

WYROK
z dnia 5 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 24 i 30 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **J..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J..... W..... Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych”, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Ruda Śląska, plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska,**

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J..... W..... Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych”, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

A. I. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wykonawca J..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J..... W..... Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych” z siedzibą w Bytomiu - wniósł odwołanie od, niezgodnych w jego ocenie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, czynności

i zaniechania zamawiającego - Miasto Ruda Śląska - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. „Utrzymanie zieleni na terenie Miasta Ruda Śląska - 5 zadań” (znak sprawy: AP.271.112014).

Odwołanie dotyczy zadania I: „Utrzymanie parków, zieleńców i miejskich terenów zieleni w dzielnicach Ruda, Godula, Orzegów i Chebzie.”

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2014 r. po numerem 2014/S 028-045064.

III. Odwołujący przedstawił w odwołaniu zarzuty - naruszenie przepisów Pzp, aktów wykonawczych do Pzp i innych przepisów prawnych:

1) art. 26 ust. 3 w zw. art. 26 ust. 2b w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego w skrócie „rozporządzeniem”,

- przez zaniechanie wezwania wykonawcy „JOKER” K....., L....., M..... spółka jawna z siedzibą w Zabrze, zwanego w skrócie „JOKER”, do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów, mimo że załączony do oferty dokument wystawiony przez G..... O..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Usługowo-Handlowa YESEMIN G..... O.....”, zwanego w skrócie „FUH YESEMIN”, nie spełnia wymogów określonych w rozporządzeniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”, a tym samym nie potwierdza spełniania przez wykonawcę JOKER warunków

udziału w postępowaniu, a w przypadku nie uzupełnienia lub uzupełnienia nieprawidłowego dokumentu,

- przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy JOKER z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4;

- 2) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie wezwania wykonawcy JOKER, do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo że cena oferty brutto tego wykonawcy w sposób znaczący odbiega od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JOKER, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej w skrócie „uznk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JOKER, mimo że jej złożenie stanowi w tym stanie faktycznym czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

IV. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wezwania wykonawcy JOKER do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a w przypadku nie uzupełnienia lub uzupełnienia nieprawidłowego - wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 4) wezwania wykonawcy JOKER do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;
- 5) odrzucenia oferty wykonawcy JOKER;
- 6) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

V. Odwołujący wskazał okoliczności faktyczne i podstawy prawne świadczące o zachowaniu terminów i wymogów formalnych stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

VI. Odwołujący wskazał również okoliczności świadczące o spełnieniu przesłanek - interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

I. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

1. Stosownie do postanowień rozdziału XII pkt 4.1 SIWZ, który jest tożsamy z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków opisanych w pkt 2.2 do 2.4 rozdziału SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych powyżej w pkt 4 (zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp), zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

2. Wykonawca JOKER powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - FUH YESEMIN w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj. frezarką do pni. Do oferty wykonawcy JOKER zostało dołączone zobowiązanie do udostępnienia zasobów podpisane przez Grzegorza Owczarczyka. Jednak w świetle określonych w SIWZ wymagań, zgodnych z zakresem żądań dopuszczonych w rozporządzeniu, treść dokumentu jest zbyt ogólna i niewystarczająca, co oznacza, że wykonawca JOKER nie udowodnił, iż będzie dysponował sprzętem FUH YESEMIN w postaci frezarki do pni.

a. W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że dokument nie określa dokładnie zadania, do wykonywania, którego będzie wykorzystywana frezarka. Wykonawca JOKER złożył ofertę na dwa zadania - zadanie I i V. Zobowiązanie FUH YESEMIN stanowi jedynie, że frezarka zostanie udostępniona na czas trwania zadania „Utrzymanie zieleni na terenie Miasta Ruda Śląska”. Nie jest to jednak zadanie, a nazwa postępowania. Zamawiający wymagał oświadczenia precyzyjnego, które wykaże realność udostępnionych zasobów. Tymczasem, ogólne wskazanie nazwy postępowania jest oświadczeniem, które w istocie nie niesie ze sobą żadnej treści i jego ogólność nie pozwala na uznanie, że w zobowiązaniu wskazano wymagane przez zamawiającego informacje.

b. Zobowiązanie FUH YESEMIN nie wskazuje charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę JOKER z podmiotem trzecim FUH YESEMIN. Sformułowanie „zobowiązuje się do oddania do dyspozycji” w żaden sposób nie wyjaśnia, jaki stosunek będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Tym samym, zamawiający nie miał możliwości oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

c. Analiza dokumentu nie pozwala na jednoznaczne określenie, czy podmiot udostępniający zasoby - FUH YESEMIN będzie brał udział w realizacji zamówienia.

- Wyjaśnienie przedstawionej wątpliwości jest istotne w świetle postanowień dokumentacji przetargowej, tj. rozdziału XII pkt 5 SIWZ, zgodnie z którym „jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, a opisanych w pkt 2.2 do 2.4. niniejszego rozdziału SIWZ (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych powyżej w pkt 4 (zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy), a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymagane jest przedłożenie w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w pkt 1 (pkt 1.1. do 1.7.) niniejszego rozdziału SIWZ.”

- Jeśli FUH YESEMIN będzie brał udział w realizacji zamówienia, konieczne jest przedłożenie przez ten podmiot dokumentów w postaci: oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 Pzp.

- Udział w realizacji zamówienia może zakładać podwykonawstwo, co z kolei oznacza, że wykonawca JOKER byłby zobowiązany do wypełnienia tabeli w Formularzu ofertowym.

- Brak możliwości weryfikacji tych informacji nie pozwala na stwierdzenie, że do oferty wykonawcy JOKER zostały załączone wszystkie dokumenty, jakie były wymagane w dokumentacji przetargowej.

3. Wadliwość oświadczenia o oddaniu do dyspozycji wykonawcy JOKER niezbędnych zasobów podmiotu FUH YESEMIN, oznacza, że wykonawca nie udowodnił realności udostępnienia potencjału, na który się powołuje, a tym samym - nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami SIWZ.

4. Odwołujący powołał się na opinię UZP (www.uzp.gov.pl) oraz wyroki KIO: z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. KIO 1288/10 i z dnia 18 maja 2010 r., sygn. KIO 786/10, w sprawie dysponowania wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobami.

II. Zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że zawiera rażąco niską cenę.

1. Odwołujący podniósł, że zaniechanie zamawiającego wezwania wykonawcy JOKER do wyjaśnień zaoferowanej ceny, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp. Zaniedbanie obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które powinny budzić wątpliwość zamawiającego, co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny, stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp, zobowiązującego zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób

zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

2. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się (obligatoryjnie) w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie, zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 Pzp, tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wreszcie, w świetle art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3. Zgodnie z dyspozycją art. 90 zamawiający musi zrealizować trzy obowiązki:

- a) wezwania do złożenia wyjaśnień;
- b) oceny złożonych wyjaśnień;
- c) odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 5 listopada 2009 r., KIO 1443/09 w sprawie stosowania przepisu art. 90 ust.1 Pzp.

5. Cena oferty wykonawcy JOKER stanowi ok. 59% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadania I. Z powyższego wynika, jak również z powyżej argumentacji, że zachodzą wątpliwości, co do realności zaoferowanej przez wykonawcę JOKER ceny, a zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 Pzp - czy oferta wykonawcy JOKER zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonanie przedmiotu zamówienia przy tym poziomie zaoferowanej ceny nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tego wykonawcę. Zamawiający przez zaniechanie wezwania wykonawcy JOKER do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, naruszył art. 90 ust. 1Pzp, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

6. Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 6 239 724,31 zł (na 5 zadań). Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadania I wynosi 1 985 432, 98 zł brutto. Wykonawca JOKER za realizację zadania I zaoferował cenę 1 180 704,14 zł. Jak już wskazano, cena ta w sposób znaczący odbiega od

„budżetu” zamawiającego - stanowi ok. 59 %. Złożenie oferty z tak niską ceną rodzi uzasadnione podejrzenia, że wykonawca JOKER nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia po zaoferowanej cenie, gdyż nawet będąc w stanie dokonać oszczędności kosztów dla pojedynczych elementów oferty - całościowa kwota, którą zamierza uzyskać jest niższa niż realny poziom kosztów (wraz z uwzględnieniem godziwego zysku) za realizację zamówienia.

7. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11.

8. O zaoferowaniu ceny rażąco niskiej świadczy nie tylko przyrównanie ceny do wartości szacunkowej zamówienia przewidzianej w budżecie przez zamawiającego. Istotne znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami usług i dostaw porównywalnych do przedmiotu zamówienia, występujących na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu. Takie, utrwalone w orzecznictwie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1377/12, KIO 1337/12.

9. Cena oferty wykonawcy JOKER odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, którzy swoje oferty oszacowali na poziomie ok 70% i wyższym w stosunku do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w zadaniu I. Różnica ceny całkowitej, jak również cen zaoferowanych za poszczególne pozycje formularza pomiędzy ceną wykonawcy JOKER, a cenami pozostałych wykonawców wskazuje wyraźnie na nierynkowość i nierzeczywistość zaoferowanej ceny. Taki poziom ceny wymagałaby zaistnienia szczególnych okoliczności pozwalających temu wykonawcy nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi, ale również zapewnienie pewnego poziomu zysku.

a. Istotnym jest stwierdzenie, że rynek zamówień publicznych w zakresie usług na utrzymanie zieleni na terenie Miasta Rudy Śląskiej jest rynkiem bardzo konkurencyjnym, na którym konkuruje wielu wykonawców, co odzwierciedla chociażby ilość złożonych ofert w postępowaniu. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmujące ten przedmiot zamówienia odbywają się co najmniej od 20 lat, co spowodowało upodobnienie i wyrównanie się cen oferowanych na tym rynku przez przedsiębiorców.

b. Zamawiający, jako podmiot, który prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia, zna ceny rynkowe i na tej podstawie ustala wartość szacunkową zamówienia, jak i kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia. W związku z tym, zaoferowanie ceny na poziomie ok. 59% „budżetu” zamawiającego rodzi istotne

i uzasadnione wątpliwości, co do rzetelności przeprowadzonych przez wykonawcę JOKER kalkulacji. Zamawiający nie wyjaśniając tej różnicy nie jest w stanie ustalić, jakie oszczędności i metody dostępne właśnie temu wykonawcy zagwarantowały zaoferowanie ceny na tym poziomie.

c. W tych okolicznościach, tak znaczący spadek ceny może oznaczać, że oferując cenę oferty na tym poziomie, wykonawca JOKER może naruszać inne powszechnie obowiązujące przepisy, np. w zakresie prawa pracy o najniższym wynagrodzeniu (znaczna część osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia jest zatrudniona przez wykonawcę JOKER na podstawie umowy o pracę), czy też, że wykonawca nie będzie w stanie pokryć kosztów zagospodarowania odpadów.

10. Cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów Pzp należy odnosić do ceny całkowitej (co też odwołujący powyżej uczynił), jednakże w celu przedstawienia pełnej argumentacji, wykazania nierealności zaoferowanych cen i uzasadnienia stanowiska odwołującego, należy odnieść się również do cen zaoferowanych dla poszczególnych pozycji w Formularzu oferty wykonawcy JOKER dla zadania I. W zakresie odniesienia pojęcia ceny rażąco niskiej do cen rynkowych odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 lipca 2013 r., KIO 1465/13, KIO 1466/13.

a. Odwołujący wskazał, że na cenę całkowitą oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia składają się ceny jednostkowe z Formularza cenowego, w których zostały określone dające się zweryfikować wartości za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówienia. Na podstawie tak zaoferowanych cen, wykonawca był zobowiązany do wyliczenia ceny całkowitej oferty brutto.

b. Analiza poszczególnych cen wykonawcy JOKER wskazuje, że ceny jednostkowe odbiegają od cen, które mają zastosowanie na rynku lokalnym. Ceny, które odbiegają od normalnych, standardowych cen na rynku to np.:

- cena z Formularza ofertowego pod pozycją IV. 14 jako „uzupełnianie sadzonek krzewów” - wykonawca JOKER zaoferował cenę za nasadzenie skradzionych, uszkodzonych lub uschniętych sadzonek krzewów liściastych lub iglastych (gatunki należy uzgodnić z zamawiającym) następująco. Materiał sadzeniowy zapewnia wykonawca na poziomie 1,00 zł. Za cenę 1,00 zł nie jest możliwy zakup sadzonki krzewu, a tym bardziej jej nasadzenie. Żadna szkółka w Polsce, a nawet na obszarze UE, nie oferuje takich cen, co oznacza, że wykonawca JOKER zaoferował cenę nierealną i nierynkową, a zamawiający zaniechał wyjaśnienia przedmiotowej sytuacji;

- cena w pozycji IV.23 Formularza ofertowego „Wymiana piasku w piaskownicach”, gdzie za wymianę 1 m³ piasku wraz z jego zakupem ustalono cenę na poziomie 22,00 zł. Biorąc pod uwagę, że cena ta obejmuje nie tylko zakup piasku, ale również jego zgodną

z przepisami prawa utylizację, nie jest możliwe wykonanie tej usługi za zaoferowaną przez wykonawcę JOKER cenę.

c. Część cen zastosowanych przez wykonawcę JOKER nie odpowiada racjonalnej i realistycznej wycenie. Dla przykładu można porównać ceny za prace sanitarne np. zmiatanie 1 m² alejki (poz. IV 3 Formularza ofertowego), które polega na pozamiataniu nawierzchni szczotką i wynosi 0,02 zł, a odchwaszczenie alejki, które polega na oczyszczeniu 1 m² alejki z darni, chwastów i jej pozamiataniu wyceniono na 0,01 zł. Powyższe obrazuje dysproporcję, której w żaden logiczny sposób nie można wyjaśnić. Większy nakład pracy, który należy wykonać przy odchwaszczaniu alejek wyceniono taniej niż zmiatanie.

11. Reasumując, odwołujący wskazał, że cena oferty wykonawcy JOKER jest ceną rażąco niską, bowiem jest to cena nierealistyczna i nierynkowa, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Powyższe wypełnia przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp uprawniające do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

III. Czyn nieuczciwej konkurencji.

1. W świetle przedstawionych uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie wykonawcy JOKER, odwołujący podniósł, że stanowczego podkreślenia wymaga, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uzbek czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uzbek czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

2. Odwołujący przywołał stanowisko doktryny dotyczące art. 3 ust. 1 uzbek: „Przepis art. 3 ust. 1 ZNKU określa ogólnie czyn nieuczciwej konkurencji. Definiuje jego pojęcie za pomocą terminów prawnych o charakterze ogólnym (sprzeczność z prawem) i przy użyciu terminu dobre obyczaje, mającego charakter tzw. zwrotu niedookreślonego (...). Norma zawarta w art. 3 ust. 1 odgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym i w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami (...). Przepis art. 3 ust. 1 w zw. z art. 1 ZNKU, określa przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Jest nim działanie lub zaniechanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym, ponieważ zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub

dobrymi obyczajami.” (Szwaja/Jasińska [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, Rok wydania: 2013, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 3).

3. Odwołujący zacytował opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r.: „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

4. W ocenie odwołującego, nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaoferowanie przez wykonawcę JOKER rażąco niskich cen za realizację przedmiotu zamówienia świadczy o tym, iż wykonawca ten kieruje się nieuczciwymi praktykami kupieckimi (sprzecznymi z dobrymi obyczajami) i zamierza sprzedawać towary/usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Potwierdzeniem tej tezy są okoliczności opisane w pkt II. 10 lit. b i c odwołania. Dodatkowo odwołujący wskazał na poz. IV. 14 Formularza oferty, gdzie za uzupełnienie jednego krzewu wykonawca JOKER zaoferował cenę 1, 00 zł, a za uzupełnienie sadzonki kwiatów (1 szt.) cenę 0,80 zł (w poz. IV 13 formularza oferty). Podał, że krzewy to rośliny wieloletnie i ich wyprodukowanie wymaga sporego nakładu pracy i czasu, co wprost przekłada się na cenę. Na rynku cena sadzonek krzewów zaczyna się od 15,00 zł. Kwiaty to rośliny z reguły jednoroczne o szybkim wzroście i niskiej cenie. Z analizy oferty wykonawcy JOKER wynika, że ceny tych różnych materiałów zostały praktycznie zrównane, co dowodzi, że w sposób sztuczny zaniżono cenę krzewu. Odwołujący dodał, że zarówno cena krzewu, jak i sadzonki kwiatu obejmuje również koszty nasadzenia. W tym zakresie również pomiędzy sposobem wykonania tej usługi występują różnice - w nakładach i w kosztach.

Korzystając z normatywów branżowych np. KNR (Katalog Nakładów Rzeczowych) - Katalogów 2-21 odwołujący wskazał czynności. Wsadzenie 100 szt. krzewów iglastych lub liściastych bez zaprawy dołków o przeciętnej średnicy dołka 0,5m to nakład 45,77 rh, co daje na jeden krzew 0,4577 rh. W przypadku kwiatów na nasadzenie 1 szt. w Katalogu 2-21 przewidziano 0,0267 rh. To zupełnie różny materiał, różne czynności technologiczne (wymagającego różnego nakładu pracy), stąd też powinna wystąpić różnica w cenie. Zrównanie tej ceny dowodzi też świadomego działania mającego na celu zaniżenie w sposób sztuczny wartości zamówienia.

5. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.:

a) wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07: „Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usługę poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców. Jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej”;

b) wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0- 3740/05.

6. Złożenie przez wykonawcę JOKER oferty, w której zaoferowano ceny dumpingowe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty tego wykonawcy także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

IV. Podsumowując, odwołujący wskazał, że przedstawiona wyżej argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

B. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ustosunkowując się do treści odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaprzeczył wszystkim wyraźnie nieprzyznanym twierdzeniom odwołującego i wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 3.600,00 złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwoty 256,59 złotych tytułem zwrotu kosztów przejazdu samochodem osobowym o pojemności pow. 900 cm³ na trasie Ruda Śląska -Warszawa -Ruda Śląska.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał.

Ad 1. Naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty powinny być składane.

Zgodnie z pkt 2.3.2. rozdziału XII SIWZ, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający żądał, aby każdy wykonawca ubiegający się o jego udzielenie wykazał dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) odpowiednim potencjałem technicznym, w tym, między innymi jedną frezarką do pni na każde zadanie. Wykonawca JOKER złożył ofertę na dwa zadania, zatem zobowiązany był wykazać dysponowanie dwoma frezarkami. Zgodnie z wymogami SIWZ, wykonawca ten przedłożył wraz z ofertą wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. W wykazie tym wskazał na dysponowanie dwoma frezarkami, podając przy tym, jako podstawę dysponowania jedną z nich własność, a drugą - potencjał innego podmiotu - pisemne zobowiązanie przedsiębiorcy G..... O....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa YESEMIN G..... O..... do udostępnienia tego potencjału. W oświadczeniu tym G..... O..... jednoznacznie zobowiązał się do oddania do dyspozycji firmie JOKER K....., L....., M..... Spółka jawna w Zabrze, ul. Wyciska 5a, na czas trwania zadania pod nazwą „Utrzymanie zieleni na terenie Miasta Ruda Śląska” (..) frezarki do pni Husqvarna 272 - 1 szt. Tak sporządzony wykaz oraz dołączony do niego dokument zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia potencjału technicznego, zdaniem zamawiającego, czyni zadość wymogom Pzp i potwierdza spełnianie przez wykonawcę postawionego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego zamawiający stwierdził.

a. Zarzut, że dokument zobowiązania nie określa dokładnie zadania, do którego wykonywania będzie wykorzystywana frezarka, jest całkowicie bezzasadny. Skoro podmiot, który udostępnia swój potencjał techniczny zobowiązuje się do udostępnienia frezarki na czas trwania zadania pod nazwą „Utrzymywanie zieleni na terenie Miasta Ruda Śląska”, wyraża zgodę na wykorzystanie tego potencjału w ramach dowolnego zadania składającego się na zamówienie „Utrzymywanie zieleni na terenie Miasta Ruda Śląska”, to bez znaczenia pozostaje, na którym z zadań potencjał ten zostanie wykorzystany. Tak sformułowane zobowiązanie, wbrew wywodom odwołującego, niesie realną, konkretną treść umożliwiającą zamawiającemu precyzyjną identyfikację potencjału technicznego, którego zobowiązanie dotyczy z warunkiem udziału w postępowaniu dla zadania I.

b. Zamawiający nie podzielił obaw odwołującego, że zobowiązanie nie pozwala na ocenę, czy wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do zasobów G..... O..... . Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca ma jedynie obowiązek udowodnić, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia stosownych zasobów.

Zamawiający podkreślił, że Pzp nie stawia w tym zakresie żadnych szczególnych wymagań odnoszących się do treści zobowiązania. Istotne jest, aby analiza treści dokumentu pozwalała stwierdzić, że zobowiązanie do oddania zasobów jest wiarygodne i umożliwia ustalenie, iż wykonawca rzeczywiście będzie miał dostęp do wskazanych w nim zasobów. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że brak jest w przepisach Pzp podstaw do tego, aby żądać od podmiotu trzeciego pisemnego zobowiązania, zawierającego bardziej szczegółową konkretyzację zasobów. Zdaniem Izby literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie uzasadnia dalej idących wniosków niż powyższy (wyroki: dnia z 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1671/10; z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO 926/11).

Zamawiający podniósł, że odwołujący błędnie interpretuje postanowienia SIWZ, stanowiące *de facto* powtórzenie przepisów zawartych w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać: dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Powołany przepis wskazuje, że skorzystanie przez zamawiającego z prawa żądania dokumentów jest uwarunkowane uprzednią oceną, czy wykonawca wykazał realny, niezbędny dla należytego wykonania zamówienia, dostęp do zasobów osoby trzeciej. Jeśli ocena ta nie nasuwa zastrzeżeń, brak normatywnej podstawy dociekania, na jakich co do charakteru stosunku prawnego zasadach, korzystanie z potencjału osoby trzeciej ma nastąpić.

Zamawiający podniósł, że nie bez znaczenia jest okoliczność, jakie zasoby podlegają ocenie. Ustawodawca zdecydował się na zmianę przepisów przez wprowadzenie do nowego aktu

wykonawczego przepisu § 1 ust. 6 pkt 2 umożliwiającego zamawiającemu żądanie dokumentów, o których mowa powyżej. W Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2013 wyjaśniono intencje zmiany -żądanie stosownych dokumentów wskazanych w nowym przepisie rozporządzenia od wykonawcy będzie możliwe w przypadku uznania, że nie udowodnił on zamawiającemu w wystarczający sposób dysponowania zasobami niezbędnymi dla należytego wykonania zamówienia. Tym samym, obowiązek złożenia stosownych dokumentów będzie dotyczył tylko wykonawców, którzy nie udowodnili w sposób odpowiedni dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i będzie konkretyzował się w trakcie badania dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przenosząc rozważania na płaszczyznę rozpoznawanej sprawy, zamawiający stwierdził, że odwołujący bezzasadnie kwestionuje treść pisemnego zobowiązania G..... O..... zarczując, iż nie znajduje się w nim wyjaśnienie, jaki stosunek prawny będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Zarzut taki jest gołosłowny i sam odwołujący nie jest nawet w stanie go sprecyzować i wskazać konkretnie, jakie zachodzą wątpliwości, co do tego, czy zobowiązanie do udostępnienia jednej frezarki zapewnia należyte wykonanie zamówienia i gwarantuje rzeczywisty dostęp do tego sprzętu. Zarzut jest całkowicie hipotetyczny i niewykazany.

c. Zamawiający nie podzielił także wątpliwości odwołującego, czy w sprawie występuje podwykonawstwo. Przede wszystkim zamawiający stwierdził, że odwołujący posługuje się w tym zakresie domniemaniem, które nie znajduje oparcia w jakichkolwiek dokumentach. Skoro podmiot udostępniający 1 sztukę frezarki do pni nie zobowiązał się do uczestniczenia w realizacji zamówienia jako podwykonawca, brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby twierdzić, że jest inaczej, a domysły odwołującego w tym zakresie są bezpodstawne. Zamawiający podniósł, że przedłożone wraz z ofertą dokumenty trzeba czytać łącznie - stanowią one jedną całość. Założyć można, że gdyby G..... O..... zamierzał wykonywać zamówienie jako podwykonawca, udostępniłby wykonawcy nie tylko potencjał techniczny ale także potencjał osobowy. Tymczasem wykonawca w wykazie osób wskazał wyłącznie potencjał własny bez wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego. Zdaniem zamawiającego wszelką polemikę na temat charakteru uczestnictwa G..... O..... w wykonywaniu zamówienia rozstrzyga treść formularza oferty wykonawcy w pkt 4 tego formularza znajduje się tabela, w której należało wskazać/jaką część/zakres zamówienia będzie wykonywał w imieniu wykonawcy podwykonawca. Ponadto w pkt 2 tabeli należało wskazać nazwę podwykonawcy o ile jego zasobami posiłkuje się wykonawca, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Tymczasem treść tabeli zawartej w formularzu oferty złożonej przez wykonawcę JOKER nie została wypełniona, co

na podstawie postanowień SIWZ oznacza, że całość zamówienia wykona on siłami własnymi. W pkt 2 rozdziału X SIWZ przewidziano: „(...) W przypadku, gdy Wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców, należy wpisać w formularzu „nie dotyczy” lub inne podobne sformułowanie. Jeżeli Wykonawca zostawi ten punkt formularza niewypełniony (puste pole), Zamawiający uzna, że zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi, bez udziału podwykonawców”.

Zatem, pozostawienie niewypełnionej tabeli przeznaczonej na wskazanie podwykonawców jest równoznaczne z ustaleniem, że wykonawca nie przewidział realizacji zamówienia z wykorzystaniem podwykonawstwa. Bezpodstawne i nieoparte żadnym dowodem jest twierdzenie odwołującego, że FUH YESEMIN będzie brał udział w realizacji zamówienia, a co za tym idzie, miał obowiązek przedłożenia dokumentów na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy.

Na zakończenie zamawiający podniósł, że orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, na które powołał się odwołujący, odnoszą się do zupełnie innych stanów faktycznych i do innych zasobów podmiotu trzeciego - wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego - zatem nie przystają do okoliczności sprawy, w której zamawiający oceniał skuteczność zobowiązania do oddania do dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia jednej sztuki sprzętu.

Ad 2. Naruszenie art. 90 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy JOKER do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo że cena oferty brutto tego wykonawcy w sposób znacząco odbiega od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JOKER, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zgodnie z treścią przytoczonego art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Drugi z zarzutów dotyczy naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4, zgodnie, z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie zamawiający zaznaczył, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie konstruuje obowiązku, któremu zamawiający musi się bezwzględnie podporządkować. Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający uznał, że ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę „rażąco niską” w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał wyroki Izby: z dnia 12 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 963/09; z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 333/08; z dnia 9 sierpnia 2011 r., KIO 1609/11. Podniósł, że powyższe znajduje potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie sądów powszechnych. W wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13, Sąd Okręgowy w Poznaniu uznał: „z literalnego brzmienia przywołanych przepisów wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia (...) Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy. Uprawnienia wykonawców w tym zakresie nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy p.z.p. w szczególności w świetle art. 7 ustawy p.z.p. wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Zapytanie o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 dokonywane jest przede wszystkim w interesie wykonawcy, który w ocenie zamawiającego zaoferował „rażąco niską cenę”. Sprzeczne z ustawą byłoby uznanie za rażąco niską ceny i odrzucenie oferty, bez możliwości wykazania, że jest ona rzetelna. Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, niedopuszczalne - jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - jest automatyczne, wyłącznie na -podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy dopiero, gdy zaistniała wątpliwość, co do tego czy oferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem, odrzucenie oferty ze względu na ustalenie, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4) jest uprawnieniem zamawiającego, którego realizacja musi zostać poprzedzona dopełnieniem

obowiązku określonego w art. 90 ust. 1 ustawy. W pierwszej kolejności jednak zamawiający musi w ogóle powziąć wątpliwość, czy złożona oferta winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przepisy prawa wspólnotowego oraz krajowego nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Oznacza to, że określenie zasad pozwalających na uznanie danej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za rażąco niską, następuje na podstawie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych.

Sąd Okręgowy w Poznaniu zauważył w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08: zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. W czasie tego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny, zamawiający, który nabierze podejrzeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. Już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego. Jak dalej zauważył Sąd, charakter ceny rażąco niskiej można przypisać cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Kolejnym kryterium oceny może być ustalenie średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym.

Do podobnego wniosku doszedł Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym stwierdził, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Zamawiający podniósł, że stan taki w przeprowadzonym postępowaniu nie miał miejsca. Cena zaoferowana przez wykonawcę JOKER nie jest rażąco niska, przeciwnie, jest to cena wiarygodna i realna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych.

Zamawiający podniósł, że należy zauważyć, że odwołujący na poparcie przedstawionej argumentacji powołuje się przede wszystkim na wysokość kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert; kilkakrotnie wskazuje w treści odwołania, że cena oferty wybranego wykonawcy stanowi ok. 59% tej kwoty. Odwołujący pomija, że cena jego oferty nie odbiega w istotny sposób od ceny oferty najkorzystniejszej i stanowi 67,93% kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazał, że podkreślić

należy, iż zarówno art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i art. 90 ust. 1 ustawy posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny. W ocenie zamawiającego nie jest rażąco niską, cena odbiegająca od ceny podanej w kolejnej ofercie (tj. ofercie odwołującego) zaledwie o ok. 13%. Fakt złożenia w postępowaniu kolejnej cenowo zbliżonej oferty, jedynie utwierdził zamawiającego w przekonaniu, że nie istnieją przesłanki do wzywania wykonawcy JOKER do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający wziął także pod uwagę ceny innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Średnia cen ofertowych wszystkich 4 wykonawców w zadaniu I wynosi 1 470 495 zł brutto, a cena wykonawcy JOKER stanowi aż 80,29% tej kwoty. Zatem, różnica nie jest znacząca i nie daje podstaw do tego, aby twierdzić, że występuje cena rażąco niska. Na fakt występowania ceny rażąco niskiej nie mogą także wskazywać pojedyncze wybrane ceny jednostkowe, ponieważ zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w czasie badania ceny należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot umowy, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny (tak między innymi S.O. w Poznaniu, wyrok z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13). Mimo takiego stanowiska, oceniając przesłanki do uznania ceny za rażąco niską, zamawiający także i tę kwestię wziął pod uwagę i stwierdził, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu podawali zbliżone ceny jednostkowe. Dotyczy to także odwołującego, który prawie w 10 pozycjach zaoferował albo ceny niższe od wykonawcy JOKER albo ceny takie same. Zamawiający w formie tabelarycznej przedstawił kwoty wybranych cen jednostkowych w celu wykazania przeciwieństwa twierdzeń odwołującego, że ceny jednostkowe JOKER są rażąco niskie.

JOKER; -odwołujący; - A..... L.....; -Zakład Zieleni Miejskiej Sp. z o.o.; -I. i A. N.....:

Koszenie trawników - 0,12 zł; 0,10 zł; 0,10 zł; 0,10 zł; 0,08 zł;

Zbieranie odpadów - 0,30 zł; 0,20 zł; 0,15 zł; 0,08 zł; 0,29 zł;

Letnia obsada kwietników/waz - 77,62 zł; 70,00 zł; 40,00 zł; 60,00 zł; 42,00 zł;

Wiosenna obsada kwietników/waz - 57,63 zł; 50,00 zł; 40,00 zł; 40,00 zł; 42,00 zł;

Uzupełnienie sadzonek kwiatów - 0,80 zł; 2,20 zł; 1,00 zł; 0,20 zł; 1,90 zł;

Uzupełnienie sadzonek krzewów - 1,00 zł; 13,00 zł; 1,00 zł; 0,05 zł; 2,00 zł;

Wymiana piasku w piaskownicach - 22,00 zł; 73,00 zł; 35,00 zł; 35,00 zł; 37,00 zł;

Zimowe utrzymanie alejek głównych - 0,02 zł; 0,02 zł; 0,02 zł; 0,01 zł; 0,01 zł.

Zamawiający podniósł, że jeżeli odwołujący twierdzi, iż przedmiot zamówienia nie może zostać wykonany na warunkach przedstawionych w wybranej przez zamawiającego ofercie, zobowiązany jest to udowodnić na zasadzie art. 190 ust. 1 ustawy: wyroki Izby z dnia 5 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1343/08, z dnia 29 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 345/08, gdyż na odwołującym, zgodnie z art. 6 Kc, spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne - wyrok Izby z dnia 13 lutego 2008 r., KIO/UZP 71/08.

Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 88/09, orzekł: pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak "wyraźna" czy "bardzo duża" różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Zatem „ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1515/10).

Jednocześnie zamawiający zauważył, zgodnie z wyrokami KIO/UZP 1364/09; KIO/UZP 1381/09; KIO/UZP 1388/09, że sposób, w jaki wykonawcy kształtują swoją politykę cenową i strukturę kosztów w obrębie przedmiotu zamówienia jest ich indywidualną sprawą i mieści się poza badaniem zamawiającego.

Podkreślił, że w jednym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „jeżeli różnica w cenie między dwiema pierwszymi ofertami wynosiła około 11% w zadaniu 1 i 21% w zadaniu 3, to różnice w cenach znacząco od siebie nie odbiegały, a mieściły się w ujęciu statystycznym dotyczącym zagadnienia rażąco niskiej ceny i zamawiający nie miał obowiązku występowania do wykonawcy, który złożył najtańszą ofertę o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny. Skoro wysokość zaferowanej przez wykonawcę ceny do kwoty środków, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi około 78% w zadaniu nr 1 i około 60% w zadaniu nr 3, nie jest to poziom rażąco odbiegający, nawet od ofert złożonych w postępowaniu, który nie gwarantowałby nieosiągnięcia choćby minimalnego zysku lub który groziłby niewykonaniem przedmiotu zamówienia. Porównywanie oferty z najniższą ceną w postępowaniu z ofertami znacząco od niej odbiegającymi (najdroższymi) jest pewnego rodzaju manipulacją faktami; właściwsze wydaje się porównanie wartości (ceny) dwóch pierwszych w rankingu ofert” (wyrok KIO z 7 lipca 2011 r., KIO 1335/11). Wskazał też wyrok KIO z 13 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1492/08.

Zdaniem zamawiającego treść odwołania nie potwierdza ferowanych w nim tez o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez JOKER.

Ad 3. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JOKER, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wywodzi zarzut z rzekomego faktu zaoferowania przez wykonawcę JOKER rażąco niskich cen za realizację przedmiotu zamówienia, co zdaniem odwołującego świadczy o tym, że wykonawca ten kieruje się nieuczciwymi praktykami kupieckimi (sprzecznymi z dobrymi obyczajami) i zamierza sprzedawać towar/usługi poniżej kosztów ich wytworzenia.

Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu.

Następnie wystąpienie takich znamion winno zostać udowodnione. Zatem, pozostaje odnieść się do znamion czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy w takim zakresie, w jakim zaistnienie opisanych tam znamion należałoby wywieść z rzekomego faktu zaoferowania przez wykonawcę JOKER rażąco niskiej ceny oraz sprzedaży towarów/usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

W przypadku czynu nieuczciwej konkurencji porównaniu podlegają wyłącznie koszty ponoszone przez wykonawcę z ceną jego oferty - zaoferowanie ceny wyższej lub równej kosztom wytworzenia (zakupu) nigdy nie będzie stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Ceny oferowane przez konkurentów i przeciętne ceny na rynku nie mają znaczenia. Nie może być również przesłanką uznania za czyn nieuczciwej konkurencji, sprzedaż poniżej kosztów, które ponosi dla uzyskania towaru konkurent zarzucający taki czyn. To w przypadku kolejnej przesłanki (ceny rażąco niskiej) porównanie dokonywane jest wobec przedmiotu zamówienia, tj. jego wartości rynkowej. Fakt uzyskiwania lub nieuzyskania zysku przez wykonawcę nie ma znaczenia przesądzającego. Udowodnienie zysku, jeśli został uzyskany przez wykonawcę przy jednoczesnym narażeniu na straty swoich kooperantów lub podwykonawców oraz zaoferowanie w związku z tym ceny powyżej

kosztów zakupu i jednocześnie rażąco odbiegającej od warunków rynkowych, jest okolicznością skutkującą zastosowaniem przesłanki o cenie rażąco niskiej do odrzucenia oferty.

Odwołujący formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, winien udowodnić, że zachowanie wykonawcy stanowi taki czyn. Analizując treść odwołania nie sposób uznać, by odwołujący w jakimkolwiek stopniu wykazał, że nastąpiła sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący powołuje się na okoliczność, że na rynku cena sadzonek krzewów zaczyna się od 15 zł, zarzucając jednocześnie, iż wykonawca JOKER zaoferował cenę 1 zł. Twierdzeniom tym przeczy analiza cen zaoferowanych w ofertach innych wykonawców, w tym samego odwołującego, który pomimo twierdzenia, iż ceny zaczynają się od 15 zł, sam proponuje 13 zł. Z kolei inni wykonawcy zaoferowali ceny niższe, zbliżone bądź równe cenom JOKER (1-2 zł.)

Zamawiający wskazał, że normatywy branżowe, na które powołuje się odwołujący są nieobowiązkowe i nie mogą stanowić podstawy oceny, czy zaoferowane ceny są cenami poniżej kosztów wytworzenia towaru lub usługi. Zrównanie w cenie uzupełnienia sadzonki krzewu i kwiatu nie jest dowodem zaniżenia ceny krzewu w sposób sztuczny.

Formułowane przez odwołującego zarzuty, jako bezpodstawne, nie mogą się ostać, a odwołanie winno zostać oddalone również w tym zakresie.

Ad 4. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze wykazanie bezzasadności innych podniesionych zarzutów, zamawiający również uznał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, tj. prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, za bezprzedmiotowy, który winien zostać oddalony.

C. Wykonawca „JOKER” K....., L....., M..... spółka jawna z siedzibą w Zabrze, nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w wymaganej w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, po upływie ustawowego 3. dniowego terminu od dnia otrzymania kopii odwołania. Zamawiający przesał kopię odwołania doręczając ją wykonawcy w dniu 8 kwietnia 2014 r., zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zostało

doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 14 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), przeprowadziła postępowanie dowodowe na podstawie dowodów przedstawionych przez strony postępowania odwoławczego oraz mając na uwadze przepis art. 192 ust. 2 Pzp (Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia), ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp - wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ważną ofertę w zadaniu I sklasyfikowaną na drugiej pozycji w rankingu ofert z zastosowaniem jedyne kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 5 zadań, cztery pierwsze zadania dotyczą utrzymania parków, zieleńców i miejskich terenów zieleni w poszczególnych dzielnicach miasta: zadanie I obejmuje cztery dzielnice, zadania II-IV obejmują po dwie dzielnice i zadanie V obejmuje utrzymanie zieleni w pasach drogowych w mieście Ruda Śląska.

W zadaniach II-V zostały zawarte umowy. Odwołanie dotyczy zadania I.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w załącznikach nr 8a-8e do SIWZ, odpowiednio dla poszczególnych 5. zadań (rozdział III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia).

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych z zastrzeżeniem, że ofertę można złożyć maksymalnie na 2 części zamówienia (zadania). Wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany oddzielenie dla każdej części zamówienia (zadania) - (rozdział IV SIWZ - Informacja na temat części zamówienia i możliwości składania ofert).

I. Zarzut nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę JOKER, dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tym samym zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu w zakresie potencjału technicznego (frezarka do pni), na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. art. 26 ust. 2b w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a w przypadku nie uzupełnienia lub uzupełnienia nieprawidłowego dokumentu, zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp stwarza możliwość wykonawcy polegania na potencjale technicznym innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od charakteru prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udostępniającym swój zasób. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) uprawniają zamawiającego do żądania dokumentów opisanych w rozporządzeniu w celu oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, m.in. warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje m.in. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp).

W rozdziale XII SIWZ - Opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie muszą dołączyć do oferty wykonawcy, zamawiający opisał warunki udziału wykonawców w postępowaniu przez zamieszczenie w pkt 2.3.2 wymogu wykazania dysponowania (dysponuje lub będzie dysponował) odpowiednim potencjałem technicznym w celu wykonania zamówienia, tj. przynajmniej dysponowania frezarką do pni po 1 sztuce dla każdego zadania. Zaznaczył przy tym, że przy składaniu oferty na więcej niż jedno zadanie, wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponować) sprzętem w ilości wynikającej z sumy ilości sprzętu podanego dla poszczególnych zadań. W dalszej części opisu, w pkt 4, zamieścił treść odpowiadającą treści art. 26 ust. 2b Pzp, dodatkowo opisując formę wymaganą dla zobowiązania innego podmiotu. W pkt 4.1 zamieścił treść odpowiadającą treści § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), wskazując, że w celu oceny, czy wykonawca gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów innych podmiotów, może żądać dokumentów opisanych odpowiednio pod lit. a-d.

Treści tego punktu nadał charakter informacyjny (a niezobowiązujący wykonawców do złożenia wraz z ofertą wymienionych w tym punkcie dowodów) wskazując możliwości,

z jakich zamawiający może korzystać w toku badania i oceny ofert, w razie jakichkolwiek wątpliwości w zakresie udostępnienia zasobów.

W pkt 5 zamieścił opis wymaganych dokumentów w przypadku, gdy inne podmioty udostępniając swój zasób będą brały udział w realizacji zamówienia.

Wykonawca JOKER złożył ofertę na dwa zadania - I i V. W załączniku nr 6, str. 28 oferty, wykonawca przedstawił „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia” na „Utrzymanie zieleni na terenie miasta Ruda Śląska”.

W tabeli zamieścił nazwę sprzętu, podając w Lp. 7. „Frezarki do pni Laski F450, Husqvarna 272”; w kolumnach: „Ilość” podał „2”, „Informacja o podstawie dysponowania wskazanymi zasobami” podał „Własna + zobowiązanie”.

Na str. 29 oferty wykonawca zamieścił zobowiązanie FUH Yesemin O..... z siedzibą w Zabrze do oddania do dyspozycji firmie „JOKER” K....., L....., M..... spółka jawna w Zabrze, ul. Wyciska 5a, na czas trwania zadania pn. „Utrzymanie zieleni na terenie miasta Ruda Śląska”, następującego sprzętu: - frezarka do pni Husqvarna 272 - 1 szt.

Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia, stanowiący załącznik nr 6 do oferty, jest całkowitym odwzorowaniem załącznika nr 6 do SIWZ, został sporządzony dokładnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Takie same zestawienia sprzętu, łącznie dla zadań, na które zostały złożone oferty, przedstawili pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu.

Wykonawca JOKER złożył ofertę na dwa zadania i zaoferował dwie frezarki do pni - własną i udostępnioną przez inny podmiot w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

Zobowiązanie innego podmiotu, o jednoznacznej treści, o udostępnieniu frezarki do pni, jako potencjału technicznego przez oddanie do dyspozycji wykonawcy składającemu ofertę, na czas trwania zadania - Utrzymania zieleni na terenie miasta Ruda Śląska - sprzętu wymienionego w zobowiązaniu, bez żadnych dodatkowych deklaracji, które wynikałyby z innych części oferty, odpowiada treści wskazanego przepisu Pzp oraz wymaganiom opisanym w pkt 2.3.2 i w pkt 4 rozdziału XII SIWZ.

Brak jest uzasadnienia dla domniemania innej treści niż ta, która wynika z dokumentów, w tym ewentualnego żądania dodatkowych dokumentów w celu ustalenia, czy inny podmiot

będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, czy z kolei domniemania podwykonawstwa innego podmiotu udostępniającego swój zasób, skoro takie okoliczności nie wynikają z dokumentów złożonych przez wykonawcę, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W szczególności brak jest podstaw do uznania, że występuje niedokładność określenia zadania, do którego zostanie wykorzystana frezarka. Podmiot udostępniający swój potencjał techniczny zobowiązał się do udostępnienia frezarki na czas trwania zadania „Utrzymywanie zieleni na terenie Miasta Ruda Śląska”, wyraził tym zgodę na wykorzystanie potencjału w ramach dowolnego zadania składającego się na przedmiot zamówienia, bez znaczenia pozostaje, na którym z zadań potencjał ten zostanie wykorzystany, skoro zaoferowana liczba frezarek odpowiada liczbie zaoferowanych do wykonania zadań, zgodnie z opisem zamieszczonym w SIWZ.

Niezasadne jest również uznanie, że zobowiązanie innego podmiotu nie pozwala na ocenę, czy wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do udostępnionego zasobu. Zamawiający miał stwierdzić na podstawie analizy dokumentu, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest wiarygodne i umożliwia ustalenie rzeczywistego dostępu wykonawcy do zasobów wskazanych w zobowiązaniu. Takie stwierdzenie, jako wynik oceny zobowiązania, jest uprawnione na podstawie dokumentów złożonych wraz ofertą. Nie zachodzą podstawy do jakichkolwiek wątpliwości, co do podwykonawstwa innego podmiotu w realizacji zamówienia, skoro podmiot ten nie został wskazany w żadnej formie, jako uczestnik wykonania zamówienia, w tym w szczególności w pkt 4 Formularza oferty, w miejscu wyznaczonym do tego celu.

Zamawiający dokonując oceny spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie wskazanym w odwołaniu, nie naruszył przepisów art. 26 ust. 3 w zw. art. 26 ust. 2b w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a w przypadku nie uzupełnienia lub uzupełnienia nieprawidłowego dokumentu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Pogląd dotyczący przepisu art. 26 ust. 2b Pzp wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie w jednym z ostatnich orzeczeń (wyrok z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt V Ca 243/13), wskazując na zasadność niemal literalnej wykładni tego przepisu.

II. Zarzuty dotyczące oceny oferty wykonawcy JOKER w zadaniu I, stanowiącej podstawę zaniechania:

- zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - art. 90 ust. 1 Pzp;
- odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
- odrzucenia oferty, której założenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W rozdziale XIX SIWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty wskazując, że wykonawca poda cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikami dla poszczególnych zadań (dla zadania I zgodnie z załącznikiem 1a); podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia - załączniki od 8a do 8e do SIWZ (dla zadania I załącznik 8a); wykonawca poda dokładny sposób wyliczenia ceny ofertowej w oparciu o wzór podany w punkcie 2 załącznika 1a do 1e - dotyczy zadań od I do V.

W załączniku 8a - Opis przedmiotu zamówienia dla zadania I, zamawiający zamieścił:

- wykazy terenów objętych utrzymaniem w czterech dzielnicach; miejskie tereny zieleni - powierzchnie ogółem; inne tereny zieleni punkty I-IV.

W pkt V. „Zakres prac obejmuje” opisał w punktach 1-37 zakres oraz sposób wykonania prac składających się na zadanie I.

Na zakończenie opisu podał, że zwiększenie ilości (powierzchni) terenów bądź zwiększenie ilości elementów małej architektury bądź zwiększenie rodzaju prac, nie przekroczy 30% szacowanej ilości (powierzchni) terenów do utrzymania/ ilości elementów małej architektury/, rodzaju prac.

W załączniku 1a w wierszach IV1-IV37 zamawiający przedstawił opis prac odpowiadający treści załącznika 8a z podaniem jednostek obmiaru oraz zamieścił wymóg podania przez wykonawców dla każdej pozycji, ceny jednostkowej brutto.

W punkcie 2 załącznika przedstawił wzór obliczenia ceny ofertowej brutto za realizację zamówienia w okresie trwania umowy na podstawie cen jednostkowych.

W końcowej części pkt 2 podał, że przyjęte ceny jednostkowe winny uwzględniać zakres załącznika 8a. Wyliczenia cen jednostkowych należy dokonać w oparciu o KNR Nr 2 - 21

Tereny zieleni lub inne właściwe KNR-y, kalkulacje własne, a w 10. pozycjach (16-22 i 24-26) - cenę należy przyjąć jako średnią, ryczałtową bez względu na zakres prac.

Opisując sposób obliczenia ceny zamawiający wskazał zasady wyliczenia cen jednostkowych, nie żądając przedstawienia sposobu ustalenia cen jednostkowych (KNR, kalkulacja własna dla poszczególnych robót wydzielonych z odpowiednich tablic rozdziałów KRN, czy cena średnia, ryczałtowa bez względu na zakres prac), pozostawiając konstruowanie cen w dyspozycji wykonawców.

We wzorze umowy (załącznik nr 9 do SIWZ), w § 5 ust. 1, 3 i 4, zamawiający wskazał, że cena ofertowa za wykonanie całości umowy będzie stanowiła maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, natomiast wynagrodzenie należne wykonawcy w okresie rozliczeniowym będzie sumą iloczynów ilości faktycznie wykonanych prac zgodnie ze zleceniem zamawiającego i cen jednostkowych przedstawionych w formularzu oferty.

W ust. 6 tego paragrafu zamawiający podał, że kwoty cen jednostkowych są stałe na okres obowiązywania umowy i nie będą podlegały zmianom, z zastrzeżeniem ust. 7, który stanowi o zmianie cen jednostkowych w przypadku zmiany stawki podatku VAT (obniżenia).

Zamawiający ustalił wartość zamówienia, w rozumieniu art. 32 ust. 1 Pzp (całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością), na kwotę 6 239 724, 31 zł (pole 2 pkt 2 protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego DRUK ZP-PN).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla zadania I w wysokości 1 985 432,98 zł brutto. Kwota ta stanowi z reguły granicę finansowania zamówienia oraz sumę wartości zamówienia i kwoty wynikającej

z obowiązującej stawki podatku VAT i, w istocie, odpowiada cenie przedmiotu zamówienia w znaczeniu, o jakim stanowią przepisy art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (stosunek ceny oferty do przedmiotu zamówienia).

Na zadanie I złożono cztery oferty z cenami przedstawionymi niżej z procentowym stosunkiem cen ofert do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia:

-JOKER: 1 180 704,14 zł (59,47%); -odwołujący: 1 348 760,86 zł (67,93%); -M..... S.....
Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni: 1 617 307,09 zł (81,46%); -KBU Sp. z o.o.
i LICUAS S.A.: 1 735 208,01 zł (87,40%).

Różnica ceny oferty JOKER (wybranej) w stosunku do ceny oferty drugiej w kolejności, ustalona jako różnica stosunku cen ofert do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia wynosi: 8,46%.

Podobne relacje cenowe ofert wybranych i drugich w kolejności w stosunku do przedmiotu zamówienia przedstawiały się w pozostałych zadaniach: w zadaniu II 49,34% i 61,24%; w zadaniu III 56,42% i 59,30%; w zadaniu IV 61,21% i 68,23%.

W formularzach ofert wykonawcy przedstawili ceny jednostkowe brutto dla 37. pozycji, w kwocie zróżnicowanej, przykładowo w pozycjach podnoszonych w toku postępowania odwoławczego, kolejność wykonawców jak wyżej, od najniższej ceny łącznej oferty do najwyższej: koszenie trawników: 0,12, 0,10, 0,13, 0,10; zmiatanie alejek: 0,02, 0,03, 0,03, 0,03; odchwaszczanie alejek: 0,01, 0,03, 0,05, 0,15; zimowe utrzymanie alejek głównych: 0,02, 0,02, 0,02, 0,05; zbieranie odpadów: 0,30, 0,20, 0,18, 0,12; letnia obsada kwietników/waz: 77,62, 70,00, 45,00, 40,00; wiosenna obsada kwietników/waz: 57,63, 50,00, 45,00, 40,00; odchwaszczanie kwietników/waz/rond: 1,10, 1,10, 0,50, 6,50; uzupełnianie sadzonek kwiatów: 0,80, 2,20, 1,00, 2,00; uzupełnianie sadzonek krzewów 1,00, 13,00, 3,00, 9,10; wymiana piasku w piaskownicach: 22,00, 73, 44,00, 25,00.

Zamawiający wybrał na podstawie ceny ofertowej (łącznej ceny) najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną złożoną przez wykonawcę JOKER. W załączniku do protokołu postępowania - protokół z posiedzenia komisji przetargowej w dniu 24.03.2014 r. zamieszczono ustalenia komisji dotyczące czynności oceny 12 ofert złożonych w postępowaniu (łącznie na wszystkie zadania). Podano, że przeanalizowane zostały ceny ofertowe, uznano, że zaproponowane w ofertach ceny są cenami realnymi, funkcjonującymi na rynku (porównano ceny ofertowe za utrzymanie zieleni za poprzedni okres od 1.05.2012 - 31.12.2013 i 1.01.2014 - 31.03.2014 r.) i nie ma podstaw, aby zaproponowane ceny uznać za ceny rażąco niskie. Zamawiający nie zwróci się o ich wyjaśnienie.

Zamawiający utrzymywał, że zestawienia cen ofert w zadaniu I i w pozostałych zadaniach, porównanie ich do przedmiotu zamówienia oraz zestawienie cen ofert wybranych z następnymi ofertami w kolejności (drugimi) w rankingu ofert, nie uzasadniały zastosowania procedury określonej w przepisach art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że ocena ceny w kontekście rażąco niskiego jej poziomu, zgodnie z przepisami art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, dokonywana jest wyłącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a więc wartości zamówienia (szacunkowej) powiększonej o kwotę podatku VAT, a nie w odniesieniu do cen

jednostkowych, na co wskazywał odwołujący, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający nie wymagał przedstawienia kalkulacji cen jednostkowych.

Przepis art. 90 ust.1 Pzp, mający swoje źródło w art. 55 dyrektywy klasycznej stanowi, że zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykładnia językowa przepisu wskazuje, że punktem odniesienia przy analizie ceny oferty jest przedmiot zamówienia. Zarówno z treści przepisu Pzp, jak i wskazanego przepisu dyrektywy wynika, że inicjatywa w przedmiocie zwrócenia się do wykonawcy leży po stronie zamawiającego.

Zamawiający badając ofertę podejmuje decyzję, czy w jego ocenie, cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, ustalonego z należytą starannością w toku szacowania wartości i uwzględniającego obowiązujący podatek VAT.

Jeżeli zamawiający uzna, jak w tym przypadku, że cena oferty wykonawcy nie budzi wątpliwości, co do jej wysokości, nie podejmuje czynności, o których stanowi wskazany przepis. W takiej sytuacji wykonawca kwestionujący ocenę zamawiającego zobowiązany jest udowodnić, że kwestionowana cena oferty jest rażąco niska. Ciężar dowodu, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp (odpowiednio art. 6 Kc) obciąża stronę, czy uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne.

W przedmiocie oceny zobowiązania zamawiającego do zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp i oceny zaniechania czynności wskazanych w tym przepisie, istnieje dość liczne orzecznictwo, krajowe i unijne, zawierające zróżnicowane rozstrzygnięcia, uzależnione od specyfiki konkretnych spraw, w jakich je podjęto, m.in. cytowane w tym uzasadnieniu w stanowiskach stron.

W ocenie Izby na uwagę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13. Sąd orzekł, że „Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Rację ma skarżący, że z literalnego brzmienia przywołanych przepisów wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Słuszne jest stanowisko skarżącego, że ustalenia

zamawiającego mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w tym postępowaniu. Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego, jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy. Uprawnienia wykonawców w tym zakresie nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy Pzp w szczególności w świetle przepisu art. 7 ustawy Pzp wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji uznanie przez Izbę, że dopuszczalne jest wykonanie czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z inicjatywy wykonawców, uznać należy za nieprawidłowe”.

Z cytowanego orzeczenia wynika:

- że czynność określona w 90 ust. 1 Pzp stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego;
- oceniając ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny, porównywane z wartością zamówienia zwiększoną o kwotę podatku VAT, powinny być końcowe ceny ofert, a nie ich części składowe (podobnie Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13, też postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r., sygn. akt II Ca 425/04,);
- nieznaczne różnice pomiędzy ceną oferty wybranej, a drugą ofertą w kolejności (w sprawie ocenianej przez Sąd są to ceny: 41,7 mln zł oferta wybrana; 43,6 mln zł wartość zamówienia powiększona o kwotę podatku VAT; 47,8 mln zł cena drugiej w kolejności oferty), nie uzasadniają zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp;
- ocena ofert, w tym ceny pod kątem rażącego jej charakteru, odbywa się na etapie czynności oceny dokonywanej przez zamawiającego, a w postępowaniu odwoławczym na podstawie stanu faktycznego ustalonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W pismach złożonych w toku postępowania odwoławczego, odwołujący i zamawiający przedstawili dodatkową argumentację, ocenianą przez Izbę w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz przedłożyli dowody:

- Odwołujący 4 oddzielne elektroniczne wydruki: -wykaz szkótek, które odpowiedziały na zapytanie ofertowe odwołującego, tj. 9 szkótek (jedna strona), kolejne 13 stron, jest to korespondencja mailowa pomiędzy odwołującym a wymienionymi szkótkami; -wykaz firm, które odpowiedziały na zapytanie ofertowe odwołującego w sprawie sprzedaży piasku, tj. 5 firm (jedna strona), następne 6 stron, jest to korespondencja mailowa pomiędzy odwołującym a firmami oraz - 3 dokumenty, tzw. przedmiary robót: -przedmiar robót - obsadzenie kwietników roślinami kwietnikowymi na podstawie KNR; tabela nakładów na 100 m² kwietników; - sadzenie drzew i krzewów liściastych form naturalnych na terenie płaskim, grunt kategorii I-II, bez zaprawy dołów, średnica i głębokość dołów 0,5 m; nakłady na 100 szt. drzew i krzewów; -piaskownice, wypełnienie piaskiem; nakłady na 1m³ wypełnienia

- wskazujące ceny wyższe niż przedstawione w formularzach ofertowych, w niektórych pozycjach dotyczące niemal wszystkich analizowanych ofert.

- Zamawiający: 4 umowy 1) nr KK.272.20.2012, 2) nr KK.272.13.2012, 3) nr KK.272.9.2012, 4) nr KK.272.12.2012 - zawarte na okres 01.05.2012 r. - 31.12.2013 r., dla porównania cen jednostkowych wskazujących, że w obecnym postępowaniu brak jest podstaw, by uznać nawet niektóre ceny jednostkowe, jako rażąco niskie, w sytuacji przyjętych cen na tym rynku w świadczeniu usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający złożył wydruki komputerowe - 5 stron, przedstawiające ceny: barwinka pospolitego; sadzonek kwiatów i bylin; sadzonek srebrnego świerku i pospolitego; jodły kaukaskiej, kalifornijskiej koreańskiej; świerku kłującego, serbskiego, sosny pinus - wskazujące ceny jednostkowe porównywalne do podanych w formularzach ofertowych.

Strony przedstawiły swoje stanowiska w przedmiocie złożonych dowodów podważając je nawzajem.

W ocenie Izby informacje uzyskane w drodze elektronicznej, czy wydruki ofert ze stron internetowych zostały sporządzone dla potrzeb postępowania odwoławczego, wskazują na to daty zamieszczenia informacji w sieci oraz daty wydruków, konstrukcja pytań odwołującego - oczekiwana odpowiedź na pytanie w większości o treści „dostępne na ten moment krzewy iglaste i liściaste w cenie 1 zł”. Zakres pytania ogranicza odpowiedź wyłącznie do jednej sytuacji (retoryczne pytanie, które wymaga od adresata jednoznacznej odpowiedzi, tak lub nie). Chociaż w jednym przypadku uzyskano odpowiedź - obecnie nie, ale zdarzało się to w przeszłości jedynie w przypadku dużej ilości ligustru, dla odbiorców hurtowych.

Informacje cenowe dotyczące piasku również wskazują różne ceny, z transportem i bez, z zastrzeżeniem prawa producenta do weryfikacji cen, czy uzależnienia od możliwości dojazdowych do piaskownic.

Powyższe informacje, w szczególności przedstawione w nich ceny, nie były brane pod uwagę ani na etapie opracowywania ofert ani na etapie oceny ofert. Nie mogą stanowić podstawy oceny oferty na etapie postępowania odwoławczego, która powinna być dokonana wyłącznie na podstawie opisu zamieszczonego w SIWZ.

Odwołujący nie przedstawił zarzutu niewłaściwej oceny wybranej oferty. Izba oceniła czynność zamawiającego w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba podziela stanowisko, że zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości, co do zaoferowanej ceny, należy traktować jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 Pzp (wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt 1526/11).

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający nie miał uzasadnionych wątpliwości, co do zaoferowanej przez wybranego wykonawcę ceny, ocenionej przez jej porównanie z przedmiotem zamówienia, ofertą odwołującego jako drugą ofertą w zadaniu I oraz ofertami w zadaniach II-IV wybranymi i porównanymi z drugimi w kolejności - w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Cena oferty JOKER jest niższa od wartości przedmiotu zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT, niższa też od ceny oferty odwołującego i cen ofert dwóch kolejnych wykonawców uczestniczących w zadaniu I. Jednak dowody przedłożone przez odwołującego, obciążonego obowiązkiem udowodnienia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie stanowią podstawy do uznania, że cena wybranej oferty jest ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów usługi.

Zróżnicowane ceny jednostkowe nie stanowią uzasadnienia, by na ich podstawie uznać, że łączna cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o cenie, nie zaś o jej poszczególnych częściach, elementach, czy pozycjach składowych. Gdyby nawet uznać, że jakaś cena jednostkowa jest zaniżona, to fakt ten nie czyni ceny oferty rażąco niską.

W tych okolicznościach brak jest podstaw do uznania, że zostały spełnione przesłanki skutkujące nakazaniem zamawiającemu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, czy zastosowania uprzedniego trybu poprzedzającego czynność odrzucenia oferty -

obligatoryjnego umożliwienia wykonawcy uprzedniego złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - art. 90 ust. 1 Pzp.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk - nie zasługuje na uwzględnienie wobec uznania, że cena oferty wybranego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską, ale ceną zaoferowaną w ramach dopuszczalnej konkurencji rynkowej. Z przywołanej w odwołaniu opinii wynika, że jeżeli działania wykonawcy nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Na zasadzie wnioskowania *a'contrario*, jeżeli czynności wykonawcy znajdują usprawiedliwienie w mechanizmie wolnej konkurencji, nie mogą stanowić czynu zarzucanego w odwołaniu.

Ze względu na powyższe, brak jest też podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Reasumując, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp wobec nie wykazania przez odwołującego okoliczności, o których stanowi przepis art. 192 ust. 2 Pzp - naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie, wobec nie przedłożenia rachunków do akt sprawy (§ 3 pkt 2 rozporządzenia).

Przewodniczący: