

WYROK
z dnia 7 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Wieczorka Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, 41-933 Bytom, ul. Łokietka 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Siemianowice Śląskie, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Jana Pawła II 10** protestu z dnia **3 kwietnia 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **xxx** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie **xxx**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Jacka Wieczorka Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, 41-933 Bytom, ul. Łokietka 4 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jacka Wieczorka Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, 41-933 Bytom, ul. Łokietka 4,**

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jacka Wieczorka Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, 41-933 Bytom, ul. Łokietka 4.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi *prace pielęgnacyjne wraz z akcją zima na terenach zieleni w 5 rejonach miasta Siemianowice Śląskie* (numer referencyjny OŚ.ZM-341/1/09 ZP-340/6/09). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2009 r., 2009/S 16-022925.

Zamawiający w dniu 26 marca 2009 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych rejonach, złożonych przez Zakład Usług Komunalnych Halina Kotuła (Rejon I i IV), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. (Rejon II), Ogrodnictwo NIEWIARA Krzysztof Kowal (Rejon III i V).

W dniu 3 kwietnia 2009 r. do zamawiającego wniósł protest Jacek Wieczorek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek. Wykonawca nie zgodził się z wyborem dla rejonów I, III i IV ofert Zakładu Usług Komunalnych Halina Kotuła oraz Ogrodnictwo „Niewiara” Krzysztof Kowal, gdyż oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy, a zamawiający poprzez zaniechanie tej czynności naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy.

W odniesieniu do oferty Haliny Kotuły, protestujący uznał, iż wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny były lakoniczne, a tym samym wykonawca nie skorzystał z możliwości potwierdzenia rzetelności dokonanej wyceny usługi.

- Treść wyjaśnień, iż duża wydajność sprzętu pozwala na obniżenie kosztów pracy, jej ulepszenie i przyspieszenie, nie odnosi się merytorycznie do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w poszczególnych rejonach. Elementy te zostały wskazane w dodatkach 6a i 6d do siwz i są nimi poszczególne prace dla odpowiednich rejonów. W rejonie I elementów podlegających wycenie jest w sumie 198, w tym 90 (w sezonie I), 91 (w sezonie od 01.01.2010 do 31.12.2010) oraz 17 (w sezonie od 01.01.2011 do 31.03.2011). Wskazanie dobrego usprzętowania do wykaszania trawników lub ich wygrabiania odnosi się jedynie do ok. 10% ogółu prac, w pozostałym zakresie są to prace ogrodnicze wymagające pracy ludzkiej, a nie sprzętu. Nie można zatem tłumaczyć dysproporcji ceny zaoferowanej do wartości szacunkowej zamówienia tj., w rejonie I ceny 386.316,34 zł. brutto do kwoty szacunkowej 732.300,00 zł. netto oraz w rejonie IV ceny 350.498,00 zł. brutto do kwoty szacunkowej 641.400,00 zł. netto, zmechanizowaniem prac, co nie ma decydującego wpływu na wysokość oferty. Nawet uznając 10% skalę mechanizacji robót, nadal pozostaje niewyjaśniona 30 % różnica pomiędzy wyceną zamawiającego, a ofertą wykonawcy.

- Ponadto, protestujący podniósł, iż wyjaśnienia potwierdził, że kalkulacja elementów oferty nie koresponduje z ujętymi kosztami robocizny, jak również jest sprzeczna ze złożoną ofertą i niezgodna z siwz. Wykonawca zakładając zatrudnienie przy wykonywaniu prac uczniów szkół przyjął rozwiązanie organizacyjne, którego realna wartość nie jest pewna i znana, a zatem nie mogła być ustalona w wycenie ceny oferty. Zaprzecza to również oświadczeniu wykonawcy, iż dysponuje on osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Protestujący wskazał na fałszywe intencje udzielonych wyjaśnień, o czym świadczy oświadczenie wykonawcy złożone w formularzu ofertowym o wykonaniu zamówienia siłami własnymi. Skoro wykonawca nie ujawnił w ofercie podwykonawców, to powoływanie się na uczniów szkół w wyjaśnieniach jest niezgodne z deklaracją złożoną ofertę.

- Protestujący uznał również za nieprawdziwe oświadczenie, iż przedsiębiorca „zatrudni 12 osób do robót publicznych z pełną refundacją wszystkich poniesionych kosztów”. Umowy takie zawierane są na podstawie art. 57 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia, a z przepisu tego wynika, iż roboty publiczne nie mogą być organizowane przez osoby fizyczne nawet o przynależności przedsiębiorcy, a jedynie przez Gminę lub organizacje pozarządowe.

W ocenie protestującego, zamawiający dokonując oceny udzielonych wyjaśnień powinien odrzucić ofertę Haliny Kotuły, gdyż brak dowodów uniemożliwił dokonanie pozytywnej weryfikacji wyjaśnień. Z protokołu posiedzenia komisji z dnia 24.03.2009 r. nie wynika, by oferta tego wykonawcy była weryfikowana, czy też analizowana lub oceniana z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień. Zaniechanie czynności oceny złożonych wyjaśnień narusza zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 7 ust. 1 ustawy, a także

stanowi o braku dostępu do pełnej informacji w tym zakresie skutkuje naruszeniem art. 8 i 9 ustawy pzp.

W proteście wskazano na te elementy prac, które będą wykonywane po cenach niższych niż koszt ich wytworzenia:

- rejon I poz. 1 „wykoszenie trawników, zgrabienie i wywóz porostu (grabienie i wywóz porostu należy wykonać w ciągu 24 godzin, należy również usunąć rosnące samosiejki na powierzchniach trawiastych) – powierzchnia trawników 296996 m²”. Wycena wartości prac w kwocie 6.355,71 zł daje cenę jednostkową 0,02/m² zł. Zakres prac tej pozycji nie jest możliwy do wykonania za podaną cenę jednostkową. Żaden przedsiębiorca nie oferuje na rynku Górnego Śląska usług za taką cenę, dotyczy to także Haliny Kotuły, która w równoległym prowadzonym postępowaniu zaoferowała cenę 0,12 zł/m² za tą samą usługę, a w postępowaniu prowadzonym w Gminie Czeladź, cenę 0,10 zł/m². Różnicy w cenach nie można tłumaczyć inaczej jak nieuczciwą konkurencją cenową mającą na celu eliminowanie innych uczestników rynku.

- rejon I poz. 9 - 4-krotna pielęgnacja kwietników letnich i waz obsadzonych kwiatami letnimi na powierzchni 720 m² wraz z podlewaniem w miarę potrzeby, usuwaniem przekwitłych kwiatostanów i wywozem odpadów zaśmiecających. Wycena tych prac w cenie jednostkowej 0,80 zł/m², znacznie odbiega od wyceny analogicznego zakresu prac z pozycji pozycja 5, które wycenione zostały na kwotę pięciokrotnie większą, tj. 3 zł/m², chociaż prace będą wykonywane tylko jeden raz. Również w porównaniu z ceną pozycji nr 5 niewiarygodna jest wycena pozycji 13, czy 14, gdzie za 4-krotną pielęgnację bylin wraz z usunięciem przekwitłych kwiatostanów zakupem i rozsianiem nawozów chemicznych amofoski i dalej podlewaniem upraw i wywozem odpadów wykonawca oczekuje jedynie 0,30 zł/m².

- rejon I poz. 29, wycena nie uwzględnia nawet wartości materiału, tj. środka chemicznego i wody do dokonania 2-krotnego oprysku, nie mówiąc już o kosztach pracy ludzi i maszyn.

- rejon I poz. 35 i 39. protestujący kwestionował racjonalność wyceny obu pozycji, gdyż pomalowanie ławki kosztuje tylko 0,80 zł drożej niż jej umycie.

- rejon I poz. 59-84, mają taką samą cenę jednostkową, niezależnie od rodzaju i trudności prac (średnica pnia), co oznacza że ceny w ogóle nie były wyliczane, a zastosowana cena jest poniżej kosztów. Bezzasadne obniżenie cen przy przekroju drzew od 86 do 100 cm potwierdza, że doszło do zastosowania cen dumpingowych.

- rejon I poz. 85, 86 – pozycje transportowe obejmujące wywóz odpadów. W proteście wskazano na aktualne ceny utylizacji odpadów na legalnych składowiskach, wynoszące 100 zł. plus koszty utylizacji w zależności od wyceny wysypiska, na którym są składowane odpady. Ponieważ nie ma możliwości zwolnienia z tej opłaty, podana w ofercie

cena 35 zł/m³ jest nierealna. W cenie należało również wliczyć koszt załadunku oraz transportu.

Podobnie przedstawia się sytuacja w rejonie IV.

Protestujący zaznaczył, iż oferta z rażąco niską ceną wypełnia czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty Haliny Kotuły zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Wycena pozycji poniżej kosztów ich wytworzenia doprowadziła do ukształtowania ceny w sposób nieuczciwy. W ocenie protestującego każda cena poniżej racjonalnie uzasadnionych, przewidzianych w krótkim horyzoncie czasowym kosztów jest traktowana jako cena eliminująca konkurentów – rażąco niska.

Dodatkowo, protestujący wskazał na podstawę wykluczenia wykonawcy Halina Kotuły z postępowania, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy), tj. oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również oświadczenia o wykonaniu zamówienia własnymi siłami. Złożone wyjaśnienia wskazują, iż wykonawca dopiero zamierza zatrudnić osoby do wykonania zamówienia.

W odniesieniu do oferty Ogrodnictwo „Niewiara”, w proteście zakwestionowane zostały wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone na wezwanie zamawiającego w dniu 23 marca 2009 r. Protestujący podniósł, iż z treści wyjaśnień nie można uzyskać informacji o elementach mających wpływ na wysokość cen zaoferowanych dla rejonu III i V, znacznie odbiegających od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Wycena była dokonywana na arkuszach 6c i 6e do siwz, w których zamawiający nie oczekiwał i nie umożliwił wykonawcom dokonanie szczegółowej wyceny, która wskazywałaby np. na koszty pośrednie, efektywność sprzętu, cenę sprzętu, ceny paliw itd., a które to elementy zostały powołane w wyjaśnieniach wykonawcy. Skoro tych elementów w ofercie nie ma, to wyjaśnienia nie odnoszą się merytorycznie do treści oferty. Powołana okoliczność posiadania własnej bazy magazynowo-sprzętowej nie ma znaczenia dla wykonania usługi świadczonej na terenie zieleńców i parków zlokalizowanych w Gminie Siemianowice Śląskie. Argument ten nie tłumaczy niskiej ceny, sugeruje natomiast wyższe koszty z tytułu chociażby dojazdu do klienta. Protestujący poddał również wątpliwości, aby wieloletni skład pracowników o dużym doświadczeniu oznaczał obniżenie kosztów, gdyż pracownicy ci kosztują pracodawcę więcej niż pracownicy zatrudnieni dorywczo, sezonowo. Natomiast, powołanie się na wieloletnie doświadczenie budzi wątpliwości, z uwagi na zakres prowadzonej działalności, która nie potwierdza specjalizacji wskazanych w wyjaśnieniach. Wyjaśnienia wykonawcy nie są w ocenie protestującego wiarygodne, dowodzące że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę, co nie nastąpiło, a co potwierdza iż wyjaśnienia zostały przyjęte bez ich oceny. Uniemożliwia to

ustalenie co przekonało członków komisji o tym, że złożona oferta tańsza o 40 % od szacunków zamawiającego, nie jest ofertą rażąco niską. Protestujący wskazał na te elementy ofert, które zostały wycenione po cenach niższych niż koszty ich wytworzenia:

- rejon III poz. 12 – jednokrotne nawożenie kwietników letnich na pow. 71,5 m² w postaci roztworu: sporządzenie roztworu (zakup 360 l wody, 5 kg azofoski), wyceniona została na kwotę 11,48 zł, co odpowiada cenie 0,15 za m². Za wskazaną cenę nie jest możliwe zakupienie materiałów do wykonania usługi.

- rejon III poz. 76 – wykonawca podał cenę 70 zł/m³ za odpady komunalne wielkogabarytowe, tymczasem sam opłata marszałkowska związana z utylizacją tego typu odpadów na dzień dzisiejszy wynosi 100 zł plus koszty utylizacji w zależności od wyceny wysypiska.

- rejon III poz. 77 i 78 – cena 45 zł za 1 dzień pracy nie pokrywa wynagrodzenia jednego pracownika wraz z jego obligatoryjnym ubezpieczeniem. W wycenie tej pozycji należało również skalkulować materiały: piasek oraz koszty odpadów z wypróżnianych koszy czy zmiotek z oczyszczenia chodników. Powierzchnia 1 ha chodników nie jest możliwa do utrzymania przez 1 pracownika.

Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał za wystarczające odpowiedzi obu wykonawców. Zarówno same wyjaśnienia, jak i dowody na ich poparcie są elementami ocennymi, ale brak wyjaśnień stanowi obligatoryjną podstawę do odrzucenia oferty. Zamawiający wobec ogólnikowych wyjaśnień, czy wręcz odmowy ich udzielenia nie odrzucił ofert wykonawców. Prawidłowe zastosowanie procedur wpisanych w art. 90 ustawy pozwala na kontrolę cen, co ma chronić uczciwą konkurencję i pozbawić, bądź ograniczyć możliwość gospodarczego działania nieuczciwych przedsiębiorców. Na skutek wyżej opisanych czynności zamawiającego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 8 kwietnia 2009 r. (przekazując rozstrzygnięcie wykonawcy w dniu 9 kwietnia 2009 r. faksem), oddalając go w całości.

W uzasadnieniu stanowiska zamawiający wskazał, iż dokonując oceny wybranych ofert kierował się całkowitą ceną za przedmiot zamówienia, a nie cenami za poszczególne pozycje lub cenami jednostkowymi. Takie podejście znajduje potwierdzenie w doktrynie oraz orzecznictwie. Zdaniem zamawiającego, Halina Kotuła w wyjaśnieniach wskazała wystarczające, obiektywne czynniki mające wpływ na cenę ostateczną i uzasadniające możliwość realizacji całości zamówienia, odnoszą się one bowiem do metod wykonania zamówienia i rozwiązań technicznych, tj. usprzętowania oraz okoliczności prowadzących do obniżenia kosztów robocizny. Nie znajduje zatem potwierdzenia zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, skoro wykonawca wskazał na obiektywne czynniki, jakie mogli

również uwzględniać pozostali wykonawcy. W ocenie zamawiającego, dopuszczalne jest zaniżenie ceny jednostkowej, a ryzyko gospodarcze ponosi wykonawca, który nie ma obowiązku stosować „cen zwyczajowo oferowanych”, o których mowa w proteście. Zamawiający powołał się również na kosztorys ofertowy protestującego, który zawiera wycenę poszczególnych pozycji na bardzo niskim poziomie, w porównaniu do ceny uwzględnionej w ofercie Haliny Kotuły, tj: rejon I okres od 01.04.2009-31.12.2009 – poz. 10, 12, 15, 20, 24, 30-34, 39, 40, 51, 56, 57. Powołując się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów, zamawiający podkreślił, iż nie ma on obowiązku analizowania każdej pozycji kosztorysu ofertowego.

Odnosząc się natomiast do zarzuconej sprzeczności wyjaśnień z treścią oświadczeń wykonawcy Halina Kotuła o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i wykonaniu zamówienia siłami własnymi, zamawiający wskazał na treść siwz, w której w części VI określono warunek dotyczący dysponowania osobami. Treść warunku stanowiła, iż wykonawcy muszą dysponować osobą pełniącą funkcję kierownika prac o odpowiednim wykształceniu lub kwalifikacjach. W odniesieniu do tej osoby wykonawcy składali oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 i nie było podstaw jego odniesienia do każdego z pracowników wykonawcy. Ponadto, mając na uwadze brak konsekwencji ustawowych za nie podanie pełnej informacji o udziale podwykonawców, uniemożliwia to wywiedzenie wniosku, że treść oferty nie wskazująca wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji zamówienia, nie odpowiada treści siwz. Stanowisko to znajduje pełne uzasadnienie w przepisie art. 36 ust. 5 ustawy, zgodnie z którym wykonawca ma pełną swobodę w określeniu sposobu realizacji zamówienia i powierzeniu go w całości lub części podwykonawcom, bez względu na podanie tego faktu w treści oferty. Swoboda wykonawcy została ograniczona jedynie w sytuacji, gdy zamawiający zastrzeże w siwz, że całość lub część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Zamawiający nie wprowadził takiego zastrzeżenia do siwz, zatem dopuścił udział podwykonawców w pełnym zakresie i to bez względu na podanie tej informacji w treści oferty.

Podobnie, w ocenie zamawiającego wykonawca Krzysztof Kowal Ogrodnictwo NIEWIARA wskazał w wyjaśnieniach wystarczające obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę ostateczną i uzasadniające możliwość realizacji całości zamówienia, gdyż odnoszą się one do metod wykonania zamówienia, rozwiązań technicznych i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. Złożona oferta nie stanowi zatem czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich sprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu wyeliminowania innych przedsiębiorców. Zamawiający zaznaczył, iż w siwz nie zastrzeżono obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, zatem dozwolone są

wszelkie zgodne z prawem sposoby naboru kadry – umowy zlecenia, zatrudnienia osób korzystających ze świadczeń emerytalnych. Dlatego też nie jest zasadne podnoszenie zarzutu, że cena jest rażąco niska powołując się na takie czynniki jak płaca minimalna lub wskaźnik jej wzrostu. Stąd podnoszona kwestia wynagrodzenia oraz obowiązkowych ubezpieczeń jednego pracownika jest bezzasadna.

Niezależnie od powyższego zamawiający stwierdził, że zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do rejonu V, który nie był objęty ofertą protestującego jest bezzasadny. Ponadto protestujący nie miał interesu prawnego we wnoszeniu środka ochrony prawnej w zakresie rejonu III, gdyż jego oferta nie ma możliwości być uznana za najkorzystniejszą, będąc czwartą w kolejności pod względem ceny.

Wobec decyzji Zamawiającego wykonawca wniósł w dniu 17 kwietnia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście, zaniechania odrzucenia oferty Haliny Kotuły oraz wykluczenia tego wykonawcy, zaniechania odrzucenia oferty Krzysztofa Kowala, zaniechania oceny czy oferty zawierały rażąco niską cenę poprzez ich weryfikację na podstawie udzielonych wyjaśnień, nie dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy pzp, zaniechaniu równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i odrzucenia ofert wybranych wykonawców i wykluczenia Haliny Kotuły z postępowania oraz dokonania wyboru oferty odwołującego się.

W odwołaniu wykonawca odniósł się do stanowiska zamawiającego stwierdzając, iż zarzut rażąco niskiej ceny w ofertach podniesiony w proteście, dotyczy ceny całkowitej za realizację przedmiotu zamówienia. Ponadto, treść wyjaśnień udzielonych przez Halinę Kotułę wskazuje na odnowę ich udzielenia zgodnie z wezwaniem zamawiającego, a zamawiający w sposób nieuprawniony uznał za wystarczającą odpowiedź tego wykonawcy. Pomimo, iż w proteście szczegółowo wykazano dlaczego wyjaśnienia są niewystarczające i nierealne, zamawiający ograniczył się wyłącznie do lakonicznych stwierdzeń bez odniesienia się do argumentacji. Odnośnie oświadczeń Haliny Kotuły w odwołaniu powołano tą samą argumentację, jaka została zawarta w proteście, a także stwierdzono wiążący charakter oświadczenia o wykonaniu zamówienia siłami własnymi, skoro zamawiający żądał złożenia stosownej deklaracji wykonawcy. Halina Kotuła złożyła nieprawdziwą informację, iż zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi, gdyż w wyjaśnieniach wskazała na zamiar nawiązania współpracy z Technikum Architektury Krajobrazu w Wojkowicach oraz planowanych zatrudnieniach pracowników interwencyjnych i osób do robót publicznych. Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie są treścią oferty, a zatem nie będzie możliwe dokonanie zmiany po zawarciu umowy przez wskazanie podwykonawców.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W pierwszej kolejności koniecznym było ustalenie wykazania przez odwołującego spełnienia przesłanki materialnoprawnej dla wniesienia środków ochrony prawnej, tj. naruszenia lub możliwości naruszenia interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy mogli składać oferty na poszczególne części zamówienia, tj. wykonanie prac w rejonach od I do V (pkt XVIII siwz). Odwołujący złożył ofertę na rejony: I, II, III i IV, z czego w rejonach I, II i IV, złożono tylko dwie oferty. W rejonie III oferta odwołującego pod względem ceny była najdroższa spośród pozostałych złożonych na ten rejon ofert. Zgodnie z informacją zamieszczoną w protokole postępowania na druku ZP-17 wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty dla rejonu III spełniali warunku udziału w postępowaniu, a ich oferty podlegały punktacji. Oferta odwołującego uzyskała w rejonie III najniższą punktację (57,33 pkt). Odwołujący wniósł protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w rejonach I, III i IV. Natomiast w odwołaniu w uzasadnieniu zarzutów dotyczących oferty Krzysztofa Kowala Ogrodnictwo „Niewiara”, odwołujący odniósł swoją argumentację również do oferty tego wykonawcy złożonej na rejon V.

W związku z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ocenę interesu prawnego wykonawcy należało odnieść wyłącznie do czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w rejonach I, III i IV, gdyż w zakresie wyboru oferty w rejonie V odwołanie nie zostało poprzedzone protestem i w tym zakresie nie podlegało rozpoznaniu.

Skład orzekający stwierdził, iż odwołujący wykazał naruszenie przez zamawiającego interesu prawnego na skutek wyboru ofert najkorzystniejszych dla rejonów I i IV, tj. oferty złożonej przez Halinę Kotułę Zakład Usług Komunalnych. Izba nie uznała wykazania naruszenia interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej dla rejonu III. Nawet w przypadku potwierdzenia słuszności postawionych zarzutów względem dwóch pierwszych ofert złożonych na rejon III, nadal ważną w postępowaniu pozostawałaby oferta trzeciego w kolejności pod względem ceny, tj. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowo – Produkcyjne „BILPOL” Kużaj Beata, Bil Józef Sp. Jawna. Na tej podstawie Izba oddaliła zarzuty podnoszone względem oferty Ogrodnictwo „Niewiara” Krzysztof Kowal, bez merytorycznego odniesienia się do zarzutów.

Zakres rozstrzygnięcia przez KIO w zakresie zarzutów merytorycznych sprowadza się zatem do ustalenia, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza w rejonach I i IV zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy wykonawca Halina Kotuła

podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z treścią oświadczeń złożonych wraz z ofertą.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Haliny Kotuły, jako oferty z rażąco niską ceną, Izba ustaliła, iż wykonawca zaoferował cenę za świadczenie usługi w rejonie I na kwotę brutto 386 316,34 zł. (netto 357 837,40 zł), a w rejonie IV na kwotę brutto 350 498,04 zł. (netto 324 385,76 zł.). Odwołujący argumentował zasadność podniesionego zarzutu różnicą, jaka występuje pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia, wynoszącą odpowiednio dla rejonu I – 732 300,00 zł netto oraz dla rejonu IV – 641 400,00 zł. netto. Na podstawie protokołu postępowania – ZP – 1, ustalono, iż wskazane przez odwołującego kwoty szacunkowe zawierają w sobie wartość zamówienia podstawowego oraz zamówienia uzupełniającego, skalkulowanego na poziomie 50 % zamówienia podstawowego. Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego ustalona przez zamawiającego dla rejonu I wynosi 488 200,00 netto plus wartość szacunkowa zamówienia uzupełniającego 244 100,00 zł. (razem 732 300,00 zł. netto). Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego dla rejonu III wynosi 318 000,00 zł. plus wartość szacunkowa zamówienia uzupełniającego 159 000,00 zł. netto (razem 477 000,00 zł. netto). Tym samym, rzeczywista rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a ceną oferty wybranej nie wynosi, jak wskazywał odwołujący 40 %. Ponieważ Halina Kotuła w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie powoływała się na żadne okoliczności związane z jej uprzywilejowaniem pod względem podatkowym, jak również nie kwestionowano prawidłowości zastosowanych stawek podatkowych, w celu łatwiejszego zobrazowania relacji ceny do wartości szacunkowej skład orzekający posłużył się wartościami netto. I tak, w rejonie I różnica pomiędzy ceną oferty, a wartością szacunkową wynosi około 27 %, a w rejonie IV - cena oferty jest wyższa od wartości szacunkowej podanej przez zamawiającego.

Zamawiający mając wątpliwość co do kalkulacji ceny oferty złożonej przez Halinę Kotułę, zwrócił się do wykonawcy, pismem z dnia 19 marca 2009 roku o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w odniesieniu do rejonu I, rejonu III, rejonu IV i rejonu V. W odpowiedzi, wykonawca przedstawił zamawiającemu w dniu 24 marca 2009 r. na piśmie wyjaśnienia, w których odniósł się do ceny całkowitej. Jako okoliczność umożliwiającą obniżenie kosztów wykonawca wskazał na zmechanizowanie i usprzętowanie, które pozwalają na obniżenie kosztów pracy ludzkiej, jej ulepszenie i przyspieszenie. Ponadto, wykonawca wskazał na strukturę pracowników planowanych przez niego do zatrudnienia, pozwalającą na uzyskanie refundacji części wynagrodzenia (pracownicy interwencyjni o wykształceniu ogrodniczym) oraz pełnej

refundacji wszystkich poniesionych kosztów (osoby zatrudniane przy robotach publicznych), a także uczniów Technikum Architektury Krajobrazu w Wojkowicach.

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienie Haliny Kotuły potwierdziły możliwość obniżenia kosztów pracowniczy, czy to na skutek zatrudnienia uczniów szkół, czy też pracowników interwencyjnych, które to rozwiązania nie są zabronione przez przepisy powszechnie obowiązujące, w szczególności rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 7 stycznia 2009 r. w sprawie organizowania prac interwencyjnych i robót publicznych oraz jednorazowej refundacji kosztów z tytułu opłaconych składek na ubezpieczenie społeczne (Dz. U. Nr 5, poz. 25). Udział kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników ma znaczny wpływ na kalkulację kosztów świadczenia tego typu usługi, jak objęta przedmiotowym zamówieniem. Krajowa Izba Odwoławcza uznał, iż wykonawca udzielił wyjaśnień, w których wskazał na obiektywne czynniki, które w części uznał sam odwołujący, przyznając między innymi zasadność obniżenia ceny oferty rządu 10 % na skutek zmechanizowania części prac. W ocenie składu orzekającego brak jest podstaw do uznania ww wyjaśnień i planów wykonawcy za niewiarygodne. Odwołujący nie przedstawił dowodów, z których wynikałoby że zaoferowana przez Halinę Kotułę cena dla rejonów I i IV jest rażąco niska. Dowodem tym w szczególności nie jest przedstawiona przez odwołującego kalkulacja wybranych pozycji będących elementem składowym przedmiotu zamówienia. Punktem wyjścia dla oceny oferty jest cena całkowita zamówienia, a nie poszczególne jej składniki, co wielokrotnie było podkreślane w orzecznictwie i doktrynie. Tym samym nie znalazł potwierdzenia również zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez kalkulację ceny poniżej kosztów wytworzenia, czy też świadczenia usługi.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanki uzasadniającej żądanie wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący wywodził zarzut złożenia nieprawdziwych oświadczeń w ofercie dotyczących udziału podwykonawców oraz deklaracji wykonania zamówienia własnymi siłami, z informacji wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 24 marca 2009 roku. i dotyczących osób, planowanych przez wykonawcę do zatrudnienia. W ocenie odwołującego, wykonawca był zobowiązany wykazać te osoby w wykazie osób oraz wykazać ich udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza nie potwierdziła zasadności twierdzeń odwołującego. Zgodnie z warunkiem określonym w siwz w pkt V ppkt 2.2. w odniesieniu do rejonu I, II, III IV i V zamawiający wymagał dysponowania co najmniej 1 osobą na stanowisko Kierownika prac w rejonie. W wykazie, o którym mowa w pkt VI pkt 1.8 siwz (tabela), wykonawcy byli zobowiązani wskazać co najmniej osoby na stanowisko Kierownika prac w rejonie. W taki

sposób zapis siwz rozumiał sam odwołujący, który we własnym wykazie wskazał wyłącznie osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w charakterze Kierownika prac w rejonach. Nie znajduje zatem potwierdzenia w zapisach siwz stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu, że wykonawcy powinni wykazywać wszystkie osoby, jakie będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Nie należy utożsamiać osób zatrudnianych przez wykonawców na potrzeby tego zamówienia, z podwykonawcami. Podwykonawstwo sprowadza się bowiem do wykonania zamówienia publicznego z udziałem podmiotów zewnętrznych, tj. nie będących wykonawcami w rozumieniu ustawy pzp. W ocenie składu orzekającego nie jest dopuszczalne traktowanie udziału osób zatrudnianych przez wykonawcę do wykonania konkretnego zamówienia, w kategorii podwykonawstwa. Tym samym nie znalazło uznania w ocenie składu stanowisko, iż Halina Kotuła złożyła nieprawdziwe oświadczenie, o tym iż zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi. Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy, zamierza on zatrudnić uczniów szkół oraz pracowników o wykształceniu ogrodniczym. Nie może być zatem mowy o udziale tych osób w realizacji zamówienia, jako niezależne podmioty działające na własny rachunek.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*