

WYROK
z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2020 r. przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław reprezentowaną przez Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża S&A Service Sp. z o.o. we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez S&A Service Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminę Wrocław reprezentowaną przez Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług polegających na koszeniu trawy i przycinaniu żywopłotów wraz z uporządkowaniem terenu i zagospodarowaniem odpadów zielonych i zebranych nieczystości na gruntach stanowiących własność Gminy Wrocław. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 523029-N-2020 dnia 19 marca 2020r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 22 maja 2020 r. wykonawca S&A Service Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie dotyczące zadań 2,3,4. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty EPA Green Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2,3,4 niezgodnie z przepisami ustawy;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1-2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EPA Green Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów, uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i że jest on w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EPA Green mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo iż EPA Green Sp. z o.o. nie udźwignęła spoczywającego na niej ciężaru dowodu, a tym samym nie obaliła domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, a co więcej opisany przez spółkę sposób obliczenia ceny w wyjaśnieniach wskazuje, iż wykonawca ten nie kalkulował należycie i rzetelnie pełnych kosztów realizacji usługi.

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez uznanie, że treść oferty wykonawcy EPA Green Sp. z o.o.

odpowiadała treści SIWZ;

4. art. 22 d) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że ww. firma nie wykazała spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu;
5. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Epa Green Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz pomimo, że Epa Green Sp. z o.o. w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego o udzielenie zamówienia;
6. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
 1. unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EPA Green Sp. z o.o.;
 2. dokonania ponownego badania złożonych ofert;
 3. wykluczenia z postępowania EPA Green Sp. z o.o. z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
 4. odrzucenia oferty złożonej przez EPA Green Sp. z o.o.;
 5. dokonania ponownej oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2,3,4;
 6. zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Wykonawca EPA Green Sp. z o.o. w terminie przewidzianym ustawą przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z zachowaniem obowiązku przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z 29 maja 2020 r. wniósł o odrzucenie odwołania w zadaniu 4 i o oddalenie odwołania w zadaniu 2 i 3. Zdaniem zamawiającego odwołanie podlega odrzuceniu w zadaniu 4, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Oferta odwołującego w tym zadaniu została oceniona, jako trzecia w kolejności, w związku z czym odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania.

Na rozprawie odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający nie stawił się na posiedzenie i rozprawę.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej” , o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 Pzp.

W rozdziale VII ust. 2 pkt c) SIWZ zamawiający ustalił, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostanie spełniony, gdy wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej jedną usługę polegającą na koszeniu traw i przycinaniu żywopłotów na kwotę brutto umowy nie mniejszą niż:

- dla zadania 2 - 100.000,00 zł;
- dla zadania 3 - 100.000,00 zł;
- dla zadania 4 - 100.000,00 zł.

Zamawiający ustalił również, że w przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie, te same usługi nie mogą być potwierdzeniem spełniania warunku w każdym zadaniu, na które wykonawca złoży ofertę. W sytuacji, gdy wartość brutto umowy objęta realizacją usługi stanowi co najmniej sumę wartości wymaganych przez zamawiającego dla wybranych zadań, to w takim przypadku wykonawca może posłużyć się jedną usługą wpisując ją do wykazu na zadania, na które składa ofertę.

Pismem z 9 kwietnia 2020 r. zamawiający zwrócił się do EPA Green Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że z uwagi na fakt, że oferta EPA Green Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 2, 3 oraz 4 jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, budzi ona wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ oraz w projekcie umowy.

Wskazał również na konieczność przedstawienia, w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach, wszystkich czynników cenotwórczych z wyszczególnieniem m.in.:

- liczby osób przewidzianych do bezpośredniej realizacji przedmiotu zamówienia,
- liczby godzin przewidzianych na wykonanie zadań przez każdą z tych osób,
- koszty dotyczące sprzętu potrzebnego do wykonania przedmiotu zamówienia, kosztów

transportu, kosztów usunięcia zanieczyszczeń powstałych w wyniku prowadzonych prac.

W odpowiedzi z 16 kwietnia 2020 r. wezwany wykonawca podał, że:

„Na cenę brutto 173 363,39 zł w zakresie zadania nr 2 zgodnie z Rozdziałem XVI (opis sposobu obliczania ceny oferty) SIWZ składają się następujące elementy cenowe:

a) Zapewnienie kadry do wykonywania czynności według wymagań Zamawiającego

Zamówienie będzie wykonywać 5 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę przez Wykonawcę na pełen etat. Miesięczny koszt utrzymania pracownika zatrudnionego na cały etat to 3 120,26 zł brutto, kwota ta uwzględnia:

Wynagrodzenie pracownika brutto w wysokości - 2 600,00 zł;

Składkę emerytalną w wysokości - 253,76 zł

Składkę rentową w wysokości - 169,00 zł Składkę na FP w wysokości - 63,70 zł

Składkę na FGŚP w wysokości - 2,60 zł

Składkę ubezpieczenia wypadkowego w wysokości - 31,20 zł

Łączny miesięczny koszt wszystkich pracowników przy realizacji tego zadania to 15 601,30 zł.

Czas trwania umowy obejmuje 6 miesięcy, co składa się na kwotę 93 607,80 zł brutto.

Warto podkreślić, że wykonujemy na terenie Gminy Wrocław również inne zadania obejmujące zewnętrzne utrzymanie czystości i w związku z powyższym pracownicy ci, w czasie niewykonywania zadań dla powyższego zamówienia, będą pracować przy innych zamówieniach, co również korzystnie wpływa na obsługę przedmiotowego kontraktu i powoduje znaczące obniżenie rzeczywistego kosztu zatrudnienia pracowników.

b) Niezbędne środki techniczne i materiały:

Wykonawca uwzględniając profil swojej działalności, posiada specjalistyczny sprzęt, odzież, obuwie ochronne itp. W związku z realizacją zamówienia nie jest konieczne ponoszenie dodatkowych kosztów, z tym związanych. Wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, to jest: kosy spalinowe, samochód skrzyniowy, kosiarki samojezdne oraz spalinowe przeznaczone do realizacji tego zadania. Dodatkowo w chwili składania oferty posiadamy zmagazynowane zapasy materiałów, m.in żyłki i zapas niezbędnej mieszanki paliwa do kos i kosiarki spalinowej. Ponadto wykonawca jest w stanie nabyć środki do realizacji zamówienia (m.in. grabie, worki na odpady i inne) w korzystnej cenie. Działając na rynku od ponad trzech lat korzystamy z rabatów na zakup materiałów i sprzętu.

Warto podkreślić, że urządzenia, wszelkie środki techniczne i materiały, którymi dysponuje Wykonawca znajdują się w doskonałym stanie technicznym i mogą zostać wykorzystane do realizacji zamówienia - co w konsekwencji powoduje, że koszty stałe/ amortyzacji nie generują dla Wykonawcy wysokich kosztów.

c) Zagospodarowanie odpadów:

W ramach wykonanego jednokrotnego koszenia wykonawca przewiduje w ramach tego zadania zebranie około 11,5 Mg odpadów. Łączny koszt zagospodarowania odpadów z koszenia trawy będzie wynosić około 4.000,00 zł brutto. W trakcie wykonywania dwukrotnego przycinania żywopłotów

wykonawca przewiduje łączny koszt zagospodarowania odpadów na kwotę około 1.800,00 zł brutto. W związku z wykonaniem zamówienia wykonawca planuje po przycięciu żywopłotów i przemienieniu przez rębak wykorzystać go do ściółkowania lub kompostowania, co również wpływa na obniżenie kosztów zagospodarowania odpadu.

d) Inne koszty:

W ramach wykonania tego zadania wykonawca przewiduje dodatkowe koszty w związku z użyczeniem zasobów na poziomie 18.000,00 zł oraz koszty zakupu materiałów eksploatacyjnych do kosiarek i ewentualnie paliwa do kosiarek, jak skończą się zapasy, na poziomie około 6.000,00 zł. W ramach wykonania zadania wykonawca planuje część zadania, chcąc usprawnić wykonanie zamówienia, zlecić podwykonawcy. Łączny koszt transportu odpadów przewidzianych dla firmy OR-Mig Sp. z o.o. to 21.000,00 zł.

Spółka przewiduje zysk na poziomie 10% w ramach wykonania tego zadania.”

Analogiczne wyjaśnienia różniące się co do wartości poszczególnych pozycji przystępujący złożył w odniesieniu do zadania 3 i 4.

Zamawiający najwyżej ocenił ofertę EPA Green Sp. z o.o. i 24 kwietnia 2020 r. dokonał wezwania na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia wykazu usług.

W odpowiedzi przystępujący złożył wykaz, w którym wskazał umowy wykonane przez B. W. prowadzącego działalność pod firmą „Wietland” B. W.

Zamawiający 5 maja 2020 r. wezwał EPA Green Sp. z o.o. do poprawienia dokumentów z uwagi na podpisanie wykazu przez B. W. oraz brak wskazania, że wykonano usługę polegającą na koszeniu traw i przycinaniu żywopłotów.

Ze złożonego wykazu wynika, że referencyjne usługi świadczone były na podstawie odrębnych umów) - osobno na koszenie traw i osobno na utrzymanie i konserwację zieleni w tym przycinanie żywopłotów. I tak w ramach zad. 2 - wykazano doświadczenie na podstawie umowy nr 03/DR/2019 z 23 maja 2019 r. oraz na podstawie umowy nr 24/DR/2019 z 26 kwietnia 2019 r. W zadaniu nr 3 posłużono się tymi samymi umowami, natomiast w zad. nr 4 - usługa koszenia wykazana była na podstawie umowy nr 020/DR/2019 z 18 kwietnia 2019 r. oraz w zakresie cięcia żywopłotów nr 23/DR/2019 z 24 kwietnia 2019 r.

B. W. w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oświadczył, że udostępnia zasoby dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia.

Ponadto oświadczył, że:

- 1) udostępnia zasoby w zakresie wykonania co najmniej jednej umowy w okresie ostatnich 3 lat polegającą na koszeniu traw i przycinaniu żywopłotów na kwotę brutto umowy wskazaną adekwatnie do zadania;
- 2) sposób wykorzystania zasobów polegać będzie na świadczeniu usług koszenia trawy i przycinania żywopłotów wraz z porządkowaniem terenu i zagospodarowaniem odpadów zielonych i zebranych nieczystości na potrzeby realizacji zamówienia publicznego

prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę koszenia trawy i przycinaniu żywopłotów wraz z uporządkowaniem terenu i zagospodarowaniem odpadów zielonych i zebranych nieczystości na gruntach stanowiących własność Gminy Wrocław;

- 3) zakres i okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego polegać będzie na oddelegowaniu pracowników do świadczenia usług koszenia trawy i przycinania żywopłotów wraz z porządkowaniem terenu i zagospodarowaniem odpadów zielonych i zebranych nieczystości w charakterze podwykonawcy i wspólnie ze Spółką EPA GREEN sp. z o.o.

Zostały wskazane powierzchnie przy trzykrotnym koszeniu traw oraz suma długości żywopłotów przy dwukrotnym przycięciu przez cały okres obowiązywania umowy adekwatnie do poszczególnych zadań. Zobowiązanie zawiera również oświadczenie, że B. W. będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego w zadaniach 2, 3 i 4 w związku z czym zostało wniesione odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie dotyczące części 4 nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zamawiający stosując w postępowaniu art. 26 ust. 2 Pzp wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie EPA Green wykonawcę, którego ofertę ocenił jako najkorzystniejszą. Zdolność podmiotowa wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, nie była badana, zatem nieuzasadnione byłoby wymaganie od odwołującego, aby dla wykazania swego interesu w uzyskaniu zamówienia stawiał zarzuty względem Spes City Sp. z o.o. Pogląd o szerszym spojrzeniu na kwestię interesu w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu, w którym zamawiający korzysta z tzw. procedury odwróconej ukształtował się w orzecznictwie Izby (*vide* przykładowo: wyroki KIO 1499/17, KIO 2006/17).

Ponadto, co do zasady kwestia interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest przesłanką wskazaną w art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z ugruntowaną praktyką orzeczniczą przepis ten zawiera materialnoprawne przesłanki odwołania, które badane są na rozprawie.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz nieuzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia ceny oferty przystępującego.

Art. 90 ust. 1 *in initio* Pzp stanowi, że jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości

zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

EPA Green udzielił wyjaśnień, zatem należy rozważyć, czy wyjaśnienia te potwierdzają rażące zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy. Na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Przepisy ustawy nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Zamawiający może oprzeć się na samych wyjaśnieniach, jeśli w dostatecznym stopniu uzasadniają one poprawność obliczenia ceny oferty. Oceny wyjaśnień należy dokonywać *ad casum*. Zamawiający prawidłowo uwzględnił zatem przy ocenie wyjaśnień, że przyczyną wezwania do wyjaśnień było przekroczenie progu 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, gdyż ceny ofert złożonych przez wykonawców nie były rozbieżne w stopniu uzasadniającym badanie ceny oferty. Można zatem logicznie wnioskować, że o aktualnym poziomie cen na rynku świadczą ceny ofert, nie zaś szacunek zamawiającego. Potwierdzają to powołane przez zamawiającego umowy zawarte w ubiegłym roku z odwołującym: nr 10/SZP/04/19/G, 11/SZP/04/19/G, 12/SZP/04/19/G oraz 25/SZP/05/19/G. Zwraca uwagę, że ceny EPA Green w zadaniach 2 i 3 są około 10% wyższe niż ceny, za które odwołujący zrealizował należycie usługę koszenia traw i przycinania żywopłotów. Sytuacja finansowa na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, którą obrazują zestawienia cen z roku poprzedniego i badanego postępowania, oraz brak znaczącego wzrostu inflacji nie dają podstaw do uznania, że EPA Green rażąco zaniżył cenę swojej oferty w poszczególnych zadaniach.

Na rynkowy charakter cen wskazanych przez przystępującego wskazuje również zestawienie cen jednostkowych w poszczególnych zadaniach. Odwołujący w zadaniu 3 i 4 zaproponował ceny jednostkowe netto za skoszenie 1 m² niższe od stawek zaoferowanych przez EPA Green. Generalnie można stwierdzić, że różnice w cenach jednostkowych koszenia traw i przycinania żywopłotów obrazują uwarunkowania poszczególnych wykonawców oraz ich podejście

do obliczania ceny ofert. Nie różnią się one znacząco za wyjątkiem zadania 2, w którym ceny jednostkowe obu usług zostały ustalone przez odwołującego na poziomie istotnie wyższym.

Na poziom cen proponowanych obecnie na rynku wskazuje również cena za usługę przycinania żywopłotów, realizowana przez B. W. „WIETLAND” B. W. na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu w 2019 r. za cenę 1,1 zł za mb żywopłotu. Jest to cena zbliżona do wskazanej w ofercie przez przystępującego, a skoro pozwoliła na należyte wykonanie usługi, należy uznać ją za realną.

Oceniane na tym tle wyjaśnienia przystępującego nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnień złożonych przez EPA Green nie sposób uznać za nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne. Przystępujący odniósł się bowiem do wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, a także został uwzględniał zysk na poziomie 10 % dla każdego zadania.

Zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przepisy ustawy nie wskazują precyzyjnie, w jakim zakresie podmiot udostępniający potencjał musi realizować zamówienie, zatem podmiot użyczający swoje zasoby ma wykonać roboty w niezbędnym zakresie, przy czym może wykonać je również wspólnie z wykonawcą, któremu użycza zasobów. Brak jest zatem podstaw do uznania, że przystępujący zleci B. W. podwykonawstwo w zakresie całości prac objętych przedmiotem zamówienia i to za cenę wskazaną w ofercie. Z treści zobowiązania B. W. wynika wprawdzie możliwość podwykonawstwa, ale przewidziana była również realizacja czynności przez oddelegowanych pracowników do wykonywania zamówienia wspólnie z przystępującym.

W ocenie Izby uwarunkowania powołane przez przystępującego wskazują na oszczędność metody wykonania zamówienia, gdyż posiadanie koniecznych materiałów i specjalistycznego sprzętu w bardzo dobrym stanie technicznym ma znaczenie dla obliczenia ceny. Szczegółowo odniesiono się również do kwestii kadry. EPA Green przedstawił kalkulację kosztów pracy dla poszczególnych zadań uwzględniającą przepisy prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym z uwzględnieniem płacy minimalnej. Na cenę oferty wpływa również możliwość przetwarzania i ponownego wykorzystania frakcji bioodpadów.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego i zarzut zaniechania odrzucenia ofert w zadaniach 2-4 z powodu niewykazania prawidłowego obliczenia ceny ofert.

EPA Green prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego zarówno przepisy ustawy, jak i treść warunku nie uzasadniają tezy, że wykonawca będzie posiadał wymagane doświadczenie tylko w tym przypadku, gdy usługę koszenia trawy i przycinanie żywopłotów wykona wyłącznie na podstawie

jednej umowy.

Taki warunek miałby charakter nadmierny, ograniczający możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy usługi objęte przedmiotem zamówienia wykonali należycie w przeszłości, jedynie z przyczyn formalnych. Art. 22 ust. 1a Pzp stanowi natomiast, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Wykaz wykonanych usług polegających na koszeniu trawy i przycinaniu żywopłotów oraz dowody potwierdzające ich należyte wykonanie nie budzą wątpliwości co do wykazania przez EPA Green spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro bowiem wykonawca posiada doświadczenie w koszeniu trawy i przycinaniu żywopłotów – usługach zrealizowanych na rzecz tego samego zamawiającego w czasie wymaganym w SIWZ posiada wymagane doświadczenie niezależnie od tego, czy usługi te wykonał w ramach jednej, czy dwóch umów. Kompetencje wykonawcy w obu przypadkach są takie same. Odmowa wykazania doświadczenia wyłącznie z tego powodu, że usługa koszenia trawy i przycinania żywopłotów została wykonana na podstawie dwóch umów byłoby nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skoro EPA Green wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie wprowadził zamawiającego w błąd i nie podlega wykluczeniu na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp,

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: