboratorium we Frascati, która - wedle wyraźnego oświadczenia Konsorcjum AVR złożonego w piśmie z 5.12.2012 r. - ma na celu wykazanie spełnienia warunku określonego w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. b SIWZ, warunku tego nie spełnia. Potwierdzeniem tego faktu jest zaś przedłożona przez Konsorcjum AVR specyfikacja dotycząca zakresu przedmiotowego ww. usługi, gdyż wynika z niej w sposób nie budzący wątpliwości, że usługa ta nie obejmowała czynności, polegających na wykonywaniu tzw. „małej architektury” (zdefiniowanej w art. 3 pkt 4 ustawy — Prawo budowlane), której wykonanie stanowi konieczny element wymogu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, określonego w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. b SIWZ. „Utrzymanie 40 kwietników” (pkt 2.4. Specyfikacji usługi świadczonej Krajowemu Instytutowi Fizyki Nuklearnej - Krajowemu Laboratorium we Frascati) z pewnością nie może być bowiem uznane za spełnienie wymogu „wykonania małej architektury”.

Przede wszystkim jednak obydwie usługi wskazane przez Konsorcjum AVR w oświadczeniu z 1.10.2010 r., dokonany na wzorze, stanowiącym załącznik nr 21 do SIWZ, nie spełniają warunku wskazanego w tytule tego wzoru: „WYKAZ (...) USŁUG. ODPOWIADAJĄCYCH SWOIM RODZAJEM (...) DOSTAWOM STANOWIĄCYM PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA”. którym z kolei jest (...) usługa bieżącej o utrzymaniu zieleni miejskiej” oraz „terenów miejskich” (Rozdział III pkt 1 i 2 SIWZ). Przez pojęcie „zieleni miejskiej” rozumie się bowiem powszechnie przestrzeń miejską, ze

5

znaczącym udziałem trwałej roślinności, ogólnodostępnej i użytkowanej pieszo, o zasięgu obsługi całej aglomeracji, powiązaną przestrzennie i funkcjonalnie z miejską strukturą urbanistyczną, stanowiącą element przestrzeni publicznej, pełniącą przede wszystkim funkcje estetyczne, rekreacyjne i zdrowotne. Wobec powyższego podstawowym, a zarazem koniecznym elementem „zieleni miejskiej” są rabaty kwiatowe, fantazyjne konstrukcje kwiatowe (np. w formie koszy, filizanek, dzbanów, zegarów, zwierząt, pitek itp.), kompozycje zieleni o charakterze parkowym oraz przestrzenie zielone połączone z obiektami małej architektury, takiej jak alejki z ławkami, czy place zabaw. Oznacza to w ięc, że usługi odpowiadające swo im rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia publicznego to wyłącznie takie usługi, których podstawowym (zasadniczym) elementem jest bieżące utrzymanie tak rozumianej przestrzeni „zieleni miejskiej”. Tymczasem żadna z usług, którymi legitymuje się Konsorcjum AVR, nie obejmuje tego rodzaju zadań, co jednoznacznie wynika z przedstawionych przez tego oferenta specyfikacji, określających zakres przedmiotowy usług świadczonych na rzecz Powiatu (Prowincji) Florencia oraz na rzecz Krajowego Instytutu Fizyki Nuklearnej - Krajowego Laboratorium we Frascati. Powyższa okoliczność stanowi więc samodzielną podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum AVR, gdyż Zamawiający wzywał już Konsorcjum AVR w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

II.

Zgodnie z treścią wzoru umowy oraz załączników do SIWZ, zakres zamówienia nie został określony przez Zamawiającego w sposób wiążący, a tym samym może on ulegać nawet daleko idącym zmianom. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 2 wzoru umowy, Zamawiający ma prawo dokonywania zmiany w planach określonych w załącznikach do SIWZ, a co za tym idzie — wynagrodzenie wykonawcy należne jest wyłącznie za usługę wykonaną faktycznie (§ 5 ust. 1 i ust. 4 wzoru umowy). W takiej sytuacji Zamawiający - zgodnie z ukształtowanym

orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (por.: wyrok KIO z 26.09.2012 r., sygn. KIO 1934/12; wyrok KIO z 9.10.2012 r., sygn. KIO 2031/12) - jest uprawniony i zobowiązany do kontroli w trybie art. 90 ustawy⁷ cen jednostkowych w ofercie, które ze względu na swoją rażąco niską wartość mogą istotnie wpłynąć nie tylko na cenę ofertową (w sposób powodujący eliminację wykonawców, którzy złożyli rzetelną kalkulację cenową), ale przede wszystkim na faktyczne wynagrodzenie wykonawcy. Celem tego przepisu jest bowiem przede wszystkim ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości oraz wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Zamawiający zaniechał skierowania do Konsorcjum AVR wystąpienia o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, dlaczego zaoferowane przez niego ceny usług wskazanych poniżej są na poziomie rażąco odbiegającym od cen wskazanych przez pozostałych oferentów, a

6

dotyczy to następujących usług: 1) „obsadzenie i pielęgnacja materiałem roślinnym rabat i (obsada letnia)” o powierzchni

2 079,43m² (załącznik nr 14 do SIWZ) 2) „obsadzenie pielęgnacja materiałem roślinnym rabat (obsada jesienna)” o powierzchni 497,2m² /sezon (załącznik nr 14 do SIWZ) 3) „obsadzenie i pielęgnacja pojemników, gazonów i ampli” o powierzchni 229,7m²/rok (załącznik nr 15 do SIWZ).

Zasadność wątpliwości co do zastosowania rażąco niskiej ceny ww. pozycji w ofercie Konsorcjum AVR potwierdza analiza tynkowa, dokonana przez Odwołującego, stanowiąca załącznik nr 7 do odwołania.

Zamawiający zaniechał też skierowania do Konsorcjum MAX-BUD wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia, określonego w Rozdziale VI pkt 2.3. lit b SIWZ oraz Rozdziale VII pkt 2 lit. e SIWZ. Powyższa czynność była zaś konieczna ze względu na fakt, że żaden z dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum MAX-BUD - tj. zarówno „Opinia bankowa” wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Nowym Sączu, Oddział Gródek n. Dunajcem z dnia 14 września 2012 r., jak i „Opinia oprowadzeniu rachunku bankowego” wystawiona przez Oddział Detaliczny w Nowym Sączu ING Banku Śląskiego S.A. z dnia 24 września 2012 r. — nie potwierdza spełnienia ww. warunku. Z powyższych „opinii” nie wynika bowiem w ogóle wysokość środków finansowych, posiadanych przez uczestników Konsorcjum MAX-BUD na wskazanych rachunkach bankowych, lecz zawierają one jedynie dane o obrotach, względnie o sumie wpływów w ujęciu całorocznym, co nie może być źródłem wiedzy o wysokości środków posiadanych aktualnie, tj. w dacie przypadającej w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składnia ofert (Rozdział VII pkt 2 lit. e SIWZ).

Ponadto, w „Opinii bankowej” Banku Spółdzielczego w Nowym Sączu znajduje się też informacja, że „Bank nasz posiada środki i może udzielić kredytu firmie „MAX-BUD” Dum a na Grzegorz w wysokości 300.000,- zł (słownie; trzysta tysięcy złotych 00/100). Firma posiada stosowną zdolność kredytową pod warunkiem ustanowienia przez Kredytobiorcę prawnego zabezpieczenia kredytu. Powyższa informacja nie dowodzi więc posiadania przez tego uczestnika Konsorcjum „MAX-BUD” wymaganej zdolności kredytowej, względnie dowodzi tego, że jego zdolność kredytowa nie była w ogóle weryfikowana. Zgodnie z art. 70 ust. 1 i 2 ustawy Prawo bankowe „1. Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty znikniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności. 2. Osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, o ile posiada zdolność prawną, które nie mają zdolności

7

kredytowej” bank może udzielić kredytu pod warunkiem: 1) ustanowienia szczególnego sposobu zabezpieczenia spłaty kredytu. 2) przedstawienia niezależnie od zabezpieczenia spłaty kredytu programu naprawy gospodarki podmiotu, którego realizacja zapewni - według oceny banku - uzyskanie zdolności kredytowej w określonym czasie.”

W toku rozprawy odwołujący podkreślił, że podstawowy zarzut to brak wymaganej wiedzy

i doświadczenie wybranego wykonawcy. Wskazał na wymóg zawarty w tytule tabeli - załącznik nr 21 do SIWZ (wykaz usług) podkreślając rodzaje usług i wymóg łącznego spełniania określonych rodzajów usług odnoszących się rodzajowo do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że przystępujący nie wykazał doświadczenia w zakresie utrzymania zieleni miejskiej na terenach zurbanizowanych. Złożył na poparcie argumentacji plik dokumentów i fotografii stwierdzając, że przystępujący posiada w istocie doświadczenie w zakresie rodzajowo odmiennym tj. utrzymanie zieleni przydrożnej.

Zamawiający wnioś o oddalenie odwołania. Potwierdził „za zgodność z oryginałem” korespondencję prowadzoną pomiędzy zamawiającym, a wystawcą referencji, których kopię złożył do akt odwoławczych. Wskazał na postanowienia SIWZ rozdział VI.2.1a i zauważył, że nie definiował zieleni jako miejskiej, a interpretacja odwołującego jest zbyt rozszerzająca. W ocenie zamawiającego przystępujący potwierdził wymagane doświadczenie w ofercie i złożonymi wyjaśnieniami na wezwanie. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał, że szacowana wartość zamówienia z uwzględnieniem zamówień uzupełniających została podana w ogłoszeniu, a cena oferty przystępującego nie pozostaje w dysproporcji do tej kwoty tj. kwoty jaką zamawiający może/zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ceny są przy tym porównywalne z drugą w kolejności ofertą. Wskazał także na przedmiot prac referencyjnych na rzecz Instytutu w Frascati w pkt 2.8 specyfikacji prac, które mogą być uznane za prace rekultywacyjne.

Przystępujący podtrzymuje stanowisko zawarte w złożonym piśmie procesowym. Wskazał także na treść warunku udziału w postępowaniu stanowiącego istotę sporu. Zauważył, że istnieją różne pojęcia rekultywacji. Podtrzymał stanowisko, że wykazał doświadczenie zarówno w zakresie określonym w pkt a), jak i b) rozdziału VI.2.1 SIWZ. To ostatnie potwierdza zakres realizacji na rzecz Instytutu Frascati pkt 2.8 specyfikacji. Stwierdził, że odpowiedź wystawcy referencji skierowana na pytanie zamawiającego, w której było sformułowanie „Nie potrzebowaliśmy usług rekultywacji terenu”, mogła być wynikiem niezrozumienia, wynikiem sformułowania określonej treści pytania, jak i być może została udzielana przez osobę nie do końca zorientowaną w sprawie lub inaczej rozumiejącą pojęcie rekultywacji. Wskazuje na zakres realizacji wykonywanej w długoletniej umowie na rzecz obwodu Florenckiego w konsorcjum z innymi podmiotami i wskazał, że prace utrzymania

zieleni były domeną AVR. Podzielił argumentację zamawiającego dotyczącą zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wybranej i drugiej w kolejności, których dotyczą zarzuty odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnik a, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności treść ofert, treść wyjaśnień i postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zważyła, co następuje.

Podstawowy zarzut odwołania dotyczy spełnienia przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdziale VI pkt 2.1 a lub b. Zamawiający wymagał, by wykonawcy wykazali wykonanie lub wykonywanie z należytą starannością: „a) co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni o wartości min. 500 000,00 zł brutto rocznie (czyli wykonanej lub wykonywanej w jednym roku kalendarzowym lub b) co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na wykonaniu ukształtowania i rekultywacji terenu wraz z zielenią i architekturą o wartości min. 500 000,00 zł brutto rocznie.”

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy składali dokument na formularzu stanowiącym załącznik nr 21 do SIWZ zatytułowanym „Wykaz wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom (winno być – *usługom, przyp. KIO*) stanowiącym przedmiot zamówienia (wymogi określa Rozdział VI pkt 2 ppkt 2.1 do specyfikacji)”. Skład orzekający wskazuje, że wymóg zacytowany w części tekstowej SIWZ i przywołany w formularzu wykazu nie zawiera określenia zieleni miejskiej lub analogiczna wskazywana dla przykładu przez odwołującego jako zieleń w terenie zurbanizowanym, co oznacza, że takiego wymogu specyfikacja nie zawiera. Argumentacja odwołującego w tym zakresie opiera się na określeniu „usługi odpowiadające przedmiotowi”. Istotnie okoliczność ta może budzić wątpliwości podobnie jak analogiczne sformułowanie w art. 22 ust. 4 ustawy o „związaniu z

przedmiotem zamówienia". Oczywiście obydwie sformułowania nie są ściśle i wymagają analizy w konkretnym stanie faktycznym konkretnego postępowania z uwzględnieniem rzeczywistego charakteru wykonywanych prac i tymże związaniu. W rozpoznawanej sprawie przystępujący wykazał, że jako uczestnik konsorcjum świadczącego usługi globalne w zakresie zarządzania i utrzymania sieci drogowej w prowincji Firenze (Florencja) w latach 2009 - 2012 (wcześniej od 2004 r.) wykonywał czynności w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, na którą to usługę

9

składają się głównie koszenie trawy, kontrola statyczności drzew, przycinanie drzew i krzewów, kontrola stanu fitosanitarnego nasadzeń i struktur podtrzymujących drzewa, sadzenie, eliminacja czynników patogennych o wartościach spełniających wymogi siwz. Rodzaj tych czynności w ocenie Izby zasadnie został uznany jako utrzymanie zieleni w rozumieniu siwz i związany z przedmiotem zamówienia. Należy w tym miejscu przypomnieć, że ewentualne niejasności w sformułowaniach siwz nie powinny niekorzystnie wpływać na sytuację wykonawcy. Powyższa uwaga dotyczy również drugiej wykazanej realizacji, w której spór dotyczył definiowania pojęcia rekultywacji, którą przystępujący wykazywał w pkt. 2.8 siwz zamówienia na rzecz Instytutu Nuklearnego w Frascati.

Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny stwierdza, że z przepisu art. 90 ustawy Pzp wynika, że ustawa przyjmuje zasadę, iż podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia. Relacja taka jest dla zamawiającego wskazówką, że cena może być rażąco niska. Stosownie do treści przepisu, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ceny zaoferowane przez wybranego wykonawcę oraz drugiego wykonawcy w cenowym rankingu ofert, w relacji do wartości przedmiotu zamówienia, były zbliżone i nie pozostawały między sobą w dysproporcji. Zamawiający nie ma zatem podstawy do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy, o co wnosił odwołujący w stosunku do dwóch konkurentów. Izba stoi na stanowisku, że ocena ceny ofertowej pod kątem ustalenia, czy jest ona rażąco niska odnosi się co do zasady, do ceny oferty, a nie jej poszczególnych składników cenotwórczych. Jednocześnie jednak należy wziąć pod uwagę elementy mające wpływ na wysokość ceny (vide art. 90 ust. 1 in fine ustawy), stąd zrozumiałe jest podnoszenie przez odwołującego zarzutów w odniesieniu do trzech pozycji kosztowych wybranych elementów. Brak natomiast dowodu, by te elementy (poz. 30, 31 i 32) stanowiły istotną wartość w cenie oferty. Niezasadny jest także zarzut niewykazania przez drugiego wykonawcę wymaganej zdolności kredytowej z uwagi na sformułowanie użyte w oświadczeniu banku o możliwości udzielenia kredytu pod warunkiem ustanowienia prawnego zabezpieczenia tego kredytu. Warunek zabezpieczenia kredytu nie niweczy poświadczenia o posiadaniu zdolności kredytowej i jest, jak wynika z doświadczenia, rutynowo wpisywany przez banki.

10

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji i oddalono odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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).

Przewodniczący:

11