

Sygn. akt: **KIO 586/13**

KIO 588/13

WYROK
z dnia 27 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2013 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **20 marca 2013 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **15.03.2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **W..... F.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PPHU DENDROBUD W..... F.....**, ul. **Dąbrowskiego 225/243. 93-231 Łódź** oraz **A..... N.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **ARTMAR A..... N.....**, ul. **Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź (sygn. akt KIO 586/13);**

B. w dniu **15.03.2013 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o., ul. Konstantynowska 3/5, 94-303 Łódź (sygn. akt KIO 588/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013-2015”

A.

przy udziale wykonawcy **KTU ZIELEŃ Spółka z o.o., ul. Tuwima 88/90, 90-031 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 586/13).

B.

przy udziale wykonawcy **KTU ZIELEŃ Spółka z o.o., ul. Tuwima 88/90, 90-031 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 588/13).

przy udziale wykonawcy **„Drogi i Ogrody” Spółka z o.o., ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 588/13).

orzeka:

A. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 586/13;

B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 588/13 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I, III oraz IV, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty złożonej przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o. w zakresie części I, III oraz IV oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I, III oraz IV z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża

A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 586/13 Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W..... F..... prowadząca

działalność gospodarczą pod firmą **PPHU DENDROBUD W..... F....., ul. Dąbrowskiego 225/243. 93-231 Łódź** oraz **A..... N.....;**

B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 588/13 Zamawiającego – **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:
 - A** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **W..... F.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PPHU DENDROBUD W..... F....., ul. Dąbrowskiego 225/243. 93-231 Łódź** oraz **A..... N.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **ARTMAR A..... N....., ul. Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź (sygn. akt KIO 586/13),**
 - B** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o., ul. Konstantynowska 3/5, 94-303 Łódź (sygn. akt KIO 588/13),**
- 2)
 - A** dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **W..... F.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PPHU DENDROBUD W..... F....., ul. Dąbrowskiego 225/243. 93-231 Łódź** oraz **A..... N.....** na rzecz Zamawiającego - **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - B** dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź** na rzecz **Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o., ul. Konstantynowska 3/5, 94-303 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 27 marca 2013 r. w sprawie KIO 586/13 i KIO 588/13

Zamawiający – Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013-2015”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 22.11.2012 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 27.11.2012 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2012/S 228-375652.

KIO 586/13

W dniu 06.03.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.03.2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum PPHU DENDROBUD W..... F....., ul. Dąbrowskiego 225/243. 93-231 Łódź oraz ARTMAR A..... N....., ul. Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczenia Odwołującego z postępowania i wykonaniu czynności niezgodnie z żądaniem wynikającym z uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania.

W związku z czynnościami podjętymi przez Zamawiającego we wskazanym postępowaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów:

- art. art. 186 ust. 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez:
 - niedostosowanie się Zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu Wykonawcy - konsorcjum firm: PPHU „DENDROBUD” W..... F..... oraz "ARTMAR" A..... N..... od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, wniesionym w dniu 25 stycznia 2013 r.;
 - przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego;

- ponownego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013-2015” oparte na tej samej podstawie;
- ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- w sytuacji, gdy Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, wniesionego w dniu 25 stycznia 2013 r., a dotyczące m.in. bezzasadności wykluczenia Wykonawcy z postępowania w sytuacji wykazania spełnienia przez Wykonawcę wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz bezzasadności wzywania do uzupełnienia dokumentów.

Jednocześnie z ostrożności procesowej, w sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała, iż powyższe zarzuty zasługują na uwzględnienie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji gdy Wykonawca wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu;
- art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy Odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty.

Odwołujący wniósł o załączenie do akt niniejszej sprawy akt postępowania odwoławczego, toczącego się pod sygn. KIO 173/13; UZP/DO/RO/1995/3170/13 oraz dopuszczenie dowodów z dokumentów w nich zawartych na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Ponadto wniósł o zobowiązanie Zamawiającego w trybie § 24 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań do złożenia pełnej dokumentacji związanej ze złożeniem i uzupełnieniem przez Odwołującego oferty, a zwłaszcza:

- wykazu usług;
- referencji wystawionych przez SPZOZ Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. WAM UM w Łodzi - Centralny Szpital Weteranów;
- zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzy i doświadczenia;
- referencji wystawionych przez WZZOZ Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi;
- referencji wystawionych przez RSM "Bawełna";

- referencji wystawionych przez Łódzki Zakład Usług Komunalnych x 4.

W związku z powyższym wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego.

W uzasadnieniu wskazał, co następuje.

I. Dnia 27 listopada 2012 r. Zamawiający Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi - wskutek ogłoszenia w dzienniku UE PL-Łódź Usługi utrzymania parków 2012/S 243- 398530 o zamówieniu publicznym na „utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013- 2015 r.” wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, nr postępowania: ZZM-IŻ-Fz.271.2.1.2012.

W dniu 19 grudnia 2012 r. Odwołujący przystąpił do ww. postępowania poprzez złożenie oferty spełniającej, zdaniem Odwołującego, wszystkie warunki określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Mimo to Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2013 r. poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty dla każdej z IV części zamówienia, wskazując iż oferta Odwołującego nie podlega ocenie. W piśmie doręczonym w dniu 16 stycznia 2013 r. Zamawiający wyjaśnił natomiast, iż Odwołujący został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013-2015” z uwagi na brak uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu jak również brak wykazania co najmniej 1 usługi odpowiadającej rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Dowody:

- oferta Wykonawcy (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);
- informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty dla każdej z IV części zamówienia (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);
- pismo Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2013 r. (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z uzasadnieniem (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);

Zdaniem Odwołującego spełnił on i należycie wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z

powyższym w dniu 25 stycznia 2013 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego - wykluczenia Odwołującego z postępowania. W toku postępowania odwoławczego, toczącego się pod sygn. akt KIO173/13; UZP/DO/RO/1995/3170/13 w dniu 7 lutego 2013 r. Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 25 stycznia 2013 r., zaś przystępująca do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Spółka KTU-ZIELEŃ Sp. z o. o. pismem z dnia 7 lutego 2013 r. oświadczyła, iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w całości przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z powyższym w dniu 11 lutego 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Dowody:

- odwołanie Wykonawcy z dnia 25 stycznia 2013 r. (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);
- pismo Zamawiającego z dnia 7 lutego 2013 r. (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);
- postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2013 r. (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);

Zgodnie z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dlatego też uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów i umorzenie w takim przypadku przez Izbę postępowania odwoławczego, rodzi po stronie zamawiającego obowiązek uczynienia zadość wszystkim żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu (postanowienie KIO z 17 kwietnia 2012 r. - sygn. akt KIO 668/12). Zaniechanie realizacji tego obowiązku może być dla odwołującego podstawą wniesienia kolejnego odwołania, którego zasadność będzie następnie przedmiotem oceny Izby (wyrok KIO z dnia 9 października 2012 r. - sygn. akt KIO 2083).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż uregulowana w przepisie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu - winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Jeśli zamawiający nie miał zamiaru wykonać czynności zawartych w odwołaniu, nie powinien być uwzględniać zarzutów odwołania, lecz wdać się w spór z wykonawcami co do żądań, których nie miał zamiaru uwzględnić. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji, bądź też jest niezgodne z prawem (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2011 r. - sygn. akt KIO 2270/11; KIO 2275/11; KIO 2298/11). Z żadną taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanym przypadku.

W związku z uwzględnieniem w dniu 30 stycznia 2013 r. przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt KIO 101/13) odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo „Zieleń Miejska - Południe” Sp. z o. o. oraz uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu konsorcjum firm PPHU. „DENDROBUD” i "ARTMAR" Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynność wykluczenia i odrzucenia ofert Odwołujących, a także ponownie przeprowadził badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu.

Jednakże mimo ciążącego na Zamawiającym obowiązku dostosowania się do żądań wskazanych w uwzględnionym przez niego odwołaniu Zamawiający nie wybrał oferty konsorcjum firm PPHU. „DENDROBUD” i "ARTMAR" jako najkorzystniejszej, ale ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Wobec powyższego Wykonawca pismem z dnia 13 lutego 2013 r. wezwał Zamawiającego do zaniechania dokonywania naruszeń. Zamawiający jednak w piśmie z dnia 15 lutego 2013 r. podtrzymał żądanie uzupełnienia dokumentów. Wykonawca wystosował zatem do Zamawiającego w dniu 20 lutego 2013 r. kolejne pismo, w którym wyjaśnił brak zasadności żądania uzupełnienia dokumentów. Mimo to Zamawiający w dniu 6 marca 2013 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczył Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu ponownego wykluczenia Wykonawcy z postępowania Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi wskazał te same argumenty co w uzasadnieniu czynności unieważnionych na skutek postępowania odwoławczego.

Dowody:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z uzasadnieniem z dnia 8 stycznia 2013 r. (w aktach sprawy o sygn. KIO 173/13);
- wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 13 lutego 2013 r.;
- pismo wykonawcy o zaniechanie dokonywania naruszeń z dnia 13 lutego 2013 r.;
- pismo Zamawiającego z dnia 15 lutego 2013 r.;
- pismo wykonawcy z dnia 20 lutego 2013 r.;
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z uzasadnieniem z dnia 6 marca 2013 r.

Uwzględnione przez Zamawiającego zarzuty odwołania dotyczyły m.in. bezzasadności wykluczenia z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz bezzasadności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w sytuacji gdy Wykonawca spełnił i należycie wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, składając wymagane dokumenty.

Wobec uwzględnienia w całości ww. zarzutów brak jest jakichkolwiek podstaw do żądania uzupełnienia dokumentów oraz wykluczenia Wykonawcy z postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013-2015”. Ponadto zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie przede wszystkim brak jest podstaw do przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum firm PPHU DENDROBUD i ARTMAR.

Dokonane przez Zamawiającego wykluczenie Wykonawcy z postępowania nastąpiło zatem bez jakiegokolwiek podstawy prawnej czy faktycznej i jako sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych podlega unieważnieniu.

II. Jednocześnie w sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie pragnę wskazać, iż Odwołujący spełnił i wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu - nie dopuścił się zatem żadnych uchybień uzasadniających jego wykluczenie.

Zamawiający wykluczył konsorcjum firm PPHU DENDROBUD i ARTMAR z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013-2015 r.” powołując się na treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu..

Wskazać należy, iż zgodnie z zapisami SIWZ (pkt 9.1.2) Wykonawca winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 600 000 zł brutto dla części 4 zamówienia. Przy czym za usługę odpowiadającą rodzajowo Zamawiający uznał łączne wykonanie lub wykonywanie w ramach tej samej umowy/kontraktu/zlecenia, usług polegających na utrzymaniu terenów zieleni miejskiej (parków i zieleńców) obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (ciecia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin), usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń opróżnianie koszy na śmieci, utrzymanie zbiorników wodnych i fontann).

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego Wykonawca w nie wykazał co najmniej 1 usługi odpowiadającej rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (utrzymanie terenów zieleni miejskiej) o wartości nie mniejszej niż 600 000 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego wykazane przez Wykonawcę usługi nie potwierdzają bowiem warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem wskazać należy, iż Odwołujący już wraz z ofertą z dnia 13 grudnia 2012 (złożona 19 grudnia) złożył zarówno wykaz wykonanych i wykonywanych usług o łącznej

wartości 20 941 740,13 zł, jak również dokumenty potwierdzające należyłość ich wykonania. Wartość wykazanych usług znacząco przewyższa 600 000 zł brutto.

Dowody:

- wykaz usług;
- referencje wystawione przez SPZOZ Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im WAM UM w Łodzi - Centralny Szpital Weteranów;
- zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzy i doświadczenia;
- referencje wystawione przez WZZOZ Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi;
- referencje wystawione przez RSM "Bawełna";
- referencje wystawione przez Łódzki Zakład Usług Komunalnych x 4.

Wykazane przez Wykonawcę usługi, polegające m.in. na pielęgnacji zieleni w Wojewódzkim Zespole Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi, czy oczyszczaniu pasów zieleni w pasach drogowych niewątpliwie są usługami odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. utrzymaniu terenów zieleni miejskiej. Zieleń miejską stanowią bowiem wszystkie tereny czynne biologicznie na terenie miast, niezależnie od tego jak są użytkowane, oraz kto jest ich właścicielem, w szczególności zaś parki, zieleńce, zieleń na placach, ulicach, zieleń izolacyjna (por. T. Walkowicz, Społeczne i ekologiczne aspekty tworzenia i utrzymania terenów zieleni miejskiej [w:] Tworzenie lokalnych form ochrony przyrody, FWIE, TNZ, Kraków 2001).

Warto zauważyć, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, SIWZ nie wskazuje aby w ramach jednej umowy/kontraktu/zlecenia oprócz prac porządkowych były wykonywane również prace ogrodnicze. Zamawiający uznał bowiem, iż wymieniona jako trzecia w wykazie usługa zimowego i letniego oczyszczania pasów dróg publicznych na terenie miasta Łodzi (wartość prac zrealizowanych w okresie od dnia 24 listopada 2010 r. do dnia 30 września 2011 r. wynosiła 19 558 599,85 zł) nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na ograniczony zakres prac. Takie stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto wskazać należy, iż Wykonawca wykazał usługi polegające na wykonywaniu prac ogrodniczych, objęte jednak inną umową.

Dowody:

- wykaz usług;

Odwołujący na zakończenie wskazał, iż uznać należy, iż nie dopuścił się on żadnych uchybień uzasadniających wykluczenie go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie go z postępowania nastąpiło zatem bez jakiegokolwiek

podstawy prawnej czy faktycznej i jako sprzeczne z przepisami ustawy Pzp winno podlegać unieważnieniu.

KIO 588/13

W dniu **06.03.2013 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części I, III oraz IV na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15.03.2013 r.** przez wykonawcę Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o. wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części I, III oraz IV.

W związku z czynnościami podjętymi przez Zamawiającego w wymienionym postępowaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 92 ust. 1 pkt 1, 2 ustawy Pzp - przez nieuzasadniony podział informacji o wyborze oferenta według części zamówienia oraz brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez błędne przyjęcie, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o :

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.
4. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.
5. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczanie następujących dowodów:

1. Dokumentu DG-1 za rok 2011 i 2012 na okoliczność osiągniętych przychodów,
2. wezwanie z dnia 24 grudnia 2012 do złożenia wyjaśnień - rażąco niska cena na okoliczność zakresu i szczegółowości żądanych wyjaśnień

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, co następuje.

W ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 101/13 w wyniku złożenia odwołania od rozstrzygnięcia Zamawiającego polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego w związku

z niezłożeniem w terminie wyjaśnień dotyczących niskiej ceny, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu powtórzenia czynności unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego., unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż wyznaczenie terminu do złożenia wyjaśnień, którego bieg rozpoczyna się w Wigilię Bożego Narodzenia, a kończy pierwszego dnia po tychże świętach stanowi naruszenie przepisu art., 90 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku ponownego badania ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 13.02.2013 roku o wyjaśnienie dotyczące rażąco niskiej ceny.

Dowód: wezwanie z 13 lutego 2013 roku do złożenia wyjaśnień - rażąco niska cena

W odpowiedzi pismem z dnia 20.02.2013 roku zostały udzielone wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.

Dowód: odpowiedź Odwołującego z dnia 20 lutego 2013 dotycząca rażąco niskiej ceny

W dniu 06.03.2013 roku na adres e-mailowy Odwołujący otrzymał trzy dokumenty dotyczące informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w podziale na trzy części, na które Odwołujący złożył ofertę, przy czym ofertę Odwołującego odrzucono z uwagi na rażąco niską cenę. Jest to kolejna czynność Zamawiającego po raz drugi odrzucająca ofertę Odwołującego.

Dowód: informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty na rejon 1, 3 i 4 (trzy osobne)

I. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1.2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że niezwłocznie, a więc tak szybko, jak to jest możliwe, po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien zawiadomić adresatów wskazanych w przepisie, a więc - niezależnie od trybu, w jakim jest udzielane zamówienie - wykonawców, którzy złożyli oferty, o kluczowych czynnościach podjętych podczas oceny ofert. Za złożenie oferty, a więc czynność uprawniającą do uzyskania informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1, należy przy tym przyjąć złożenie oferty w terminie. Zakres przekazywanych informacji różni się natomiast w przypadku poszczególnych trybów. W przetargu nieograniczonym obejmuje informacje o wykluczeniach z postępowania, w pozostałych trybach zaś ta informacja jest przekazywana wcześniej, bo po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podstawą prawną jej udzielenia są wówczas art. 24 ust. 3 oraz art. 51 ust. 1a. O fakcie wykluczenia dowolnego wykonawcy informuje się nie tylko wykonawcę będącego podmiotem wykluczonym, ale wszystkich wykonawców. Podobnie skonstruowano przepis dotyczący informowania o odrzuceniu ofert. W tym przypadku również wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, są informowani o odrzuceniu każdej z ofert. Zarówno w przypadku

informacji o wykluczeniach, jak i o odrzuceniu oferty zamawiający jest obowiązany w każdym przypadku podać wszystkim wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. W ten sposób respektuje zasadę jawności postępowania oraz równego traktowania, dostarczając każdemu ten sam zestaw informacji o dokonanych czynnościach. Zamawiający w tym samym czasie informuje ponadto wykonawców o dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę lub firmę wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Poza uzupełniającym te dane adresem należy podać również siedzibę wykonawcy.

W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał podziału informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z częściami zamówienia. Oznacza to że w tym przypadku nie o wszystkich wykonawcach, którzy złożyli oferty, są informowani pozostali uczestnicy postępowania, jak również że nie są informowani o fakcie odrzucenia każdej z ofert. Brak tych informacji uniemożliwia w sposób właściwy skorzystanie chociażby z prawa do przystąpienia do toczących się odwołań.

W uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty konieczne jest dokonanie tzw. subsumpcji, tj. przyporządkowania stanu faktycznego do konkretnych przepisów Pzp. Ma to na celu udowodnienie, że okoliczności faktyczne zachodzące w danym przypadku pozwalają na zakwalifikowanie ich, jako okoliczności wypełniających dyspozycję określonej normy prawnej. W świetle orzecznictwa niewystarczające jest podanie samej podstawy prawnej, tj. przepisu, na podstawie, którego zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty. Podobnie przekazanie informacji o odrzuceniu oferty, w której wskazano jedynie na przepis ustawy z przywołaniem jego brzmienia, np. „oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny”, nie stanowi zawiadomienia, od którego rozpoczyna się bieg terminu przewidzianego na wniesienie odwołania. W wyroku z 17.8.2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że obowiązek informacyjny określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia go możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułem rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu można przytoczyć szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest podać w informacji o odrzuceniu oferty uzasadnienie faktyczne i prawne. Niewątpliwie informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego zawiera podstawę prawną. Jednak w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek

dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o odrzuceniu oferty. (Sygn. akt: KIO/UZP 5/09, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2009 r.)

Słusznie - w ocenie składu orzekającego Izby - wywodził Odwołujący, że do obowiązków Zamawiającego, wynikających z treści art. 92 ust. 1 ustawy, należy przekazanie zawiadomienia wszystkim wykonawcom o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ewentualnych wykluczeniach wykonawców, czy też odrzuceniach ich ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Faktycznie przepis ten wymaga od Zamawiającego wskazania w tym samym zawiadomieniu informacji o wszystkich czynnościach dokonanych w ramach czynności badania i oceny ofert. (Sygn. akt: 234/09, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2009 r.)

Zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w przetargu nieograniczonym Zamawiający powinien, uwzględniając w tym również wynikającą z przepisów ustawy Pzp, zasadę koncentracji postępowania, poinformować wszystkich wykonawców, którzy złożyli swoje oferty o dokonanej ocenie ofert i jej wynikach, tym samym również o wyborze ofert najkorzystniejszej, a także o ewentualnych wykluczeniach wykonawców z postępowania, bądź odrzuceniach ich ofert, podając w tym zakresie uzasadnienie faktyczne i prawne. Stwierdzić należy, że informacja pisemna skierowana do Odwołującego w piśmie z dnia 12 lutego 2009 r. nie zawierała wszystkich elementów, o których stanowi przywołany przepis.

Szczątkowe wskazanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty X jest niewątpliwie naruszeniem wskazanego przepisu. (Sygn. akt: KIO/UZP 319/09, KIO/UZP 320/09, KIO/UZP 321/09, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r.)

Zamawiający winien podać w informacji o odrzuceniu oferty, wszystkie podstawy, a zwłaszcza wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi odrzucenie oferty nastąpiło. Wykonawca może swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2012 r. KIO 1226/12; KIO 1235/12).

II. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę prawa należy podnieść:

Czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na

konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania takich wyjaśnień, a obowiązek ten zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r.). Należy podkreślić, że badaniu w zakresie kwestii rażąco niskiej ceny podlega cena oferty, a nie poszczególne składniki tejże ceny, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czy wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień co do okoliczności dotyczących zaoferowanej ceny, lub gdy złożone przez niego wyjaśnienia potwierdzą, że cena jest rażąco niska. Zamawiający powinien mieć pewność, że cena jest rażąco niska. Oznacza to, że w przypadku, gdy po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach Zamawiający cały czas ma wątpliwości, co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską, to art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie daje Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga, bowiem aby treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdzała, iż zaproponowana cena jest rażąco niska. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy co do zaoferowanej przez niego ceny.

W tym miejscu można przytoczyć np. wyrok KIO z 19 czerwca 2012 r. (sygn. akt 1166/12), gdzie wskazano, że: *"Nie negując prawa wykonawcy do samodzielnego konstruowania zakresu składanych wyjaśnień, należy zauważyć, że pominięcie w wyjaśnieniach elementów oczekiwanych przez zamawiającego, przy jednoczesnym złożeniu wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie p.z.p. wiąże z instytucją wyjaśnień. (...) Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy".*

Ponadto Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, 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, np. oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z

dnia 4 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 185/09 stwierdziła, iż „O rażąco niskiej cenie można mówić wtedy, gdy nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę”.

Odrzucając ofertę z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający musi podać faktyczne uzasadnienie tej decyzji. To na nim ciąży obowiązek dowiedzenia, że wskazana w ofercie cena jest rzeczywiście rażąco niska (wyrok Zespołu Arbitrów z 31 sierpnia 2005 r., UPZ/ZO/O- 2353/05).

Ustalając, czy przedstawiona cena oferenta nie jest rażąco zaniżona, Zamawiający musi dokonać oceny poszczególnych składników kosztowych składających się na cenę jednostkową, w szczególności zaś kosztów robocizny, materiałów łącznie z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu i transportu, narzutów na koszty pośrednie i wskaźnika planowanego zysku. Jeżeli danych tych zamawiający nie jest w stanie ustalić na podstawie posiadanych dokumentów, może domagać się dodatkowych wyjaśnień, łącznie z żądaniem przedstawienia nowego kosztorysu ofertowego wykonanego metodą szczegółową. Zamawiający tegoż nie uczynił. Tak naprawdę Zamawiający, w ocenie Odwołującego, nie ustalił czy oferta zawiera cenę rażąco niską.

Pytanie do wykonawcy powinno natomiast zawsze wskazywać elementy oferty, co, do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał bardzo szczegółowo elementy co, do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego na określenie zakresu oczekiwanych wyjaśnień miał wpływ również fakt wygrania odwołania w miesiącu styczniu 2013 roku w tym samym postępowaniu. Wydaje się, że obecna szczegółowość wyjaśnień może być wynikiem przegrania na wcześniejszym etapie i chęci potwierdzenia obecnie za wszelką cenę nieomyślności decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Spółki bez względu na podstawę takiego wykluczenia. Wszakże żądanie wyjaśnień przed rozpatrzeniem pierwszego odwołania było sformułowane w sposób bardzo krótki i ogólny. Dowód: wezwanie z 24 grudnia 2012 roku do złożenia wyjaśnień - rażąco niska cena.

W kontekście przedmiotowego zamówienia należy zwrócić uwagę, iż złożone wyjaśnienia Odwołującego nie są lakoniczne i uzasadniają złożenie oferty z niską ceną.

Złożone wyjaśnienia przez Odwołującego dotyczyły wszystkich składników wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Przedstawione kalkulacje dotyczyły wszystkich żądanych pozycji. Dlatego też twierdzenie Zamawiającego o nierzetelności i niekompletności przedstawionych kalkulacji cenowych, bez szczegółowego uzasadnienia jest nie do przyjęcia. Nadto należy zwrócić uwagę na brak możliwości porównania przez Zamawiającego cen poszczególnych pozycji z cenami oferowanymi przez innych oferentów. Szczegółowe kosztorysy nie były przez Zamawiającego wymagane. Tylko dwie z sześciu firm-oferentów, tj. Odwołujący i Firma ZKL „Wojtczak” szczegółowe kosztorysy załączyły do

oferty. Na jakiej podstawie Zamawiający uznał zatem, że oferta Odwołującego jest rażąco niska.

Jednym z argumentów jest to, iż pominięto zysk, co nie jest twierdzeniem prawdziwym z uwagi na zapis pkt 5 wyjaśnień oraz wyszczególnienie kwoty zysku w każdej kalkulacji cen grupy 1 (prace niezryczałtowane). Jedynie nie podano zysku w trzech pozycjach kalkulacji szczegółowych. Niczym nie został poparty argument o zaniżeniu norm czasu pracy. Samo takie twierdzenie bez szczegółowego uzasadnienia stanowi naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 Pzp.

Co do zarzutu braku amortyzacji to należy podkreślić, iż amortyzacja jest jedynie kosztem „papierowym”, a Odwołujący skalkulował ją dla innych robót nieobjętych niniejszym postępowaniem, co nie stoi w sprzeczności z zasadami rachunkowości.

Dowodem dużych przychodów może być dokument DG-1 za rok 2011 i 2012, z którego wynika zdecydowany wzrost przychodów Spółki.

Dowód: DG-1 za rok 2011 i 2012.

W wezwaniu do wyjaśnienia ceny oferty Zamawiający ograniczył się do kilku pozycji z przedmiaru (którego zgodnie z warunkami SIWZ nie wymagał przy składaniu ofert), których wartość ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty według Zamawiającego. Wzywając do ich wyjaśnienia sam jednocześnie nie wyjaśnił, jakie środki przeznaczył na ten rodzaj prac i czy rzeczywiście ceny Odwołującego rażąco odbiegały od cen Zamawiającego.

Prace niezryczałtowane:

Poz. 3 w przedmiarze - pielęgnacja skupisk starych krzewów,

Poz. 4 w przedmiarze - pielęgnacja starych krzewów (pojedynczych),

Poz. 5 w przedmiarze - cięcie żywopłotów,

Poz. 10.1 w przedmiarze - prace pielęgnacyjne przy drzewach (51-100),

Poz. 11.4 w przedmiarze - wycięcie drzew suchych powyżej 200 cm,

Poz. 15 w przedmiarze - karczowanie krzewów śnieguliczki do lat 10

Prace zryczałtowane:

Poz. 3.2 w przedmiarze - utrzymanie nawierzchni żwirkowo-glinowych, Poz. 14.1 w przedmiarze - pielęgnacja gazonów.

Pozycja Wartość pozycji w całkowitej cenie oferty Odwołującego Procentowy udział w cenie całości oferty zaproponowanej przez Odwołującego (%) Odwołujący w tabeli przedstawił procentowy udział w cenie całości oferty zaproponowanej przez Zamawiającego (%). Wskazał ponadto, iż całkowita wartość oferty Odwołującego to 4.126.671,46 zł, zaś wartość zamówienia przewidziana przez Zamawiającego: 6.824.456,05 zł.

Obliczenie: poz. 3. 36 322,00 zł (wartość pozycji Zamawiającego) podzielona przez 4 126 671,46 zł (wartość zamówienia Odwołującego) to 0,88%

Poz. 1. 36 322,00 zł (wartość pozycji Wykonawcy) podzielona przez 6 824 456,05 zł (wartość zamówienia Zamawiającego) to 0,53%

Podniósł, iż Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że w wielu pozycjach pomięto w ogóle zysk Wykonawcy. Odwołujący wyjaśnił wystarczająco powody dla których to zrobił, zarówno w czynnikach cenotwórczych jak i w wyjaśnieniach poszczególnych pozycji.

Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia pozycji dotyczącej wymiany piasku w piaskownicy i na polach piaskowych (dodatkowo zarzuca nieuwzględnienie w cenie pozycji zakupu piasku do zimowego utrzymania alejek), lecz Odwołujący wyjaśnia, że w opisie wykonania wymiany piasku najpierw wymagane jest wybranie ubiegłorocznego. Wybrany piasek zostaje zeskładowany na placu i wykorzystywany w późniejszym okresie do m.in. do posypywania alejek w okresie zimowym.

Zamawiający zarzuca zaniżanie norm czasu pracy na poszczególne elementy oferty, lecz Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach poszczególnych pozycji swoje ilości godzin pracy ludzi i sprzętu według których jest w stanie w terminie i należyście wykonać zadania. Uzasadniał w niektórych przypadkach wykorzystanie młodzieży (nauka zawodu) oraz pracowników dofinansowywanych w tym również do prac ręcznych (ręczne wygrabianie liści i trawy np. w Skupinach). Jednocześnie na poparcie swoich zarzutów Zamawiający nie przedstawił swoich norm czy ewentualną ilość godzin w przykładowej pozycji, jaka powinna być (według oceny Zamawiającego). Wyliczona stawka godzinowa uwzględnia fakt pracy uczniów szkół ogrodniczych i osób bezrobotnych zatrudnionych w ramach prac interwencyjnych co wynika wprost z zapisu pkt. 1 wyjaśnień. Zamawiający nie ma żadnych podstaw do żądania wykazania wielkości wpływu tych czynników na obniżenie kosztów.

Odwołujący w większości wyjaśnianych pozycji zastosował jednakową stawkę na wszystkich rejonach (oczywiście w poszczególnych pozycjach). Ewentualne różnice cen jednostkowych dla poszczególnych rejonów zostały wyjaśnione w opisie pozycji.

Odwołujący na wstępie wyjaśnienia wykazał jakich pracowników oraz uczniów oraz w jakich ilościach będzie ich zatrudniał przy realizacji zamówienia. Na to poparcie przedstawił oświadczenia i umowy. Równocześnie w opisie każdej pozycji, której wyjaśnienia domagał się Zamawiający wykazał, że będzie zatrudniał takowych, co pozwoliło mu w znacznej mierze obniżyć koszty pracownicze.

Równie chybiony jest argument nieprzedstawienia żadnego odbiorcy wykonywanych prac. Nie ma takiego obowiązku, tym bardziej kontrakty związane z budową autostrad objęte są klauzulami umownymi o zachowaniu tajemnicy kontraktu. Sam fakt niewskazania

odbiorców bez szczegółowego uzasadnienia nie może być podstawą do nieuznania twierdzeń Odwołującego.

Odwołujący tylko opisał, że posiada wielomilionowe kontrakty drogowe, gdyż nie chciał wykazać odbiorców swoich usług dotyczących realizacji kontraktów drogowych (zarówno wartościowo, jak i Firmy z którymi współpracuje) mając na względzie konkurencję istniejącą na rynku łódzkim (również dotyczy to firm uczestniczących w tym postępowaniu Zamawiający nie uznał wyjaśnień dotyczących zmiany technologii i opisuje, że większość firm na rynku łódzkim posiada taki specjalistyczny sprzęt, określając go jako standard. Jednocześnie Zamawiający wybiera jako najkorzystniejsze oferty firm (dotyczy rejonu 1 i 4), które całkowicie polegają na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich (w tym firmę, która zaprzestała swojej działalności w tej branży i nie dysponuje potencjałem wykonawczym) i istnieją bardzo krótko na łódzkim rynku. Możemy przypuszczać, że z tego względu nie mają doświadczenia i wystarczającego parku maszynowego, jak również nie wykonywały takich prac jak całoroczne utrzymanie parków i zieleńców. Nie jest prawdą że większość firm na rynku łódzkim posiada taki specjalistyczny sprzęt. Zamawiający nie ma żadnych dowodów na potwierdzenie tego faktu, gdyż nie wymagał wykazania się takim sprzętem.

Dowód: kserokopie ofert wskazanych oferentów.

Odwołujący posiada własny potencjał wykonawczy, w tym nowoczesny, wysokowydajny sprzęt kosztąco-zbierający.

Zamawiający jako dodatkowy argument na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę przedstawił porównanie procentowe pozycji oferty (które według Zamawiającego miały największy wpływ na rażąco niską cenę Wykonawcy), ale nie pokazał pozycji, co do których wyjaśnienia zobowiązał Odwołującego, zatem nie pokazał czy miały one znaczący wpływ na ofertę.

Obliczenie: poz. 1. 286.493,88 zł (wartość pozycji Zamawiającego) podzielona przez 6 824 456,05 zł (wartość zamówienia Zamawiającego) to 4,20%

Poz. 1.193.249,44 zł (wartość pozycji Wykonawcy) podzielona przez 4 126 671,46 zł (wartość zamówienia Odwołującego) to 4,68%

Zamawiający pokazuje wskaźnik obniżenia cen zaoferowanych przez Odwołującego, jednocześnie nie przedstawia wartości pozycji kosztorysowych (np. jednej z wybranych jako najkorzystniejszą), co zdaniem Odwołującego nie potwierdza zarzutu rażąco niskiej ceny (bo wskaźnik obniżki ceny pokazuje np. 47%), a jedynie porównuje ofertę Odwołującego do wyceny Zamawiającego. Tabela nie zawiera porównania z innymi firmami uczestniczącymi w postępowaniu, które akurat w tych pozycjach mogły zastosować ceny zbliżone do oferty

Odwołującego. Zamawiający nie mógł przedstawić takiego porównania, gdyż jak to zaznaczono wcześniej, nie wymagał szczegółowych kosztorysów od składających oferty w postępowaniu.

Przykładem może być oferta firmy Drogi i Ogrody dla Rejonu 3: prace zryczałtowane (m.in. zbieranie śmieci, zimowe utrzymanie alejek, wybieranie śmieci z koszy, które w ocenie Zamawiającego miały znaczący wpływ na ofertę) jest zbliżona do Wykonawcy.

Lata/wartość prac zryczałtowanych	Odwołujący	Drogi i Ogrody
2013	368 378,34	381486,76
2014	367 374,34	380 486,76
2015	58 113,22	72 965,31
Razem	793 865,90	834 938,83

Oferta Odwołującego w zakresie tych pozycji stanowi 95% wartości oferty firmy „Drogi Ogrody”. Dowód: Zdjęcia porównywanych ofert.

Odwołujący podniósł, iż uzasadnienie dla niskiej ceny w ofercie dla Rejonu 1 Odwołujący przedstawia w dalszym opisie. Pozostałe rejonu to różnica około 15% między całkowitą ofertą Wykonawcy a następnymi ofertami w postępowaniu.

Zamawiający w żaden sposób nie uwzględnił w swojej ocenie oferty Odwołującego jego wyjaśnień dotyczących posiadania placu do składowania odpadów biodegradowalnych. Zamawiający w opisie prac nie określa miejsca wywozu odpadów, jedynie ma być to wykonane w określonym czasie i nie gromadzone na obiektach. Zamawiający bardzo skupił się na pozycjach oferty dotyczących wygrabiania liści (wiosennego i jesiennego) oraz koszeniu traw, pielęgnacji drzew czyli tych, które w ocenie Zamawiającego mają największy wpływ na całkowitą cenę oferty. Odwołujący zarówno w ogólnych wyjaśnieniach jak i w opisie poszczególnych pozycji wielokrotnie podkreślał, że nie ponosi kosztów związanych z wywozem odpadów na łódzką kompostownię (przybliżona cena wywozu to 30-40 zł za tonę), dotyczy to zarówno liści, skoszonych traw, jak i gałęzi, drewna). Opłaty te zostały zapewne ujęte przez Zamawiającego w jego cenie, dlatego jest ona tak wysoka (w ocenie Odwołującego). Odwołujący we własnym zakresie kompostuje odpady i w ślad za tym produkuje humus już od kilkunastu lat, odkąd prowadzi swoją działalność. Powstały humus wykorzystuje przy inwestycjach drogowych (zakładanie trawników), do zaprawiania dołów przy drzewach i in. lub sprzedaje dalszemu kontrahentowi. Również drewno pozyskiwane przy wycince (z umowy nie wynika, że stanowi własność Zamawiającego) jest gromadzone i sprzedawane, co przynosi zyski w ogólnej działalności Wykonawcy. Brak kosztów związanych z odwozem na kompostownię, w tym również dodatkowego czasu na wykonanie

usługi i transportu w znaczący sposób pozwala Odwołującemu na obniżenie cen pozycji, czego odzwierciedleniem są zastosowane ceny w ofercie, a które w ocenie Zamawiającego stanowią największą wartość w całkowitej cenie oferty.

Zamawiający nie ocenił wyjaśnienia Odwołującego dotyczącego bliskości bazy (baza znajduje się na terenie wykonywania prac rejonu 1) co pozwala (w ocenie Wykonawcy) w zdecydowany sposób obniżyć wykonanie niektórych prac w tym rejonie (m.in. zbieranie śmieci, wybieranie z koszy, zimowe utrzymanie alejek, przeglądy kwartalne, utrzymanie nawierzchni żwirkowo-glinkowych).

Nadto, należy podkreślić, że Odwołujący obsługiwał Rejon 1 nieprzerwanie przez 20 lat, tj. w latach 1992-2012 za ceny porównywalne z zaoferowanymi obecnie lub niższymi, posiada doskonałe zorientowanie w tym rejonie, co pozwala mu oferować optymalną i racjonalną cenę.

Dowód: referencje, które znajdują się również w aktach Zamawiającego

Zamawiający nie ocenił wyjaśnienia dotyczącego prac przy drzewach. Odwołujący wskazał wykonywanie takich samych prac u Zamawiającego w podobnych cenach i zakresie do wyjaśnianej oferty, lecz w pasach drogowych, obalając tym samym zarzut zaniżenia norm czasu pracy i transportu odpadów po wycince.

Dowód: oferta na pielęgnację drzew w pasach drogowych

W ogólnej ocenie Odwołującego Zamawiający nie ocenił wszystkich wyjaśnień i nie wziął pod uwagę wszystkich czynników mających wpływ na cenę a jednoznacznie wskazał, że cena całkowitej oferty Odwołującego nie pozwala mu na prawidłowe wykonanie prac i jest rażąco niska w stosunku do całkowitej ceny oferty Zamawiającego.

Wykonawca przedstawił czynniki, 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. Może te prace wykonywać z minimalnym zyskiem, aby móc kontynuować swoją działalność w zakresie utrzymania zieleni miejskiej na terenie miasta Łodzi.

W przypadku wątpliwości Zamawiający jest zobowiązany do zażądania dodatkowych wyjaśnień, czego jednak nie uczynił. Zastanawiająca może być determinacja Zamawiającego w wykluczeniu z przedmiotowego postępowania Odwołującego się bez względów na skutki finansowe.

Ponadto należało zbadać, czy za oferowaną cenę rzeczywiście można wykonać określony przedmiot zamówienia, czy też zaoferowana cena pokrywa koszty realizacji zamówienia czego Zamawiający nie uczynił.

Zamawiający powinien mieć pewność, że cena jest rażąco niska. Oznacza to, że w przypadku, gdy po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach Zamawiający cały czas ma wątpliwości, co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niska, to art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty.

Ponadto nie można wszakże zapomnieć, iż Zamawiający należy do sektora jednostek finansów publicznych, więc w trosce o finanse publiczne winien podjąć dalsze starania o wyjaśnienie wszelkich wątpliwości powstałych w trakcie postępowania, a nie automatycznie wybrać oferty, które łącznie są droższe o około 1,5 mln. złotych, tym bardziej iż wszyscy podkreślają niedobór środków finansowych w roku 2013 przeznaczonych na działalność statutową Zamawiającego. W tym miejscu można przytoczyć uzasadnienie wyroku z dnia 6 marca 2009 r. (sygn. akt I Ca 27/09) Sądu Okręgowego w Suwałkach zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oraz podniósł, iż sytuacji, gdy zamawiający miał pełną świadomość, iż oferta wykonawcy () jest ofertą zdecydowanie najkorzystniejszą cenowo, winien więc w trosce o finanse publiczne, podjąć w trybie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp, starania o wyjaśnienie dostrzeżonych w ofercie wątpliwości co do jej treści, które zamawiający automatycznie zakwalifikował jako niezgodne z SIWZ.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania o sygn. akt Kio 586/13 była czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz dokonanie w postępowaniu czynności niezgodnie z treścią żądań w ramach uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 173/13 w odniesieniu do części IV zamówienia.

Izba ponadto ustaliła, iż przedmiotem odwołania o sygn. akt KIO 588/13 była czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie części I, III oraz IV.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertami złożonymi przez Odwołujących się wykonawców, jak również korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego oraz aktami sprawy prowadzonej pod sygn. akt KIO 173/13, po zapoznaniu się z każdym z odwołań,

jak również stanowiskiem Zamawiającego i złożoną przez niego odpowiedzią na każde z odwołań, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 586/13 Izba uznała, iż Zamawiający dokonując czynności w związku z uwzględnieniem odwołania wykonawcy Konsorcjum PPHU DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 173/13 nie uczynił zadość wszystkim żądaniom zawartym w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25.01.2013 r. – a zatem nie została wypełniona przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp

Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ma miejsce tylko wówczas jeżeli zamawiający wykonał wszystkie czynności zgodnie z żądaniem wyrażonym w odwołaniu. Jeżeli wykonał je niezgodnie z żądaniem to czynności powtórzone podlegają powtórnej kontroli w drodze środków ochrony prawnej, jednakże kontrola ta jest dokonywana przez Izbę w odniesieniu do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie zaś tylko w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż jest to nowa czynność podlegająca zaskarżeniu, zaś jej wyjście poza żądanie lub sprzeczność z nim uniemożliwiają jedynie zastosowanie instytucji odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Jak wyżej wskazano Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania o sygn. akt KIO 586/13, w szczególności w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie obu odwołań (sygn. akt KIO 586/13 oraz KIO 588/13) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Obaj

odwołujący złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty, zaś kwestionowane przez nich czynności Zamawiającego zmierzają do przywrócenia ich do postępowania.

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Konsorcjum PPHU DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... (KIO 586/12) skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca KTU ZIELEŃ Spółka z o.o.

Izba ustaliła ponadto, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o. (KIO 588/13) skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca KTU ZIELEŃ Spółka z o.o. oraz wykonawca „Drogi i Ogrody” Spółka z o.o.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba dopuściła również w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 586/13 zawnioskowany przez Odwołującego dowód z akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 173/13. Izba dopuściła również zawnioskowane przez Odwołujących się wykonawców w treści odwołań dokumenty z akt postępowania przetargowego oraz zawnioskowane w odwołaniu o sygn. akt KIO 588/13 dowody z dokumentów (umowy o współpracę, oświadczenia o zatrudnieniu osób bezrobotnych, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, formularz cenowy i umowę w sprawie zamówienia publicznego).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie o sygn. akt KIO 586/13 podlega oddaleniu, zaś odwołanie o sygn. akt KIO 588/13 zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w zakresie obu odwołań.

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jest utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013 - 2015 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż odwołanie o sygn. akt KIO 586/13 dotyczy czynności Zamawiającego podejmowanych w zakresie części IV zamówienia. Odwołanie o sygn. akt KIO 588/13 dotyczy zaś części I, III oraz IV zamówienia.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ w pkt 9 (Instrukcja dla wykonawców) zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” wskazał w pkt 9.1.2.:

Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia – wykonawca winien wykazać, iż należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż:

- dla części 1 (tzw. zabytkowa) – 600.000 zł brutto;
- dla części 2 – 600.000 zł brutto;
- dla części 3 (tzw. zabytkowa) – 600.000 zł brutto;
- dla części 4 – 600.000 zł brutto.

Następnie Zamawiający wskazał, iż za usługę odpowiadającą rodzajowo uzna łączne wykonanie lub wykonywanie w ramach tej samej umowy/kontraktu/zlecenia, usług polegających na utrzymaniu terenów zieleni miejskiej (parków i zieleńców) obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usług porządkowych (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci, utrzymanie zbiorników wodnych i fontann).

Wskazał ponadto, iż składając ofertę dla części 1 i 3, wykonawca winien wykazać usługę wykonaną lub wykonywaną w obiektach zieleni zabytkowej.

Wykonawca składając ofertę na więcej niż jedną część zamówienia winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- dla dwóch części maksymalnie dwie usługi na kwotę łącznie nie mniejszą niż 1.200.000 zł brutto;
- dla trzech części maksymalnie trzy usługi na kwotę łącznie nie mniejszą niż 1.800.000 zł brutto;
- dla czterech części maksymalnie cztery usługi na kwotę łącznie nie mniejszą niż 2.400.000 zł brutto.

W dalszej kolejności Zamawiający uściślił, iż wykonawca składając ofertę na 1 i 3 część zamówienia jest zobowiązany do wykazania przynajmniej jednej usługi w obiektach zieleni zabytkowej pomimo składania oferty na dwie części tzw. zabytkowe.

W dalszej kolejności Zamawiający zawarł postanowienie opatrzone wzmianką „UWAGA” wskazując, że w przypadku usług wykonywanych należy wykazać wartość zrealizowanych usług do dnia składania ofert.

Izba ustaliła, iż wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU DENDROBUD W..... F....., ul. Dąbrowskiego 225/243. 93-231 Łódź oraz A..... N..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ARTMAR A..... N....., ul. Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź na potwierdzenie tak postawionego warunku wraz ze złożoną ofertą złożyli wykaz usług oraz dokumenty potwierdzające, iż wskazane w wykazie usługi zostały zrealizowane należycie.

W wykazie usług zostały ujęte następujące realizacje:

Poz. 1. Kompleksowe sprzątanie i utrzymanie czystości na terenach zewnętrznych obiektów szpitalnych oraz pielęgnacja zieleni o wartości 113.046,78 zł brutto realizowane na rzecz Samodzielnego Publicznego Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. WAM w Łodzi w okresie od 01.10.2011 r. do 14.02.2012 r.

Poz. 2. Usługa utrzymania terenów zewnętrznych i pielęgnacji zieleni o wartości 1.216.884,00 zł brutto na rzecz Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej, Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi w okresie od 01.01.2010 r. do 31.03.2014 r.

Poz. 3. Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie miasta Łodzi w latach 2010-2013 o wartości 19.558.599,85 zł brutto w okresie od 24.11.2010 r. do 30.09.2011 r.

Poz. 4. Przycinanie drzew i krzewów, usuwanie suchych gałęzi na rzecz Robotniczej Spółdzielni Mieszkaniowej BAWEŁNA o wartości 53.209,50 zł brutto w okresie od 01.01.2012 r. do 31.12.2012 r.

Na str. od 24 do 31 oferty Odwołującego Konsorcjum DENDROBUD i ARTMAR zamieszczone zostały dokumenty referencyjno oraz zobowiązania podmiotów trzecich złożone na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba ustaliła, w oparciu o treść złożonych w postępowaniu ofert, iż na poszczególne części wykonawcy (Odwołujący i Przystępujący) złożyli oferty z następującymi cenami ofertowymi (według informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej):

Część I (ZDROWIE - RETKINIA):

1. Cena: 1.738.144,88 zł brutto - Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o. (oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp);
2. Cena: 2.704.159,59 zł brutto – Drogi i Ogrody Spółka z o.o. (oferta najkorzystniejsza);
3. Cena: 2.750.002,14 zł brutto – Konsorcjum DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... (wykonawca wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Część III (ŚRÓDMIEŚCIE):

1. Cena: 1.518.296,90 zł brutto - Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o. (oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp);
2. Cena: 1.848.220,87 zł brutto – Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S..... i R..... P..... (oferta najkorzystniejsza);
3. Cena: 2.182.464,73 zł brutto - Konsorcjum DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... (wykonawca wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Część IV (WIDZEW – OLECHÓW)

1. Cena: 870.229,68 zł brutto - Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA – POŁUDNIE Spółka z o.o. (oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp);
2. Cena: 1.090.615,67 zł brutto - Konsorcjum DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... (wykonawca wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp);
3. Cena: 1.187.787,50 zł brutto – KTU ZIELEŃ Spółka z o.o. (oferta najkorzystniejsza).

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 30 stycznia 2013 r. został wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 101/13 w wyniku odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo „ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE” Spółka z o.o., w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części I, III oraz IV, unieważnienie czynności Odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie powyższych części i nakazała Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w częściach I, III oraz IV.

Ponadto w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 11 lutego 2013 r. zostało wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą

postanowienie w sprawie o sygn. akt KI 173/13 w wyniku odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU DENDROBUD W..... F....., ul. Dąbrowskiego 225/243. 93-231 Łódź oraz A..... N..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ARTMAR A..... N....., ul. Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź, w ramach którego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na skutek uwzględnienie w całości przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Z akt postępowania odwoławczego sprawy o sygn. akt KIO 173/13 wynika, iż w odwołaniu z dnia 25.01.2013 r. Odwołujący sformułował żądania wnosząc o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w wyniku powyższych orzeczeń unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części nr I, III oraz IV, unieważnił czynność wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W..... F..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU DENDROBUD W..... F..... oraz A..... N..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ARTMAR A..... N..... oraz unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 13.02.2013 r. wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny żądając wyspecyfikowania rodzaju i wielkości kosztów, jakie uwzględniono w cenach za poszczególne prace.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o. pismem z dnia 20.02.2013 r. złożył wyjaśnienia dołączając wraz z pismem dowody w postaci dokumentów (oświadczenia, umowy, formularz oferty Zakładu Usług Ogrodniczych s. c. S..... i R..... P....., ogłoszeni o udzieleniu zamówienia nr 2013/S 042-066827 i umowę w sprawie ww. zamówienia publicznego).

Zamawiający pismem z dnia 13.02.2013 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę Konsorcjum PPHU DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... do uzupełnienia dokumentów dla części IV zamówienia wskazując, iż dokumenty załączone wraz z ofertą nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Z ustaleń Izby wynika, iż wykonawcę Konsorcjum PPHU DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... nie uczynił zadość powyższemu wezwaniu przekazując Zamawiającemu pismem z dnia 13.02.2013 r. wezwanie do zaniechania dokonania naruszeń wskazując na okoliczność, iż Zamawiający w ramach postępowania

odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 173/13 uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu, w tym zarzut bezzasadności wykluczenia Odwołującego. Odwołujący wskazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do wezwania do uzupełnienia dokumentów – a zatem jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą w ramach części IV zamówienia.

Zamawiający w ramach części I, III oraz IV zamówienia przekazał w trzech odrębnych pismach datowanych na dzień 06.03.2013 r. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W ramach części I poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę DROGI I OGRODY Spółka z o.o., zaś oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o. została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w ocenie Zamawiającego złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zamawiający w tym zakresie odniósł się merytorycznie do treści złożonych wyjaśnień.

W ramach części III Zamawiający poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S..... i R..... P....., zaś oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o. została odrzucana na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w ocenie Zamawiającego złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

W ramach części IV Zamawiający poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy KTU-ZIELEŃ Spółka z o.o., oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o. została odrzucana na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w ocenie Zamawiającego złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, zaś wykonawca Konsorcjum PPHU DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N..... został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na powyższe czynności Odwołujący wnieśli odwołania.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 586/13 Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku powtórzeniu czynności na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 25.01.2013 r. o sygn. akt KIO 173/13, doszło do naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji wyrażonej w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe wynika z faktu, iż nie zostało przez Zamawiającego uwzględnione w ramach powtórzonych czynności zawarte w odwołaniu z dnia 25.01.2013 r. o sygn. akt KIO 173/13 żądanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Izba w niniejszym składzie wskazuje ponadto, iż Zamawiający dokonując czynności w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu ma dwie możliwości. Może, zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp, wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i wówczas zaskarżenie powyższych czynności w drodze środków ochrony prawnej będzie skutkowało odrzuceniem takiego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp. Może również dokonać czynności niezgodnie z żądaniem. Wówczas czynności te będą podlegały kontroli w drodze środków ochrony prawnej i uprawniały Izbę do merytorycznego rozpoznania takiego odwołania. Wszakże wykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu nie przesądza o poprawności dokonanych czynności.

Tym samym czynność uwzględnienia odwołania winna być czynnością przemyślaną i racjonalną. Za postępowanie niewłaściwe należy uznać uwzględnienie przez zamawiającego odwołania, którego żądania obejmują czynności sprzeczne z prawem lub nie dające się przewidzieć w kontekście czynności je poprzedzających. Wszakże możliwość dokonania pewnej czynności może być skutkiem wyniku czynności ją poprzedzającej, np. skuteczności uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba w niniejszym składzie w pełni podziela pogląd wyrażony w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 13/11), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: *„W przypadku niedokonania po umorzeniu postępowania odwoławczego, przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.), wykonawcom przysługiwały będą środki ochrony prawnej względem tego typu czynności zamawiającego”*. Należy wskazać, iż z powyższymi przepisami koresponduje norma prawna wyrażona w art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, który

stanowi, że odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu wynika z faktu, iż Zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą praworządności i legalności. Ich najpełniejszą emanację odnajdujemy w normach prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, które konstytuują naczelne zasady systemu zamówień publicznych. Naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest wymóg aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co jednoznacznie wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednakże, biorąc pod uwagę powyższą argumentację, stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego normy prawnej wyrażonej w art. 186 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp powoduje li tylko stwierdzenie braku podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe nie przesądza o uwzględnieniu odwołania przez Izbę a jedynie powoduje konieczność jego merytorycznego rozpoznania.

Należy bowiem wskazać, iż ostatnie z żądań sformułowanych przez Odwołującego w ramach odwołania z dnia 25.01.2013 r. (rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 173/13) jest czynnością wynikową, a tym samym jej dokonanie jest uzależnione od wyniku poprzedzających ją czynności, tj. dokonanych w ramach oceny i badania ofert. W ramach tej czynności Zamawiający doszedł do wniosku, iż Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zasadność tej czynności będzie zaś przesądzała o ewentualnej podstawie do uwzględnienia lub oddalenia niniejszego odwołania. Należy wskazać w tym miejscu, że jeżeli powtórzone czynności nie będą wadliwe to odwołanie takie zostanie oddalone.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zarzut ten został podniesiony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia została dokonana przez Zamawiającego w dniu 13.02.2013 r. Odwołujący nie zaskarżył powyższej czynności, jak również nie uczynił zadość wezwaniu –

co potwierdza dokumentacja postępowania oraz co zostało przyznane przez Odwołującego na etapie rozprawy.

Tym samym powyższy zarzut nie podlega rozpoznaniu i o ewentualnym uwzględnieniu, bądź oddaleniu odwołania będzie decydować okoliczność, czy znajdujące się w ofercie Odwołującego dokumenty potwierdzają spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia – a więc czy doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

III. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko Zamawiającego wskazane w treści pisma z dnia 06.03.2013 r. (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty – część IV) stanowiące uzasadnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odnosząc się do zawartych w ofercie Odwołującego dokumentów Izba wskazuje, iż pierwsza z pozycji wykazu obejmuje usługę o wartości 113.046,78 zł brutto – a więc nie osiągnęła ona wymaganej przez Zamawiającego wartości 600.000,00 zł brutto.

Druga z usług wskazanych w wykazie, jak wynika z treści referencji znajdujących się na str. 26 oferty Odwołującego, jest wartością dwóch umów. Pierwsza z nich zrealizowana w okresie od 01.01.2010 – 31.12.2011 r. nie odpowiada swoją wartością wymaganiom Zamawiającego (595.776,00 zł). Druga z usług z poz. 2 wykazu jest usługą w trakcie realizacji (termin realizacji umowy 01.01.2012 r. – 31.03.2014 r.) i jej wartość wynosi 621.108,00 zł brutto. Dla tej usługi Odwołujący nie określił wartości na dzień składania ofert (grudzień 2012 r.), zaś analiza listu referencyjnego wskazuje, iż na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu dla tej usługi upłynęło 12 miesięcy okresu jej realizacji, a do jej zakończenia pozostało około 15 miesięcy. Zamawiający w treści SIWZ (instrukcja dla wykonawców – pkt 9) nie zezwolił na łączenie umów, zaś w odniesieniu do usług będących w trakcie realizacji oczekiwał uznania ich wartości na dzień składania ofert. Tym samym stanowisko Zamawiającego wobec informacji wskazanych w poz. 2 wykazu usług należy uznać za prawidłowe.

Dla trzeciej usługi Zamawiający słusznie przyjął, iż nie odpowiada ona rzeczowo treści warunku. Zamawiający określił bowiem w sposób szczegółowy zakres przedmiotowy dla usług mogących zostać wykazanymi na potwierdzenie warunku, tj. za usługę odpowiadającą rodzajowo uzna łącznie wykonanie lub wykonywanie w ramach tej samej umowy/kontraktu/zlecenia, usług polegających na utrzymaniu terenów zieleni miejskiej (parków i zieleńców) obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i

krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usług porządkowych (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci, utrzymanie zbiorników wodnych i fontann). W ocenie Izby usługa wskazana w poz. 3 nie spełnia tego wymogu, gdyż obejmuje jedynie letnie i zimowe ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013, co jednoznacznie wynika z treści listu referencyjnego znajdującego się na str. 31 oferty Odwołującego. Usługa ta nie obejmuje zatem łącznego wykonywania czynności, które zostały wskazane w treści warunku. W ocenie Izby sposób sformułowania warunku przez Zamawiającego wymagał kumulatywnego wykazania się czynnościami wskazanymi w jego treści (określone szczegółowo usługi ogrodnicze oraz określone szczegółowo usługi porządkowe), jak również wymagał aby czynności te dotyczyły określonych obszarów zieleni miejskiej (parki, zieleńce, zbiorniki wodne, fontanny, alejki).

Dla czwartej pozycji wykazu nie został spełniony warunek odnoszący się do wartości, gdyż wskazana usługa zamyka się kwotą 53.209,50 złotych brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, iż analiza dołączonych do oferty Odwołującego dokumentów i oświadczeń nie pozwala na uznanie, iż wykonawca ten wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Nie uzupełnił on również na wezwanie Zamawiającego dokumentów w tym zakresie, co zostało potwierdzone przez niego w toku rozprawy. Tym samym Izba wskazuje, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i wykonawca ten został prawidłowo wykluczony z postępowania.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż ze względu na fakt uwzględnienia odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 588/13 nawet uwzględnienie powyższego zarzutu, ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie mogłoby skutkować uwzględnieniem odwołania o sygn. akt KIO 586/13. Wszakże oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo ZIELEŃ MIEJSKA-POŁUDNIE Spółka z o.o. w zakresie części IV jest ofertą korzystniejszą ekonomicznie niż oferta złożona przez Odwołującego (PPHU DENDROBUD W..... F..... oraz ARTMAR A..... N.....). Oznacza to, iż powyższa okoliczność pozostawałaby bez wpływu na wynik postępowania, przez który rozumie się wybór oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż brak uwzględnienia w odwołaniu o sygn. akt KIO 586/13 wskazanych zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym

stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 586/13 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego, w odniesieniu do obu odwołań, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 588/13 Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, iż do naruszenia powyższego przepisu doszło na skutek nieuzasadnionego podziału informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej według części zamówienia oraz ze względu na brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba wskazuje, iż po pierwsze w doktrynie i orzecznictwie prezentowany jest pogląd, iż istnieje możliwość traktowania poszczególnych części zamówienia jako odrębnych postępowań, a zatem jest możliwe odrębne stosowanie poszczególnych przepisów wobec części zamówienia, w tym przepisów odnoszących się do obowiązków informacyjnych podmiotu zamawiającego. Po drugie powyższy zarzut został rozpoznany w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 101/13, na co słusznie zwrócili uwagę Przystępujący. Izba w ramach odwołania o sygn. akt KIO 173/13 uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie z powodów wyżej przytoczonych. Po trzecie Izba wskazuje, iż pisma zawierające informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 06.03.2013 r. (dotyczące części I, III oraz IV) zawierają szczegółowe uzasadnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty złożonej przez Odwołującego. Po czwarte wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, taki podział umożliwia poszczególnym wykonawcom ocenę interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, gdyż informację o czynności otrzymują wykonawcy, którzy złożyli oferty na

daną część, co koresponduje z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż to wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała, iż powyższy zarzut jest uzasadniony.

Izba wskazuje, iż Odwołujący w odpowiedzi na wystosowane pismem z dnia 13.02.2013 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożył szczegółowe i obszerne wyjaśnienia pismem z dnia 20.02.2013 r. W ocenie Izby wyjaśnień tych, wbrew twierdzeniom Zamawiającego prezentowanym na etapie rozprawy, nie sposób uznać za lakoniczne i ogólne.

Izba wskazuje również, iż nieuprawnione jest utożsamianie zaniżenia ceny ze złożeniem oferty z rażąco niską ceną. Powyższe należy odnieść do zawartego w odpowiedzi na odwołanie stanowiska Zamawiającego, iż dokonane w tym piśmie wyliczenia sugerują, że Odwołujący zaniżył zaoferowane ceny w celu uzyskania zamówienia. Sam fakt złożenia oferty z ceną odbiegającą od wartości szacunkowej zamówienia, jak również wartości innych ofert nie powoduje automatycznie konieczności odrzucenia takiej oferty. To ocena wszystkich okoliczności, w tym złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, jest istotna z punktu widzenia możliwości „usprawiedliwienia” wysokości zaoferowanego wynagrodzenia.

Kwestia rażąco niskiej ceny, przynajmniej w zakresie teoretycznych rozważań i metod jej badania, jest dość jednolicie postrzegana w doktrynie i orzecznictwie. Za taką cenę uważa się cenę nierealistyczną, tj. taką która nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia. Sam fakt złożenia oferty z ceną skalkulowaną na niższym poziomie niż ceny pozostałych wykonawców i zaoferowanie świadczenia z uwzględnieniem jedynie minimalnego zysku nie może być kwalifikowane jako złożenie oferty z ceną rażąco niską. Samo pojęcie „rażąco niska cena” wskazuje, iż jej wysokość musi znacznie odbiegać od wartości przedmiotu zamówienia, a więc uniemożliwiać pokrycie choćby podstawowych i przewidywalnych kosztów jego realizacji. Nie należy jednak powyższego utożsamiać z pojęciem realizacji świadczenia z minimalnym zyskiem, którego uzyskanie jest zawsze obarczone pewną dozą ryzyka – właściwą dla samego faktu prowadzenia działalności gospodarczej. Trudna lub wyjątkowo dobra sytuacja wykonawcy może powodować podejmowanie ryzykownych decyzji gospodarczych, czego jednak nie należy utożsamiać, bez analizy kosztów przedsięwzięcia, z oferowaniem świadczenia za cenę rażąco niską.

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2012 r. sygn. akt C-599/10 w sprawie SAG ELV Slovensko a.s. i inni przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie w tezie nr 28 zostało wskazane, że: „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 (zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 46–49)”. A zatem w ocenie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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, iż 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.

W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2012 r. (sygn. akt 1166/12), gdzie wskazano, że: "Nie negując prawa wykonawcy do samodzielnego konstruowania zakresu składanych wyjaśnień, należy zauważyć, że pominięcie w wyjaśnieniach elementów oczekiwanych przez zamawiającego, przy jednoczesnym złożeniu wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie p.z.p. wiąże z instytucją wyjaśnień. (...) Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy".

Jak wyżej wskazano wyjaśnienia Odwołującego oraz dołączone wraz z nimi dowody (oświadczenie Ośrodka Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Spółka z o.o., umowy z dnia 12.04.2012 r. o praktykę zawodową realizowaną w formie praktyk zawodowych zawartą pomiędzy Zespołem Szkół Ponadgimnazjalnych nr 21 w Łodzi a Odwołującym) obrazują w

sposób dostateczny sposób skalkulowania wynagrodzenia i możliwość realizacji świadczenia za wskazaną przez Odwołującego cenę ofertową.

Nie są to informacje ogólne ani pozbawione znaczenia w kontekście wyliczenia wynagrodzenia. Odwołujący w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 20.02.2013 r. przedstawił szereg istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na skalkulowanie wynagrodzenia na takim poziomie.

Użycie wysokowydajnych kosiarek, miejsce położenia bazy Odwołującego, zatrudnienie osób bezrobotnych na korzystnych warunkach finansowych, zatrudnienie osób odbywających praktykę zawodową, kilkudziesięcioletnie doświadczenie związane z utrzymaniem terenów stanowiących przedmiot utrzymania, mechanizacja robót, wykorzystanie odpadów biodegradowalnych, zmniejszenie kosztów wywozu odpadów dzięki ich segregacji, znajomość rynku lokalnego przy jednoczesnym przedstawieniu szczegółowej kalkulacji dla poszczególnych rodzajów robót stanowi podstawę do uznania, iż cena oferty została skalkulowana racjonalnie z uwzględnieniem obiektywnych czynników cenotwórczych.

Należy wskazać, iż w procedurze wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz w ramach oceny tych wyjaśnień istotne znaczenie mają relacje ocenianych obiektywnie kosztów do zaoferowanej ceny. W ocenie Izby Zamawiający analizując złożone przez Odwołującego w toku postępowania przetargowego wyjaśnienia miał podstawy do uznania ich za wystarczające w kontekście znanych mu okoliczności (znajomości przedmiotu zamówienia, dokonanej przez niego wyceny popartej własnymi doświadczeniami oraz treści oferty Odwołującego i innych wykonawców, jak również wiedzy na temat doświadczenia Odwołującego i lokalizacji jego siedziby).

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie pozwalały na uznanie, iż złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia te uprawniają do uznania okoliczność, iż została ona skalkulowana z uwzględnieniem sprzyjających okoliczności realizacji świadczenia, oszczędność metody wykonania zamówienia oraz przy uwzględnieniu wybranych rozwiązań technicznych i organizacyjnych dostępnych dla wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż uwzględnienie w odwołaniu o sygn. akt KIO 588/13 zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp powoduje, iż w

przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 588/13 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego, w odniesieniu do obu odwołań, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....