

Sygn. akt: KIO 2386/18

WYROK
z dnia 3 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez **M.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M.J.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie**,

przy udziale **E.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Green Projekt” Urządzenie i Utrzymanie Zieleni E.P.**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie części II zamówienia i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze;
3. Kosztami postępowania obciąża E.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Green Projekt” Urządzenie i Utrzymanie Zieleni E.P. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie zieleni na terenie miasta Olsztyn w latach 2019 - 2021, części I, II, IV, V.*

W dniu 19 listopada 2018 r. M.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M.J. wniosła odwołanie wobec czynności odrzucenia jej oferty w zakresie części I, II, IV i V zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu przyjęto dwa kryteria oceny ofert: cenę o wadze 60% oraz okres pielęgnacji nasadzeń drzew, krzewów i bylin wykonanych w ramach umowy, licząc od dnia protokolarnego odebrania poszczególnych nasadzeń przez Zamawiającego [miesiąc] (min. 12 miesięcy, max. 36 miesięcy) o wadze 40%. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego dla każdej oferowanej części zamówienia. W kosztorysie ofertowym wykonawcy mieli obowiązek wyceny poszczególnych pozycji, tj. rodzajów czynności jakie będą wykonywane w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał jednostki obmiarowe, założył orientacyjną ilość jednostek do wykonania, zaś wykonawcy zobligowani byli do podania cen jednostkowych netto, wartości netto, stawki podatku VAT oraz wartości brutto. Suma wartości brutto wszystkich pozycji stanowiła wartość ofertową do porównania złożonych ofert. Oferta Odwołującego w częściach I, II, IV i V uzyskała największą liczbę punktów. W dniu 2 października 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny następujących pozycji kosztorysowych części A:

- Naprawy i inne prace na terenach zieleni (r-g),
- Praca sprzętu: koparko-ładowarka (m-g),
- Praca sprzętu: samochód samowyładowawczy do 5t z hds (m-g),
- Praca sprzętu: samochód do 3,5 t (m-g).

Odwołujący stwierdził, że w wyznaczonym terminie przedłożył wyczerpujące wyjaśnienia, poparte dowodami, wykazując, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W dniu 9 listopada 2018 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu oferty w częściach: I, II, IV, V. Zamawiający jako podstawę prawną do odrzucenia oferty przyjął: zaoferowanie rażąco niskiej ceny oraz okoliczność, że złożenie przedmiotowej oferty stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji. Z uzasadnienia faktycznego wynika, że Zamawiający uznał brak rentowności kwestionowanych pozycji nr A: 14, 15, 16 i 17 kosztorysu ofertowego oraz manipulowanie pozycjami kosztorysu w celu uzyskania lepszej punktacji w toku oceny ofert. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący wykorzystując wiedzę dotyczącą faktycznej realizacji ww. pozycji zdobytą przy realizacji poprzedniej umowy, zaniżył wartość pozycji 14-17, zwiększając ceny jednostkowe w innych pozycjach, tych które występują najczęściej w realizacji zamówienia. To powoduje, zdaniem Zamawiającego, nieporównywalność ofert. Zamawiający podniósł, że chociaż oferta Odwołującego nominalnie jest niższa od ofert innych wykonawców, to w trakcie realizacji może się okazać ofertą najdroższą, ponieważ istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest to, że niektóre pozycje będą realizowane częściej.

Odwołujący zakwestionował powyższe stanowisko i podniósł, że w złożonych wyjaśnieniach podnosił szereg okoliczności świadczących o tym, że przyjęty sposób kalkulacji ceny ofertowej jest prawidłowy. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty nie odniósł się w żaden sposób do przedstawionych wyjaśnień, nie wskazał dlaczego i z jakich powodów nie daje im wiary, odniósł się jedynie do możliwości osobistego wykonywania prac wymienionych w pozycji 16: praca sprzętu: samochód samowładowczy do 5 t z hds. Zamawiający kwestionuje możliwość osobistego wykonywania tych prac przez Odwołującego, gdyż, jak twierdzi, pani M.J. dysponuje prawem jazdy kategorii B, a nie C1. Odwołujący zwraca jednak uwagę, że wymogiem Zamawiającego było wykonywanie prac samochodem do 5 t z hds. Wykonawca dysponuje samochodem o tonażu 3,5 t z hds i takim pojazdem może kierować osoba z prawem jazdy kat. B.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ocenił wszystkich wyjaśnień i nie wziął pod uwagę wszystkich czynników mających wpływ na cenę, a jednoznacznie wskazał, że cena oferty Odwołującego nie pozwala mu na prawidłowe wykonanie prac. Odwołujący przedstawił czynniki świadczące o tym, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie zieleni na terenie miasta. Zamawiający wskazując liczbę jednostek do wykonania w okresie trzech lat realizacji zamówienia, uwydatnił tym samym, które z zamawianych czynności będą najistotniejsze i najczęściej wykonywane. Z kosztorysu wynika, że na koszenie mechaniczne założono 747.750 jednostek, na wygrabienie liści 418.890 jednostek. Z wieloletniego, doświadczenia Odwołującego w branży utrzymania zieleni miejskiej wiadomo, że te pozycje stanowią podstawę realizacji usługi utrzymania zieleni. Pozycje takie jak naprawy, inne prace na terenach zieleni, praca koparko-ładowarki, samochodu samowładowczego czy samochodu 3,5 t, mają charakter incydentalny, marginalny. Co więcej, najczęściej tego typu

prace występują przy okazji wykonywania czynności wycenionych w innych pozycjach, dla przykładu: wywóz, dowóz i rozplantowanie ziemi (pozycja A 2). Pozycja 14: naprawy i inne prace na terenach zieleni, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ - opisem przedmiotu zamówienia, obejmuje prace związane z dewastacją elementów małej architektury oraz inne prace związane z bieżącym utrzymaniem terenów zieleni, których Zamawiający nie mógł przewidzieć do wykonania. Zgodnie z opisem, rozliczenie tych prac nastąpi na podstawie właściwych KNR bądź obmiaru oraz faktur za zakup niezbędnych materiałów. Na pozycję 14 Zamawiający przewidział 1000 roboczogodzin w skali 3 lat, zaś na pozycje 15-17 po 30 maszynogodzin. Z doświadczenia Odwołującego przy realizacji poprzedniej usługi w latach 2016-2018 wynika, że nawet te wartości są zawyżone. W przeciągu ostatnich trzech lat prace z pozycji 15 i 16 nie były zlecone ani razu, zaś prace z pozycji 14 i 17 wykonywane były po przeliczeniu przez 1 dzień. Inne pozycje kosztorysu, w porównaniu ze stawkami zaoferowanymi w 2016 r. wzrosły dwukrotnie. Wszystkie te kwestie zostały podniesione i wykazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący zaprzeczył tezie Zamawiającego, jakoby jego oferta mogła się okazać de facto ofertą najdroższą i zaznaczył, że jest to oferta z najniższą ceną w każdej pozycji kosztorysu. Kwestionowane pozycje 14-17 zostały przez Odwołującego wycenione identycznie jak w postępowaniu z 2016 r., z którego umowa jest obecnie w trakcie realizacji. Jakiegokolwiek więc by przyjąć założenia na etapie rozliczania i realizacji umowy, to i tak finalnie rozliczenia z Odwołującym będą dla Zamawiającego najkorzystniejsze spośród wszystkich złożonych ofert. Obniżenie cen jednostkowych w pozycjach wskazanych do wykonania incydentalnego nie doprowadziło również do zawyżania cen w innych pozycjach. Zaoferowane stawki są niższe od stawek konkurencji we wszystkich pozycjach. Zaoferowanie tak korzystnych cen jest możliwe z uwagi na wieloletnie doświadczenie Odwołującego, dotychczasową współpracę z Zamawiającym i znajomość uwarunkowań związanych z realizacją dotychczasowej umowy utrzymania zieleni. Nie można uznać, że działanie Odwołującego, to jest uwzględnienie przy oferowaniu cen wiedzy z dotychczasowej realizacji umowy, jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że uznanie działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz dokonania odpowiedniej kwalifikacji pod względem prawnym. Aby stwierdzić popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: działanie podmiotu ma związek z jego działalnością gospodarczą, jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, stanowi ono zagrożenie lub prowadzi do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy nie

doszło do manipulowania cenami, a wiedza, którą dysponował Odwołujący sporządzając ofertę, tj. faktyczna realizacja czynności przewidzianych przez Zamawiającego, była możliwa do pozyskania również przez innych wykonawców, chociażby w drodze zapytania w trybie dostępu do informacji publicznej. Odwołujący stwierdził, że nie manipulował cenami jednostkowymi, tj. nie zaniżał jednej pozycji, żeby podwyższyć inną, a przyjęcie strategii kosztorysowania umożliwiającej zaoferowanie najkorzystniejszej ceny nie można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powołał się m.in. na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z 29 marca 2012 r. sygn. akt C-599/10 w tezie nr 28 wskazał: *Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne.* Odwołujący stwierdził, że w ocenie TSUE oferta winna być ofertą poważną, tj. ofertą skalkulowaną w sposób przemyślany i racjonalny przy uwzględnieniu sytuacji danego podmiotu i jego relacji do wymagań zamawiającego. Na powyższe składać się mogą różnego rodzaju okoliczności, w tym sytuacja ekonomiczna samego wykonawcy, sprzyjające warunki realizacji świadczenia, jak również podjęte przez niego starania zmierzające do obniżenia kosztów własnych. Jeżeli wykonawca zakłada pewien sposób realizacji świadczenia to z samego faktu, że jest on obciążony pewnym ryzykiem niepowodzenia, nie można odmawiać temu wykonawcy prawa do ujęcia w oferowanej cenie oszczędności jakie ten zakładany sposób realizacji ma przynieść. Sam element ryzyka jest bowiem wpisany w prowadzenie działalności gospodarczej przez profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego. Negowanie samego uwzględnienia w cenie metod realizacji świadczenia mającego wpływ na wysokość tej ostatniej, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu, nie może stanowić podstawy do ich pominięcia przy ocenie racjonalności wyliczonego wynagrodzenia.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że kwestionowane przez Zamawiającego pozycje nie mogą zostać uznane za istotne części składowe ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. O ich istotności przesądzać musi kryterium odnoszące się do oferowanej ceny, tj. zdolność tych części składowych do wpłynięcia na całość ceny za zamówienie publiczne. Ocena istotności części składowej ceny musi zostać osadzona w kontekście celu, któremu służy procedura wyjaśnienia wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. ustalenia, czy zaoferowana cena poprzez jej nieuprawnione zniżenie nie narusza równowagi rynkowej podmiotów, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w postępowaniu. W tym kontekście istotne jest znaczenie cenotwórcze danego składnika

oferty. Porównując wartości ceny za całość przedmiotu zamówienia z wartością pozycji 14-17 należy uznać, że przedmiotowe składniki stanowią niewielki procent całości ceny, a przez to ich znaczenie dla ceny całego zamówienia nie jest duże, nie mogą one więc zostać uznane za istotne części składowe ceny w rozumieniu art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Co więcej, cena zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji w żaden sposób nie powoduje, by cena za całość przedmiotu zamówienia mogłaby zostać uznana za rażąco niską. Odwołujący podniósł, że całość zaoferowanej ceny ma charakter rynkowy i nie są spełnione przesłanki, które mogłyby podawać w wątpliwość osadzenie tej ceny w realiach rynkowych. Mimo że obecnie obowiązujący art. 90 ust 1 ustawy Pzp przewidział możliwość badania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny nie tylko całości zamówienia, lecz również istotnych części składowych, to jednak ustawa nadal nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty z powodu uznania przez Zamawiającego, że istotna część składowa ceny jest rażąco niska, bez jednoczesnego wskazania, że cena za całość zamówienia nosi znamiona rażąco niskiej. Przesądza o tym aktualna treść art. 89 ust. 1 pkt 4 i art 90 ust. 3 ustawy Pzp. Oba te przepisy wskazują, że podstawą odrzucenia może być jedynie rażąco niska cena, nie zaś cena, której istotna część składowa jest rażąco niska. W związku z tym zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny może odnosić się tylko i wyłącznie do ceny całkowitej jej wartości, a nie do jednego z elementów składających się na cenę oferty, a Zamawiający oceniając tylko jeden element oferty, nie może odrzucić tej oferty, choćby nawet sama cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską.

Odwołujący dodał, że dotychczasowa, wieloletnia współpraca z Zamawiającym potwierdza, że wykonywanie usług utrzymania zieleni jest realizowane na wysokim poziomie, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący jest podmiotem zaufanym, z 20 letnim doświadczeniem na rynku usług utrzymania zieleni, z powodzeniem realizującym projekty dofinansowane ze środków unijnych – trzy skutecznie zakończone, jeden w realizacji i jeden projekt w ocenie, do zrealizowania w najbliższych latach. Powyższe świadczy chociażby o wiarygodności Odwołującego, co w świetle zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, manipulowania cenami, zaniżania kosztów uderza również w dobre imię Odwołującego, tym bardziej uzasadniając wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie części I i II zgłosiła przystąpienie Ewelina Przywoźna prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Green Projekt” Urządzenie i Utrzymanie Zieleni E.P.. Przystąpienie okazało się skuteczne w zakresie części II zamówienia, w odniesieniu natomiast do części I wykonawca nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Przystępujący stwierdził jedynie, że w przypadku prawidłowego postępowania oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Na posiedzeniu Przystępujący przyznał, że jego oferta – po odrzuceniu oferty Odwołującego – nie jest w tym zakresie ofertą najkorzystniejszą.

W dniu 27 listopada 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 28 listopada 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęło oświadczenie Przystępującego o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec powyższego, stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie w zakresie części II zamówienia. W pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), podstawą obliczenia ceny jest kosztorys ofertowy dla odpowiedniej części zamówienia tj.:

- dla części I kosztorys ofertowy stanowiący załącznik nr 4a do SIWZ,
- dla części II kosztorys ofertowy stanowiący załącznik nr 4b do SIWZ,
- dla części III kosztorys ofertowy stanowiący załącznik nr 4c do SIWZ,
- dla części IV kosztorys ofertowy stanowiący załącznik nr 4d do SIWZ,
- dla części V kosztorys ofertowy stanowiący załącznik nr 4e do SIWZ.

Zamawiający podał, że wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej SIWZ, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia oraz że wykonawca zobowiązany jest wypełnić kosztorys ofertowy (we wszystkich pozycjach).

W rozdziale XIV SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena oferty – 60%, okres pielęgnacji nasadzeń drzew, krzewów i bylin wykonanych w ramach umowy, licząc od dnia protokolarnego odebrania poszczególnych nasadzeń przez Zamawiającego [miesiąc] (min. 12 miesięcy, max. 36 miesięcy) – 40 %.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 417.070,00 zł netto, natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 420.000,00 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- „N.” Budowa i Remont Dróg Usługi Transportowo-Budowlane i Handel J. N.: 940.142,61 zł
- „Green Projekt” Urządzanie i Utrzymywanie Zieleni E. P.: 897.432,66 zł,
- Warmińska Czystość Sp. z o.o.: 2.313.625,62 zł
- Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M.J.: 233.735,34 zł

Odwołujący w poz. 14-17 części A kosztorysu ofertowego (Prace porządkowe, utrzymaniowe, naprawcze i montażowe) zaoferował następujące ceny jednostkowe netto:

- poz. 14 Naprawy i inne prace na terenach zieleni: 1,00 zł,
- poz. 15 Praca sprzętu: koparko-ładowarka: 1,00 zł,
- poz. 16 Praca sprzętu: samochód samowyładowczy do 5 t z hds: 1,00 zł,
- poz. 17 Praca sprzętu: samochód do 3,5 t: 1,00 zł.

Pismem z 2 października 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz pozycji kosztorysowych 14-17, w szczególności w zakresie określonym w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował, że odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których przedstawił następujące okoliczności:

- Osobista praca Odwołującego nie podlega przepisom o minimalnej stawce godzinowej. Zakres osób prowadzących działalność gospodarczą, do których mają zastosowanie przepisy ustawy dotyczące obowiązku zapewnienia minimalnej stawki godzinowej, został ograniczony wyłącznie do osób fizycznych niezatrudniających pracowników lub

zleceniobiorców. Wobec powyższego, praca Odwołującego jako osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą i zatrudniającej pracowników nie podlega przepisom ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

- Marginalny charakter prac z poz. 14-17 dla całokształtu zamówienia publicznego. Odwołujący przedstawił zakres ilościowy tych prac w ramach obecnie wykonywanej przez niego umowy o tożsamym zakresie przedmiotowym. Wskazał, że prace wyszczególnione w pozycjach 15 oraz 16 nie były zlecone ani razu na przestrzeni lat 2016-2018, natomiast prace wyszczególnione w pozycjach 14 oraz 17 zlecone w latach 2016-2018 w przeliczeniu na 1 dzień wykonywania umowy nie stanowiły nawet 1/10 roboczo- czy maszynogodziny.
- W zamówieniach publicznych związanych z utrzymaniem zieleni na terenie Olsztyna najistotniejszymi elementami cenotwórczymi kosztorysu ofertowego są: koszenie mechaniczne, wygrabienie liści oraz pielenie. Zaoferowane przez Odwołującego ceny jednostkowe w tych pozycjach, które mają największe znaczenie cenotwórcze, zostały skalkulowane na poziomie wyższym niż w poprzednim postępowaniu i zapewniają Odwołującemu zysk.
- Prace wyszczególnione w pozycjach 14, 15, 16 i 17 kosztorysu ofertowego mają charakter sztucznych składników cenowych kosztorysu ofertowego. Wszystkie prace wyszczególnione w tych pozycjach zawierają się w innych pracach opisanych przez Zamawiającego (wszędzie musi dojechać i pracować samochód/sprzęt/człowiek). Ponadto prace z ww. pozycji kosztorysu, nawet jeśli potraktować je odrębnie, mają charakter typowo zadaniowy (np. zdjęcie osłonki krzewu) i nie są przeliczalne na godziny, gdyż ich wykonywanie zazwyczaj nie zajmuje nawet nieznacznej części jednej roboczo- czy maszynogodziny.
- Odwołujący równolegle wykonuje kilka zamówień na tym samym obszarze, w związku z czym prace o charakterze akcesoryjnym wynikające z zamówienia publicznego związanego z utrzymaniem zieleni w tym samym terenie mogą być wykonywane w tym samym czasie przy okazji wykonywania zamówień publicznych związanych z oczyszczaniem, jako że te ostatnie Odwołujący wykonuje codziennie m.in. we wszystkich tych częściach miasta, których dotyczy zamówienie publiczne związane z utrzymaniem zieleni na terenie miasta Olsztyna (codziennie jeżdżą tam samochody, sprzęt i pracownicy w celu wykonywania zadań związanych z oczyszczaniem terenów Olsztyna). Wykonywanie kilku zamówień publicznych w tych samych częściach miasta pozwala istotnie obniżyć koszty pracy oraz optymalizować metody wykonywania zamówień.

- Odwołujący posiada wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu zamówień o tożsamym lub zbliżonym przedmiocie, mających podobną specyfikę, co pozwoliło wypracować optymalną metodę wykonywania zadań.
- Czynniki, takie jak: należyte wyposażenie przedsiębiorstwa (własna baza warsztatowa oraz magazynowa o łącznej pow. 506 m², działka o pow. 0,41 ha, odpowiedni sprzęt, w pełni zaopatrzone zaplecze warsztatowe oraz stolarnia), lokalizacja przedsiębiorstwa w pobliżu rejonu objętego zamówieniem publicznym (pozwalająca na wyeliminowanie kosztów związanych z dojazdem sprzętu i ludzi na miejsce wykonywania zadań), posiadany potencjał techniczny (samochody, samochody specjalistyczne, samochody asenizacyjne, zamiatarki, ciągniki, kosiarki, piły, kosy spalinowe, kosiarki samojezdne, sprzęt do zamywania stanowiące własność przedsiębiorstwa) oraz dobra kondycja finansowa przedsiębiorstwa kreują wyjątkowo sprzyjające warunki do wykonywania zamówienia. Znajomy charakter pracy, uwarunkowania działania przedsiębiorstwa oraz znajomość terenu pozwoliły na dokonanie prawidłowej kalkulacji ceny, a posiadane przez przedsiębiorstwo bogate zasoby oraz brak konieczności zlecania poszczególnych prac podwykonawcom umożliwiły wygospodarowanie istotnych oszczędności w ramach metody wykonywania zamówień.
- Odwołującemu została udzielona pomoc publiczna na dofinansowanie dwóch projektów, („Wzrost konkurencyjności Przedsiębiorstwa Utrzymania Czystości dzięki inwestycji w środki trwałe oraz zwiększeniu powierzchni usługowej” oraz „Doposażenie w środki trwałe Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M.J. drogą wzrostu konkurencyjności firmy”), co wskazuje na innowacyjność firmy i pozwala istotnie obniżyć koszty jej funkcjonowania. Odwołujący wskazał również na inne dofinansowania projektów, które otrzymuje obecnie lub ubiega się o ich udzielenie.
- Jedną z priorytetowych misji firmy jest wzrost zatrudnienia oraz jego utrzymanie przy niedużym zysku, co stanowiło zresztą podstawę dla otrzymanych środków unijnych. Niewielki rozmiar przedsiębiorstwa oraz związany z tym brak potrzeby utrzymywania dodatkowych miejsc pracy dla pracowników o charakterze administracyjnym stanowią kolejne źródło oszczędności kosztów oraz poprawy konkurencyjności. Odwołujący wskazał, że obecnie zatrudnia na podstawie umowy o pracę 14 osób, a przy wykonywaniu zamówień publicznych związanych z utrzymywaniem zieleni pracuje również osobiście. Jako inspektor nadzoru prac w terenach zielonych Odwołujący przyjmuje na nieodpłatny staż i praktyki osoby chcące się doskonalić zawodowo w obszarze utrzymywania i pielęgnacji zieleni. Wykonując równolegle inne zadania Odwołujący odpowiednio obniża marginalny przyrost kosztów na jednostkę wykonanych zadań. Roboczogodzina pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nie

dotyczy zatem jedynie prac związanych z utrzymywaniem zieleni, ale również innych zadań wynikających z równoległego wykonywania innych zamówień publicznych na tym samym terenie.

Odwołujący załączył do wyjaśnień następujące dowody:

- 1) Kserokopia prawa jazdy M.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M.J.;
- 2) Kserokopia zaświadczenia o uprawnieniach kwalifikacyjnych w zakresie inspektora nadzoru prac w terenach zielonych M.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M.J.;
- 3) Zlecenia prac wyszczególnionych w pozycjach 14, 15, 16 i 17 kosztorysu ofertowego w latach 2016-2018;
- 4) Kserokopia kosztorysu ofertowego Przedsiębiorstwa Utrzymania Czystości M.J. dla części IV i V z Umowy Nr 2530.20.2016;
- 5) Kserokopie kosztorysów ofertowych Przedsiębiorstwa Utrzymania Czystości M.J. dla części I, 112 IV i V w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nadanej nazwie: „Utrzymanie zieleni na terenie miasta Olsztyna w latach 2019-2021 części 1, 11, IV, V”;
- 6) Kserokopie referencji;
- 7) Kserokopie umów o dofinansowanie projektów „Wzrost konkurencyjności Przedsiębiorstwa Utrzymania Czystości dzięki inwestycji w środki trwałe oraz zwiększeniu powierzchni usługowej” oraz „Doposażenie w środki trwałe Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M.J. drogą wzrostu konkurencyjności firmy”;
- 8) Kserokopia umowy o dofinansowanie projektu „Wdrożenie wyników prac B+R w Salonie Kosmetyki i Medycyny Estetycznej BELOVED BeautyPlace”;
- 9) Kserokopia potwierdzenia złożenia wniosku o dofinansowanie projektu „Odtworzenie regionalnych produktów, usług i zawodów sposobem na rozwój Przedsiębiorstwa Utrzymania Czystości M.J.”;
- 10) ZUS DRA dotyczący zatrudnienia;
- 11) Kserokopia umowy o staż.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący opisał powody i treść wezwania Odwołującego do wyjaśnień oraz przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty: *Z przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień wynika, iż pozycje kosztorysu nr 14, 15, 16 i 17 zostały przyjęte*

w oparciu o stawki, z góry zakładające, że pozycje te będą realizowane bez założenia jakiegokolwiek rentowności. Spowodowało to, że pozycje nr 14, 15, 16 i 17, których ustalenie w oparciu o stawki zapewniające rentowność realizacji tych prac byłyby istotnym elementem oferowanej ceny, stały się elementem zupełnie nieistotnym. Zgodnie z nowelizacją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z lipca 2016 r. rażąco niską cenę należy badać w odniesieniu nie tylko do ceny całkowitej, ale także w odniesieniu do jej istotnych elementów. Za taki istotny element można uznać pozycje nr 14, 15, 16 i 17 kosztorysu. Ponadto przyjmuje się, że czynem nieuczciwej konkurencji jest manipulowanie pozycjami kosztorysu ofertowego w celu uzyskania lepszej punktacji w toku oceny ofert. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca wprost wskazuje, że wykorzystując wiedzę zdobytą w trakcie innych postępowań, celowo zaniżył wartość kosztorysu w poz. 14-17, w celu zwiększenia cen jednostkowych w pozycjach, które występują najczęściej w realizacji zamówienia. Konsekwencją tego jest stan, w którym złożone oferty przez wykonawców są nieporównywalne. Oferta Wykonawcy PUC M.J., choć nominalnie może być niższa od ofert innych Wykonawców, w trakcie realizacji zamówienia może okazać się ofertą najdroższą. Zważyć przy tym należy, iż istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest to, że to od potrzeb zamawiającego zależy, które pozycje kosztorysowe będą realizowane najczęściej. Normalnym zatem działaniem – w celu uzyskania ofert porównywalnych i uzyskania możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej – jest określenie przez zamawiającego szacunkowych ilości poszczególnych pozycji, które podlegać będą wycenie. Nie sposób sobie wyobrazić, by w odpowiedzi na takie działanie Zamawiającego wykonawca mógł z góry przyjmować, że pewne pozycje kosztorysowe nie wystąpią w trakcie realizacji zamówienia i wobec tego wyceniać je na kwotę symboliczną (znacznie poniżej wartości rynkowej czy wartości ponoszonych kosztów). Tym bardziej jeśli wykonawca specjalnie zwiększa wartość pozycji kosztorysowych, wiedząc o ich niedoszacowaniu pod względem ilościowym przez Zamawiającego. W konsekwencji, z uwagi na powyższe wyjaśnienia Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zostały uznane za wystarczające. Wyjaśnienia nie wyeliminowały wątpliwości Zamawiającego co do rażącego zniżenia ceny oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wobec powyższego zachodzi konieczność odrzucenia złożonej oferty w części I, II, IV, V na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto odnosząc się do Wyjaśnień wykonawcy w zakresie osobistego wykonywania prac wymienionych w poz. 16 „praca sprzętu: samochód samowładowczy do 5 t z hds” na podstawie prawa jazdy kategorii B M.J. — ustalono, iż zgodnie z art. 6.1 pkt 7 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (Dz.U. 2011 Nr 30 poz. 151) posiadanie uprawnienia do kierowania pojazdem samochodowym o dopuszczalnej masie całkowitej

przekraczającej 3,5 t i nieprzekraczającej 7,5 t, z wyjątkiem autobusu stwierdza prawo jazdy kategorii C1, a nie kategorii B.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że 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. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Cena zaoferowana przez Odwołującego, z uwagi na jej istotnie niższy poziom od wartości szacunkowej zamówienia, a w szczególności od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, może budzić wątpliwości co do jej realności. Tym niemniej zasadność odrzucenia oferty ocenia się w kontekście okoliczności faktycznych wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Ocenie Izby podlega bowiem czynność Zamawiającego polegająca na ocenie złożonych wyjaśnień, a negatywny wynik tej oceny musi być zakomunikowany wykonawcy i należycie uzasadniony. Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena umożliwi realizację zamówienia. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest dokonana przez Zamawiającego i przedstawiona wykonawcy ocena wyjaśnień.

Tak jak w przypadku rażąco niskiej ceny, tak i w odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki

sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W ocenie Izby przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie może prowadzić do wniosku, że czynność ta była zasadna. Pomijając opisanie powodów i treści wezwania wykonawcy do wyjaśnień oraz przytoczenie treści przepisów, uzasadnienie to zawiera jedynie kilka gołosłownych tez, bez ich szerszego uzasadnienia.

W odniesieniu do rażąco niskiej ceny uzasadnienie odrzucenia sprowadza się w zasadzie do stwierdzenia, że ceny jednostkowe w poz. 14-17 kosztorysu stanowiły istotne części składowe ceny ofertowej. Zamawiający nie wyjaśnił, z czego taką tezę wywodzi, nie przedstawił uzasadnienia obrazującego okoliczności, które doprowadziły go do takiego stwierdzenia. Z informacji o odrzuceniu oferty nie sposób powziąć wiedzy, dlaczego Zamawiający uznał, że te cztery pozycje kosztorysu obejmują elementy istotne, bezpośrednio wpływające na możliwość i jakość wykonania zamówienia jako całości. Nie wiadomo czy ich istotności Zamawiający upatruje w wartościowym udziale w cenie oferty czy też w ich znaczeniu z punktu widzenia osiągnięcia celów zamówienia. Tymczasem przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiący podstawę do uruchomienia procedury wyjaśniającej mogącej skutkować odrzuceniem oferty, w odniesieniu do części składowych ceny wyraźnie odwołuje się do ich istotności. Zamawiający w żadnej mierze istotności tej nie wykazał, nie odniósł się też do przedstawionej w wyjaśnieniach argumentacji, że są to elementy nieistotne, zawierające się w innych elementach przedmiotu zamówienia.

W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie przedstawił swojego stanowiska dotyczącego ceny całkowitej oferty, całkowicie pomijając wskazane w wyjaśnieniach okoliczności mające wykazać prawidłowość kalkulacji ceny. Nie wiadomo jak Zamawiający ocenił wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy czy przedstawionych przez Odwołującego czynników pozwalających obniżyć koszty realizacji zamówienia.

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zauważyć należy, że Zamawiający nie wskazał nawet, znamiona którego z czynów określonych przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały wyczerpane. Zamawiający stwierdził, że zaoferowanie niskich cen w poz. 14-17 kosztorysu stanowi manipulowanie cenami, nie uzasadnił jednak, na czym to manipulowanie polega. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający twierdzi, że oferta Odwołującego *choć nominalnie może być niższa od ofert innych Wykonawców, w trakcie realizacji zamówienia może okazać się ofertą najdroższą*, skoro nie zostało wykazane, aby w którejkolwiek z pozycji kosztorysowych cena jednostkowa została skalkulowana na poziomie wyższym niż w innych ofertach, pozwalając na uzyskanie wyższego wynagrodzenia na etapie realizacji zamówienia.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że *wykonawca specjalnie zwiększa wartość pozycji kosztorysowych, wiedząc o ich niedoszacowaniu pod względem ilościowym przez Zamawiającego*, zauważyć należy, że Zamawiający nie podał, których pozycji to dotyczy. Ponadto wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z wyjaśnień wynika nie tyle, że wykonawca celowo zaniżył wartość kosztorysu w poz. 14-17, w celu zwiększenia cen jednostkowych w pozycjach, które występują najczęściej w realizacji zamówienia, ale że istotne elementy zamówienia zostały wycenione na poziomie zapewniającym wykonawcy zysk.

W odniesieniu do zarzuczonego przez Zamawiającego wykorzystania wiedzy zdobytej w trakcie innych postępowań i przyjęcia, że określone prace nie wystąpią albo wystąpią w znikomym zakresie, Zamawiający nie przedstawił szerszego uzasadnienia na okoliczność dysponowania przez Odwołującego informacjami niedostępnymi innym wykonawcom. Jeśli natomiast rzeczywiście tak było, to pojawia się pytanie o prawidłowość opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, na którym ciąży obowiązek przekazania wszystkim wykonawcom kompletnych i rzetelnych informacji potrzebnych do sporządzenia oferty. Biorąc pod uwagę złożone przez Odwołującego dowody w postaci protokołów odbioru prac dotyczących wcześniej zawartej umowy, należy uznać za wykazane, że liczba jednostek podana w poz. 14-17 kosztorysu przez Zamawiającego została przeszacowana, a skoro tak, to błędu należy upatrywać w dokumentacji przetargowej, która nie dawała wszystkim wykonawcom wiedzy na temat prawidłowo szacowanego zakresu ilościowego prac. Kwestia ta zostaje jednak wskazana na marginesie, jako że wykracza ona poza przedmiot sporu wyznaczony zarzutami odwołania.

Ostatnim argumentem Zamawiający przedstawionym w uzasadnieniu odrzucenia oferty było zakwestionowanie możliwości osobistego wykonania zamówienia z uwagi na posiadanie przez Odwołującego prawa jazdy kategorii B do kierowania samochodem o masie całkowitej przekraczającej 3,5 t. Odnosząc się do tego argumenty zauważyć należy,

że samochód, który ma być w tym celu wykorzystany (Iveco Daily) ma masę 3,5 t. Odwołujący złożył na tę okoliczność kartę pojazdu, w której wpisany jest jako właściciel. Dopuszczalna masa całkowita pojazdu podana w karcie to 3,5 t.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Przystępującego stwierdzić należy, że próbując wykazać niezasadność zarzutów odwołania podnosił on okoliczności, które nie były podstawą odrzucenia oferty, nie mogą więc przesądzać o prawidłowości odrzucenia. Dotyczy to w szczególności kwestii nieuwzględnienia kosztów pracy zgodnie z przepisami prawa. Przystępujący nie złożył też żadnych dowodów, które podważyłyby twierdzenia i dowody przedstawione przez Odwołującego.

Podsumowując, w świetle tak sporządzonej informacji o odrzuceniu oferty czynność odrzucenia należy uznać za nieprawidłową, a zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp za zasadne. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przystępującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 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 z późn. zm.). Zgodnie z przywołanymi przepisami, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wniesienia sprzeciwu wobec tego uwzględnienia, uwzględniając odwołanie Izba obciąża kosztami postępowania wykonawcę wnoszącego sprzeciw.

Przewodniczący: