

Sygn. akt: KIO 219/14

Sygn. akt: KIO 221/14

WYROK

z dnia 19 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lutego 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 lutego 2014 r.:** przez wykonawców:

- A. Konsorcjum firm: 1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, ulica Federico Salomón numer 11, 28016 Madryt, 2) KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków (sygn. KIO 219/14),**
- B. Konsorcjum firm: 1) Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. P....., J. F..... Spółka jawna ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków, 2) Zakład Produkcyjno - Usługowo-Handlowy „PRO-ZIEL” Z..... P....., ul. Oświecenia 14/7, 31-635 Kraków, 3) Zakład Usługowy „OGRÓD-SERVICE” Spółka Jawna J. B....., B. D....., T. K....., ul. Łężce 6a, 30-614 Kraków, 4) SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5a, 30-731 Kraków, 5) Pracownia Zieleni M..... W....., J..... Z....., M..... Z....., ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków (sygn. KIO 221/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miejską Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

orzeka:

A.1. Oddala odwołanie Konsorcjum firm: **1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, ulica Federico Salomón numer 11, 28016 Madryt, 2) KBU Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków, (sygn. KIO 219/14).**

A. 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum firm: **1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, ulica Federico Salomón numer 11, 28016 Madryt, 2) KBU Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków, (sygn. KIO 219/14),**

A. 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm: **1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, ulica Federico Salomón numer 11, 28016 Madryt, 2) KBU Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

B.1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy - konsorcjum firm: **1) Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. P....., J. F..... Spółka jawna ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków, 2) Zakład Produkcyjno - Usługowo-Handlowy „PRO-ZIEL” Z..... P....., ul. Oświecenia 14/7, 31-635 Kraków, 3) Zakład Usługowy „OGRÓD-SERVICE” Spółka Jawna J. B....., B. D....., T. K....., ul. Łęzce 6a, 30-614 Kraków, 4) SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5a, 30-731 Kraków, 5) Pracownia Zieleni M..... W....., J..... Z....., M..... Z....., ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków (sygn. KIO 221/14),**

B.1.1. nakazuje zamawiającemu: **Gminie Miejskiej Kraków - Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków:**

a) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. na część 2 zamówienia;

b) wezwanie wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do części 2 zamówienia do złożenia uzupełnionego załącznika nr 4 do SIWZ - wykazu doświadczenia zawodowego w zakresie pielęgnacji zieleni wysokiej - na potwierdzenie spełniania wymagań zgodnie z częścią III pkt. 1 lit.b tiret 2 SIWZ;

c) dokonanie ponownego badania i oceny ofert na część 2 zamówienia.

B.2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Miejską Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków (sygn. KIO 221/14),**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm: **1) Zakład Urządzenia i Utrzymania Zieleni A. P....., J. F..... Spółka jawna ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków, 2) Zakład Produkcyjno - Usługowo-Handlowy „PRO-ZIEL” Z..... P....., ul. Oświecenia 14/7, 31-635 Kraków, 3) Zakład Usługowy „OGRÓD-SERVICE” Spółka Jawna J. B....., B. D....., T. K....., ul. Łężce 6a, 30-614 Kraków, 4) SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5a, 30-731 Kraków, 5) Pracownia Zieleni M..... W....., J..... Z....., M..... Z....., ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków (sygn. KIO 221/14),** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Miejskiej Kraków - Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** na rzecz odwołującego - konsorcjum firm: **1) Zakład Urządzenia i Utrzymania Zieleni A. P....., J. F..... Spółka jawna ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków, 2) Zakład Produkcyjno - Usługowo-Handlowy „PRO-ZIEL” Z..... P....., ul. Oświecenia 14/7, 31-635 Kraków, 3) Zakład Usługowy „OGRÓD-SERVICE” Spółka Jawna J. B....., B. D....., T. K....., ul. Łężce 6a, 30-614 Kraków, 4) SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5a, 30-731 Kraków, 5) Pracownia Zieleni M..... W....., J..... Z....., M..... Z....., ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków (sygn. KIO 221/14) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

Sygn. akt: KIO 219/14

Sygn. akt: KIO 221/14

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014-2016 z podziałem na obszary I-IV” (Publikacja w Dzienniku Wspólnot Europejskich w dniu 19.11.2013 r., Nr 2013/S 224-390276), w dniu 7 lutego 2014 r. zostały wniesione następujące odwołania:

A. w zakresie 4-ej części zamówienia w formie pisemnej przez konsorcjum firm: 1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, 2) KBU Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, (sygn. KIO 219/14), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym,

B. w zakresie 2-ej części zamówienia w formie pisemnej przez konsorcjum firm: 1) Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. P....., J. F..... Spółka jawna, 2) Zakład Produkcyjno - Usługowo-Handlowy „PRO-ZIEL” Z..... P....., 3) Zakład Usługowy „OGRÓD-SERVICE” Spółka Jawna J. B....., B. D....., T. K....., 4) SITA Małopolska Sp. z o.o., 5) Pracownia Zieleni M..... W....., J..... Z....., M..... Z....., (sygn. KIO 221/14), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie o ustaleniu wyniku przetargu, tj. przekazanie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty faksem w dniu 29 stycznia 2014 roku.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, zarzucili zamawiającemu Gminie Miejskiej Kraków - Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 219/14

Odwołujący - konsorcjum firm: 1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, 2) KBU Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie złożył odwołanie, wobec:

a) zaniechania czynności odrzucenia oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Adrem S.A. - lider konsorcjum oraz firmy GARDENBUD Sp. z o.o. - partner konsorcjum (dalej: konsorcjum Adrem),

b) nierównego traktowania wykonawców oraz niezachowania zasad uczciwej konkurencji,

- zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Adrem, pomimo iż oferta Adrem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię tj. bezpodstawne uznanie, iż oferta Adrem nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty Adrem, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązku równego traktowania wykonawców oraz niezachowania zasad uczciwej konkurencji poprzez arbitralną i subiektywną ocenę oferty Adrem.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Adrem za najkorzystniejszą,
2. odrzucenia oferty konsorcjum Adrem, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. odrzucenia oferty konsorcjum Adrem, jako oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że niezgodne z przepisami ustawy Pzp zaniechania i czynności zamawiającego naruszyły jego interes prawny, ponieważ złożył ofertę, która w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych w SIWZ jest ofertą najkorzystniejszą, a sprzeczne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiły odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego.

Zarzut 1, naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Adrem, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz

Zarzut 2, naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię tj. bezpodstawne uznanie, iż oferta Adrem nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający wybrał ofertę konsorcjum firm: GAEDENBUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Adrem S.A. na część części 4 zamówienia (obszar IV).

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu ofert konkurencyjnych w części 4 Postępowania na „Utrzymanie terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014-2016 z podziałem na obszary I-IV”. Odwołujący podał, że w toku badania udostępnionych dokumentów stwierdził, iż zamawiający wybiórczo i nierzetelnie ocenił ofertę konsorcjum Adrem, nie dokonując dogłębnej i obiektywnej analizy tej oferty wraz z wyjaśnieniami złożonymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w toku badania ofert powziął wątpliwość w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny przez konsorcjum Adrem. W piśmie do wykonawcy określił, iż oferta Adrem rodzi wątpliwości w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny „znacznie odbiegając od wyceny zamawiającego”. Cena oferty konsorcjum Adrem stanowi około 68 % kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący przedstawił zestawienie obrazujące porównanie ceny oferty Adrem i kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający: kwota brutto (zł) 7.446.121,00, stosunek procentowy (%)100,00%;

Konsorcjum Adrem: kwota brutto (zł) 5.088.917,24, stosunek procentowy 68,00%.

Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum Adrem do wyjaśnień w zakresie „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej.”

Dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień konsorcjum Adrem dnia 21 stycznia 2014 roku

Odwołujący podnosił, że wszczęcie przez zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanowiło domniemanie zaoferowania przez konsorcjum Adrem rażąco niskiej ceny. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych na konsorcjum Adrem ciążył obowiązek obalenia tego domniemania:

- *„Wykonawca ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska.”* wyrok KIO z dnia 11.07.2012 r. KIO 1363/12

- *„Ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na Wykonawcy składającym ofertę, a nie na Zamawiającym”* wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. IV Ca 1299/2009.

Odwołujący wskazywał, że aby zakwalifikować ofertę do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, obiektywnie wykazujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych i konkretnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien, bowiem wykazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają, bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

Odnosząc się do wyjaśnień konsorcjum Adrem złożonych dnia 23 stycznia 2014 roku odwołujący zaznaczał, że konsorcjum Adrem winno wykazać konkretne, obiektywne i dające się skalkulować czynniki, które umożliwiły mu obniżenie ceny. W ocenie odwołującego w złożonych przez konsorcjum Adrem wyjaśnieniach brak jest obiektywnych czynników potwierdzających rzetelną kalkulację ceny.

Konsorcjum Adrem wskazało, iż dzięki „wieloletniej współpracy z podwykonawcami” było w stanie uzyskać „atrakcyjne, niezawyżone ceny”. Konsorcjum Adrem nie potwierdziło konkurencyjności cen podwykonawców, co pozwalałoby na odniesienie się do ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Według odwołującego, treść oferty Adrem przeczy złożonym przez tego wykonawcę wyjaśnieniom. Na str. 3 oferty Adrem wskazano, iż podwykonawca wykonywać będzie wyłącznie prace związane z utrzymaniem zieleni wysokiej. Porównanie ceny usług w zakresie zieleni wysokiej z cenami usług innych wykonawców doprowadziło odwołującego do wniosku, iż cena usług konsorcjum Adrem w zakresie utrzymania zieleni wysokiej jest niejednokrotnie dwukrotnie wyższa niż ceny oferty pozostałych wykonawców:

Odwołujący przedstawił tabelę z porównaniem cen w zakresie zieleni wysokiej:

- 1) BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Stary Sącz - Lider Konsorcjum Park M K..... M..... Park M Sp. z o.o.; Park M Sp. z o.o.; Wycinka pielęgnacja sadzenie zieleni wysokiej 748 105,00 zł. Dostawa materiału roślinnego i zieleni wysokiej 275 332,00 zł;
- 2) Zakład Konserwacji Zieleni „Ogród System II” mgr Inż. A. S.....; Wycinka pielęgnacja sadzenie zieleni wysokiej 830 065,00 zł; Dostawa materiału roślinnego i zieleni wysokiej 154 930,00 zł;
- 3) Zakład Projektowo Usługowy RADIX Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Wycinka pielęgnacja sadzenie zieleni wysokiej 936 165,00 zł; Dostawa materiału roślinnego i zieleni wysokiej 162 661,10 zł;

4) Zakład Usługowy INTEGRUM Wesołowska- Cedro Bogusława - Lider Konsorcjum Zakład Usługowy Apis P..... R..... C..... Wycinka pielęgnacja sadzenie zieleni wysokiej 670 350,00 zł. Dostawa materiału roślinnego i zieleni wysokiej 225 753,00 zł;

5) Odwołujący - Wycinka pielęgnacja sadzenie zieleni wysokiej 504 855,00 zł; Dostawa materiału roślinnego i zieleni wysokiej 154 461,00 zł.

Odwołujący stwierdził, że konsorcjum Adrem nie uzyskało więc „atrakcyjnej cenowo” oferty podwykonawcy, „po niezawyżonych cenach”.

Dalej podkreślał, iż za obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie sposób uznać ogólnych stwierdzeń konsorcjum Adrem, iż „podane w dokumentacji przetargowej nośniki cenowe w pełni odzwierciadlają sytuację rynku tych usług w Krakowie” czy też, iż konsorcjum Adrem „niejednokrotnie spotykało się z cenami tych usług dużo niższymi od oferowanych przez Adrem”. Za uzasadnione wyjaśnienia nie uznał odwołujący powoływania się przez konsorcjum Adrem na doświadczenie w wykonywaniu usług na rzecz zamawiającego oraz na posiadanie wykwalifikowanego personelu oraz niezbędnego sprzętu do wykonania zamówienia. Odwołujący zaznaczał, że wszyscy wykonawcy zobowiązani byli do wykazania potencjału osobowego i sprzętowego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zatem jego zdaniem opisane elementy nie stanowią obiektywnego czynnika dostępnego wyłącznie konsorcjum Adrem. Odwołujący zwracał uwagę, iż przy tak ogólnych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek argumentacji, która wskazywałaby elementy oferty przekładające się na zaproponowaną cenę, jak też wykazania, iż są to czynniki obiektywne dostępne tylko dla konsorcjum Adrem.

Odwołujący argumentował, że za obiektywne czynniki nie mogą być również uznane zawarte w wyjaśnieniach Adrem ogólne stwierdzenia, iż zaproponowana cena jest „ceną realną, nie zawyżoną oraz gwarantującą należyte wykonanie zamówienia”.

Dowód: wyjaśnienia Konsorcjum Adrem dnia 23 stycznia 2014 roku;

Dowód: oferta Konsorcjum Adrem dnia 15 stycznia 2014 roku.

Odwołujący ponowił zarzut, że informacje zawarte w wyjaśnieniach konsorcjum Adrem, wbrew dyspozycji art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, zawierają tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani też nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. Konsorcjum Adrem poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych podstaw zaoferowanej ceny uczyniło to na własne niebezpieczeństwo. Odwołujący uznawał kwestionowane wyjaśnienia konkurenta za lakoniczne i wybiórcze, faktycznie potwierdzające, iż oferta Adrem zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ocena tych wyjaśnień doprowadziła odwołującego do konkluzji uznania za potwierdzony zarzut - zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wybranego wykonawcę na część 4 zamówienia.

Zdaniem odwołującego - przedstawione przez niego okoliczności winny skłonić zamawiającego do uznania, iż oferta konsorcjum Adrem zawiera rażąco niską cenę i do odrzucenia tej oferty na zasadzie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem zamawiający nie dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień konsorcjum Adrem - jak utrzymywał odwołujący - w efekcie czego wyłonił ofertę Adrem jako najkorzystniejszą w danym postępowaniu, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący odnosząc się teoretycznie do zaistniałego przypadku, zaznaczał, iż przepisy ustawy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny jednak zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - przyjmuje się, iż cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia oraz ceny ofert innych wykonawców złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Adrem, w przekonaniu odwołującego - jest ceną nierealistyczną i niewiarygodną, stanowiąc ok. 68 % kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz od ok. 66 % do ok. 82 % ceny oferty pozostałych wykonawców.

Odwołujący przedstawił kolejną tabelę z porównaniem cen ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

1) BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Stary Sącz - Lider Konsorcjum Park M K..... M..... Park M Sp. z o.o.; Park M Sp. z o.o.; kwota brutto (zł) 7 608 386,25; stosunek ceny oferty Adrem do ww. oferty (%) 66,00%

2) Zakład Konserwacji Zieleni „Ogród System II” mgr Inż. A. S.....; kwota brutto 6 839 878,96 (zł) stosunek ceny oferty Adrem do ww. oferty 78 (%)

3) Zakład Projektowo Usługowy RADIX Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. kwota brutto 6 481 601,80 (zł); stosunek ceny oferty Adrem do ww. oferty 78 (%)

4) Zakład Usługowy INTEGRUM W.....- C..... B..... - Lider Konsorcjum Zakład Usługowy Apis P..... R..... C..... kwota brutto 7 410 090,18 (zł); stosunek ceny oferty Adrem do ww. oferty 69 (%);

5) Odwołujący kwota brutto 6 158 421,53 (zł); stosunek ceny oferty Adrem do ww. oferty **82 (%)**.

Zdaniem odwołującego, wykazana wyżej różnica potwierdza, iż cena oferty Adrem znacząco odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia. Konsorcjum Adrem winno obiektywnie i szczegółowo uzasadnić, iż bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Konsorcjum Adrem poprzestało zaś na lakonicznych i subiektywnych wyjaśnieniach w zakresie zaoferowanej przez siebie ceny. Zatem odwołujący przyjął, że uznać należy, iż konsorcjum Adrem nie udowodniło, iż zaoferowało cenę realistyczną, adekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia powyżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie będącą ceną rynkową. Zaoferowanie przez konsorcjum Adrem rażąco niskiej ceny grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.

Odwołujący przytoczył kolejne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- *„Wyjaśnienia wykonawcy, aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, czy przywołujący fakty powszechnie wiadome. Na zamawiającym z mocy art. 90 ust. 3 p.z.p. spoczywa ocena wyjaśnień i przedłożonych dowodów.”* Wyrok KIO z dnia 23.04.2013 r. sygn. akt KIO 848/13

- *„Za obiektywne czynniki nie sposób uznać ogólnych stwierdzeń wykonawcy, iż cena oferty została skalkulowana nie tylko w oparciu o zapisy SIWZ, ale przede wszystkim w oparciu o posiadane bogate doświadczenie osób wchodzących w skład zespołu przygotowującego ofertę w części merytorycznej.”* Wyrok KIO z dnia 06.03.2013 r. sygn. akt KIO 340/13

- *„Celem składania wyjaśnień, jest przedstawienie przez wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny. Zbytecznym jest przywoływanie w nich zwłaszcza orzecznictwa i poglądów doktryny na temat pojęcia "rażąco niska cena", powoływanie się na własne doświadczenie, czy też ogólne oświadczenie, że zaoferowano całość przedmiotu zamówienia.”* wyrok KIO z dnia 09.11.2012 roku, sygn. akt KIO 2338/12

- *„Nie można uznać, że ogólna charakterystyka wykonawcy pod względem posiadanego doświadczenia, organizacyjnym i gospodarczym może zastąpić wyjaśnienia w zakresie ceny w poszczególnych konkretnych pozycjach kosztorysowych, w szczególności, że stanowi dowód, iż ceny w poszczególnych pozycjach zostały skalkulowane w sposób rzetelny i ich niski poziom nie ma wpływu na prawidłową realizację zamówienia za zaoferowaną cenę.”* Wyrok KIO z dnia 08.06.2012 r. sygn. akt KIO 1063/12

Odwołujący przekonywał, że fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny przez konsorcjum Adrem dodatkowo potwierdza cena utrzymania terenów zieleni miejskiej określonych w Załączniku

nr 5 do oferty Adrem tj. utrzymania czystości w parkach i zieleńcach, zimowego utrzymania parków i zieleńców oraz utrzymania placów zabaw. Według odwołującego, konsorcjum Adrem wyceniło powyższe prace nierealnie oraz poniżej ich wartości rynkowej. Ceny określone w Załączniku nr 5 stanowią ceny znacznie poniżej kosztów prac personelu konsorcjum Adrem, materiałów i sprzętu niezbędnych do wykonania tychże prac. Potwierdzeniem powyższego - jak uznawał odwołujący - jest również stosunek ceny prac określonych w Załączniku nr 5 do oferty Adrem do ceny prac określonych w Załączniku nr 5 pozostałych wykonawców. Cena prac określonych w Załączniku nr 5 do oferty Adrem stanowi od 39 % do 65 % ceny ofert pozostałych wykonawców.

Porównanie wartości z załącznika nr 5 oferty Adrem do wartości załącznika 5 pozostałych oferentów:

Stosunek ceny załącznika nr 5 oferty Adrem do ceny załącznika nr 5 pozostałych Wykonawców (%).

- 1) BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Stary Sącz - Lider Konsorcjum Park M K.....
M..... Park M Sp. z o.o. - 3 114 135,00 zł; 39,06%
- 2) Zakład Konserwacji Zieleni „Ogród System II” mgr. Inż. A. S..... - 2 160 138,00 zł; 56,31%
- 3) Zakład Projektowo - Usługowy RADIX Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - 2 039 397,60 zł; 59,64%
- 4) Zakład Usługowy INTEGRUM W..... – C..... B..... - Lider Konsorcjum Zakład Usługowy Apis P..... R..... C..... - 2 789 687,68 zł; 43,60%
- 5) Odwołujący - 1 871 452,50 zł; 65,00%

Zdaniem odwołującego, zaferowanie przez konsorcjum Adrem nierynkowej i nierealnej ceny prac określonych w Załączniku nr 5 zdeterminowało rażąco niską całkowitą cenę oferty Adrem. Potwierdzeniem znaczenia prac wskazanych w Załączniku nr 5, dla wyceny całkowitego wynagrodzenia wykonawców, stanowi jego procentowy udział w całkowitej wartości ceny ofert. Cena prac określonych w Załączniku nr 5 stanowi od ok. 31 % do ok. 41 % ceny całkowitej ofert pozostałych Wykonawców. Konsorcjum Adrem obniżyło koszty tych prac do nierynkowego poziomu ok. 23 % ceny całkowitej, jak twierdził odwołujący.

Odwołujący przedstawił kolejną tabelę porównanie wartości prac określonych w Załączniku nr 5 w cenie całkowitej oferty

- 1) BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Stary Sącz - Lider Konsorcjum Park M K.....
M..... Park M Sp. z o.o. - Cena całkowita 7 608 386, 25; Cena z załącznika 5 - 3 114 135,00 zł; Stosunek załącznika nr 5 do ceny całkowitej oferty 40,93 (%)

- 2) Zakład Konserwacji Zieleni „Ogród System II” mgr. Inż. A. S..... - Cena całkowita 6 839 878,96; Cena z załącznika 5 – 2 160 138,00 zł; Stosunek załącznika nr 5 do ceny całkowitej oferty 40,93 (%) 2 160 138,00 zł; 31,58%
- 3) Zakład Projektowo - Usługowy RADIX Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - Cena całkowita 6 481 601,00 zł ; Cena z załącznika 5 - 3 114 135,00 zł; Stosunek załącznika nr 5 do ceny całkowitej oferty 31,46 (%)
- 4) Zakład Usługowy INTEGRUM W..... – C..... B..... - Lider Konsorcjum Zakład Usługowy Apis P..... R..... C..... - cena całkowita 7 410 090,18 zł; cena z załącznika 5 -2 789 687,68 zł; Stosunek załącznika nr 5 do ceny całkowitej oferty 37,65 (%)
- 5) Odwołujący - cena całkowita 6 158 421,53 zł; cena z załącznika 5 – 1 871 452,50 zł Stosunek załącznika nr 5 do ceny całkowitej oferty 30,39 (%);
- 6) 4 Konsorcjum Adrem – cena całkowita 5 088 917,24; cena z załącznika 5 – 1 216 383,31 Stosunek załącznika nr 5 do ceny całkowitej oferty - 23,90%

Odwołujący podkreślał, iż zgodnie z § 3 ust. 2 Wzoru umowy prace określone w Załączniku nr 5 są jedynymi pracami rozliczаны ryczałtowo. Stąd wynagrodzenie wykonawcy obliczone na podstawie Załącznika nr 5 rozliczane będzie bez względu na dysponowanie przez zamawiającego środkami finansowymi oraz jego zapotrzebowaniem na poszczególne prace. Zatem wyłącznie prace określone w Załączniku nr 5 stanowić będą niezmiennie i gwarantowane wynagrodzenie Wykonawcy. Pozostałe składniki wynagrodzenia wykonawcy rozliczane będą kosztorysowo, stąd brak środków finansowych zamawiającego lub brak zapotrzebowania na usługi spowoduje, iż wykonawca otrzyma niższe wynagrodzenie z tych tytułów. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący zaznaczał, że cena ryczałtowa określona w Załączniku nr 5 stanowi bardzo ważny składnik cenotwórczy oraz decyduje o całkowitej cenie oferty. Zaoferowanie ceny ryczałtowej prac określonych w Załączniku nr 5 znacznie poniżej ich kosztów - uniemożliwia wykonanie zamówienia bez strat konsorcjum Adrem i naraża zamawiającego na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez tego wykonawcę.

Odwołujący przytoczył kolejny zestaw orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

- „Przepisy p.z.p. odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p. odwołują się do ceny oferty, a nie jej elementów. Kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny częściowe determinują cenę całej oferty.” wyrok KIO z 19.04.2013 roku sygn. akt KIO 791/13

- „*To poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesądzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić tylko do ceny całkowitej, jednak analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, bowiem każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie.*” wyrok KIO z 14/12/2012 roku sygn. akt KIO 2632/12.

Konkludując, odwołujący stwierdził, iż konsorcjum Adrem obciążał obowiązek przedstawienia obiektywnych czynników umożliwiających wykonanie zamówienia za zaoferowaną kwotę. Tymczasem złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta Adrem nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsorcjum Adrem nie przedstawiło szczegółowych wyjaśnień zawierających wskazanie obiektywnych czynników umożliwiających wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Stąd prawidłowa i rzetelna ocena wyjaśnień konsorcjum Adrem winna doprowadzić do uznania, iż oferta Adrem zawiera rażąco niską cenę oraz odrzucenia oferty Adrem, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Mając na uwadze powyższe art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty Adrem, gdyż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut 3 naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty Adrem, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazywał, iż konsekwencją sformułowanych powyżej zarzutów tj. zaoferowanie rażąco niskiej ceny wykonania zamówienia, jest naruszenie przez konsorcjum Adrem zasad zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie zaś z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający winien odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podnosił, iż zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący zarzucał, że zaoferowanie przez konsorcjum Adrem ceny rażąco niskiej ma na celu wyeliminowanie z rynku usług utrzymania zieleni w mieście Kraków wykonawców, którzy zaoferowali stawki rynkowe. Takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Dodatkowo działanie konsorcjum Adrem narusza interes zamawiającego, rodząc ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, zamówienia o szczególnym znaczeniu dla potrzeb społeczności lokalnej. Konkludując, odwołujący stwierdził, że oferta Adrem winna zostać

odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut 4 naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp, tj. obowiązku równego traktowania wykonawców oraz niezachowania zasad uczciwej konkurencji poprzez arbitralną i subiektywną ocenę oferty Adrem.

W przeświadczeniu odwołującego, okoliczności faktyczne prowadzonego postępowania rodzą uzasadnione wątpliwości, co do równego traktowania wykonawców w toku tegoż postępowania. W szczególności odwołujący zwracał uwagę na fakt, że zamawiający wzywając konsorcjum Adrem do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, winien wszechstronnie i z należytą starannością zbadać złożone przez konsorcjum Adrem wyjaśnienia.

Podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych jest zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez uczestników postępowań zasad uczciwej konkurencji. Mając to na względzie, zamawiający należycie interpretując przepisy ustawy Pzp, winien należycie i obiektywnie ocenić wyjaśnienia konsorcjum Adrem, co doprowadziłoby do wniosku, iż konsorcjum Adrem zachwiało uczciwą konkurencję przygotowując swoją ofertę, gdyż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający arbitralnie i subiektywnie przyjął, że oferta Adrem nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, by następnie bez przeprowadzenia rzetelnej analizy uznać, iż oferta Adrem przedstawiająca najniższą cenę na wykonanie przedmiotu zamówienia jest poprawna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 lutego 2014 r. przekazane za pośrednictwem faksu do postępowania odwoławczego w dniu 10 lutego 2014 r. zgłosił przystąpienie faksem w zakresie 4 części wykonawca wybrany konsorcjum: 1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Adrem S.A. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków (lider), 2) firma GARDENBUD Sp. z o.o. ul. Bandurskiego 66/4, 31-515 Kraków – po stronie zamawiającego. Przystąpienie to wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemnie w dniu 14 lutego 2014 r.

Izba postanowiła nie dopuścić konsorcjum wykonawców: 1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Adrem S.A. (lider), 2) firma GARDENBUD Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby pisemnie albo elektronicznie. Okolicznością bezsporną pozostawało, że konsorcjum Adrem złożyło

przystąpienie za pośrednictwem faksu – zatem pozostawało ono bezskuteczne, natomiast przystąpienie w wymaganej formie pisemnej zostało złożone po upływie terminu określonego ustawą.

Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2014 r. udzielił następującej odpowiedzi na odwołanie.

„Odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części IV przetargu nieograniczonym pn. Utrzymanie terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014 – 2016 z podziałem na obszary I - IV. (...).

Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie postanawia oddalić zarzuty przedstawione w odwołaniu. Uzasadnienie. Odwołujący kwestionuje zaproponowaną cenę ofertową przez najtańszego wykonawcę tj. konsorcjum firm: P. P. U. ADREM S.A., os. Słoneczne 3, 31-956 Kraków - lider konsorcjum oraz Gardenbud Sp. z o. o., ul. Bandurskiego 66/4, 31-515 Kraków - partner konsorcjum.

Poinformować należy, że Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp konsorcjum P.P.U. Adrem S.A. i Gardenbud Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia ceny ofertowej w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. W dniu 23.01.2014r. faksem wpłynęło do Zamawiającego pismo od lidera konsorcjum tj. firmy ADREM S.A. w której wyjaśniają, iż cena jest realna, rynkowa i usługa zostanie zrealizowana z należytą starannością. Cytat; „...Jednocześnie wyjaśniamy, że podane w dokumentacji przetargowej nośniki cenowe w pełni odzwierciedlają sytuację rynku tych usług w Krakowie. Niejednokrotnie spotkaliśmy się nawet z cenami tych usług dużo niższymi od oferowanych przez nasze Konsorcjum. Pragniemy poinformować Państwa, że nasze firmy współdziałały ze sprawdzonymi i solidnymi podwykonawcami, wykonującymi dla naszych firm usługi po atrakcyjnych, nie zawyżonych cenach. Dzięki wieloletniej współpracy z tymi firmami jesteśmy pewni, że zlecenie zostanie wykonane z należytą starannością w prawidłowy sposób za podaną cenę ofertową. Nasze firmy oraz firmy podwykonawców posiadają wykwalifikowany personel oraz niezbędny sprzęt potrzebny do wykonania usług. W latach 2010 - 2013 nasze firmy wykonywały usługi utrzymania terenów zielonych Gminy Miejskiej Kraków w sposób należyty, co zostało potwierdzone pozytywnymi referencjami - wystawionymi przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie. Reasumując, nie widzimy podstaw do uznania naszej oferty znacznie odbiegającej od wyceny Zamawiającego. Nasza cena jest ceną realną, nie zawyżoną i gwarantuje wykonanie zlecenia w sposób prawidłowy.” W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający po zapoznaniu się z powyższymi wyjaśnieniami, mając na uwadze art. 90 ust 2 Pzp tj. obiektywne czynniki oraz kryterium oceny ofert - cena brutto 100% nie miał podstaw do odrzucenia w.w. oferty jako zawierającą rażąco niską cenę. Wręcz przeciwnie, nie miał innej możliwości jak uznać, że cena ofertowa w wysokości 5.088,917,24 zł brutto złożona przez konsorcjum jest nie zawyżona, lecz realna i prawidłowa. Ponadto wyjaśniamy, iż sam fakt obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wyceny zamawiającego nie powoduje odrzucenia takiej oferty za rażąco niską cenę lub czyn nieuczciwej konkurencji tym bardziej, iż ceny ofertowe pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty na cz. 4 wskazują, iż naturalnym jest obniżenie ceny ofertowej w stosunku do środków finansowych zamawiającego. Dowód: oferta nr 14 - odwołującego się zawierała cenę 6.196.471,57 zł brutto, oferta nr 10 - zajęła trzecie miejsce - zawierała cenę 6.481.601,80 zł brutto, oferta nr 9 - zajęła czwarte miejsce - zawierała cenę 6.839.878,96 zł brutto, oferta nr 13 - zajęła piąte miejsce - cena 7.410.090,18 zł brutto, oferta nr 7 - zajęła szóste miejsce - po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej - zawierała cenę 8.136.616,25 zł brutto.

Zamawiający pragnie zacytować wyrok, który nas dotyczył w zakresie rażąco niskiej ceny. Na podstawie wyroku o sygn. akt: KIO 1377/12 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała oddalić odwołanie. „Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż oferta złożona przez firmę Budimex S. A. nie jest ofertą z rażąco niską ceną, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw., z art. 15 ust. 1 pkt, 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jedn., Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503), przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A. pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez bezprawne, bezzasadne i błędne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez Budimex SA, potwierdzają iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską;

Wartość brutto przedmiotu zamówienia wyniosła według zamawiającego 180 056 027,92 zł. (...) cena oferty - złożona przez Budimex S.A, podaje cenę 139 441 435,18 zł brutto tj. o 33% niższą od szacowanej wartości zamówienia i jest to w przekonaniu odwołującego również cena rażąco niska."

Pomimo obniżenia ceny ofertowej aż o 40 mln zł w stosunku do wyceny zamawiającego KIO odrzuciło odwołanie i uznało, że nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Czerpiąc z w.w. wyroku KIO należy dodać, iż definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje.” W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca użył określenia „cena rażąco niska,” a więc niska w sposób zauważalny, narzucający w sposób nieodparty takie wnioski.

Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży np. odnoszonych do ceny jednostkowej /mb danego rodzaju inwestycji liniowych, itp.”

Zamawiający, zatem potwierdza, że właśnie takie czynniki brał pod uwagę oceniając wyjaśnienia wykonawcy - konsorcjum ADREM S.A, oraz Gardenbud Sp. z o. o, gdyż prowadząc i rozliczając miejską zieleń ma bieżące rozeznanie co do realnych cen funkcjonujących na lokalnym rynku, po których wykonawcy z powodzeniem realizują zakontraktowane zadania w zakresie pielęgnacji zieleni, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Odwołujący mógł przyjąć własne założenia cenowe odmienne od przystępującego, w tym też dowolną stopę zysku. Proste porównanie cen oferty odwołującego i przystępującego lub przystępującego do ceny zamawiającego i zanotowana różnica nie jest miarodajna dla zarzutu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący nie wykazał, że wykonawca - konsorcjum P. P. U. ADREM S.A. oraz Gardenbud Sp. z o.o. nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a powierzenie jego realizacji stanowi ewidentne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Sygn. akt: KIO 221/14

Odwołujący - konsorcjum firm: 1) Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. P....., J. F..... Spółka jawna, 2) Zakład Produkcyjno - Usługowo-Handlowy „PRO-ZIEL” Z..... P....., 3) Zakład Usługowy „OGRÓD-SERVICE” Spółka Jawna J. B....., B. D....., T. K....., 4) SITA Małopolska Sp. z o.o., 5) Pracownia Zieleni M..... W....., J.....

Z....., M..... Z....., wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia - wobec czynności dokonanych przez zamawiającego - niezgodnych z przepisami ustawy Pzp - polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechaniu odrzucenia złożonej przez GARDENBUD Sp. z o.o. oferty, oraz
- 3) wyborze oferty GARDENBUD Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej.

Niniejszym zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc postępowanie naruszył w szczególności, następujące przepisy:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. z postępowania, pomimo, iż złożył on nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia mające wpływ na wynik postępowania;
- 2) alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) powyżej; art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. z postępowania z powodu niewykazania spełniania wyznaczonych warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o., pomimo, iż podlegał on wykluczeniu z postępowania oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez tego wykonawcę;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część 2;
- 2) przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert,
- 3) wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty,
- 4) dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej w części 2 postępowania - oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes odwołującego w

uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ponadto, odwołujący może ponieść szkodę w związku z powyższym.

Odwołujący wyjaśniał, że w części 2 postępowania jego oferta została sklasyfikowana - na drugiej pozycji. Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę zgodną z SIWZ został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący stwierdził, że uzyska przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wyjaśniał, że w wyniku przeprowadzonego postępowania, jako najkorzystniejsza w części 2 została wybrana oferta wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. Zdaniem odwołującego, zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, a przede wszystkim dokonał wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Zarzut 1. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący argumentował następująco.

Zgodnie z Częścią III pkt 1 lit. b) tiret drugie SIWZ w odniesieniu do części 2 zamówienia, zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizowali (niezależnie od tego na jaki oraz na ile obszarów wykonawca składa ofertę) m.in. pielęgnację zieleni wysokiej, tj. usuwanie, pielęgnacja, nasadzenia drzew i krzewów, o łącznej wartości wykonanego zamówienia 500.000 zł (wykonawca jest zobowiązany wykazać min. 1 umowę).

W celu oceny spełniania powyższego warunku zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane zgodnie z załącznikiem nr 4 (Część IV pkt 1 lit. g) SIWZ).

Wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. dołączył do oferty wykaz "Doświadczenie zawodowe", w treści którego w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w Części III pkt 1. lit b) tiret drugie SIWZ, wskazane zostało zamówienie, przedmiotem którego była rewitalizacja zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej, realizowane w okresie od dnia 16 lipca 2013 r. do dnia 30 września 2013 r. na rzecz Urzędu Miejskiego w Wołczynie.

W treści ww. wykazu wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. wskazał jednocześnie, iż wartość rzeczonożego zamówienia wynosiła 599.661,24 zł, z czego pielęgnacja zieleni wysokiej, nasadzenia drzew i krzewów obejmowały wartość 504.010,20 zł.

Dodatkowo do oferty załączone zostało poświadczenie z dnia 4 listopada 2013 r. wystawione przez Gminę Wołczyn na rzecz tego wykonawcy, w treści którego wskazane zostało, iż na przedmiot ww. zamówienia poza pielęgnacją zieleni składało się również szereż innych czynności, takich jak budowa linii kablowych, dostawa i montaż ławek, koszy na śmieci, tablic informacyjnych itp.

Treść wskazanych informacji (a zwłaszcza fakt nieproporcjonalnie wysokich kosztów zieleni w stosunku do pozostałych prac wskazanych w referencji) wzbudziła wątpliwość zamawiającego, który pismem z dnia 21 stycznia 2014 r. zwrócił się do wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w tym zakresie lub podanie precyzyjnych kwot, które dotyczyły pielęgnacji zieleni wysokiej.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca w piśmie z dnia 24 stycznia 2014 r. wskazał, iż do wskazanej w treści wykazu "Doświadczenie zawodowe" kwoty zaliczone zostały następujące rodzaje prac: wycinka i cięcie sanitarno-korekcyjne drzew, nasadzenia oraz prace towarzyszące, polegające na plantowaniu gruntu przy karczowaniu drzew i krzewów, wysypanie nawierzchni korą i żwirem. W treści rzeczonych wyjaśnień wykonawca podtrzymał tym samym wcześniejsze oświadczenie zawarte w treści wykazu, co do kwot, które dotyczyły pielęgnacji zieleni wysokiej.

Jednocześnie, z ostrożności wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. przedłożył wykaz uzupełniony o inne (nowe) doświadczenie, udostępniane przez podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „Adrem” S.A. (szerzej pkt 2 niniejszego odwołania).

Dnia 24 stycznia 2014 r. do zamawiającego wpłynęło pismo od jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w którym podnoszono, iż informacje podane przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. o wartości zamówienia dotyczącej pielęgnacji zieleni wysokiej, realizowanej w ramach zamówienia wykonywanego na rzecz Gminy Wołczyn są informacjami nieprawdziwymi. Autor omawianego pisma, tj. pan A..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy "RIBES", w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej uzyskał od Gminy Wołczyn protokół z postępowania na rewitalizację zabytkowych parków w Skatągach i Wierzbicy Dolnej. Jeden z załączników do ww. protokołu stanowiła oferta GARDENBUD Sp. z o.o. złożona w omawianym postępowaniu, z treści której wynika, iż wartość zamówienia odnosząca się do pielęgnacji zieleni wysokiej, nasadzeń oraz ścinki drzew opiewała na kwotę 297.468,13 zł

brutto. W związku z tym autor pisma zwrócił uwagę na fakt rozbieżności kwot podanych w tym zakresie w wykazie "Doświadczenie zawodowe" oraz z informacji uzyskanych od Gminy Wolczyn.

W związku z uzyskanymi informacjami, zamawiający w dniu 27 stycznia 2014 r. ponownie zwrócił się do wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. ze stosownym wezwaniem. Zamawiający w treści ww. pisma wzywał do przedłożenia kosztorysu powykonawczego lub protokołów odbioru, z których wynikałoby, iż wartość prac składających się na pielęgnację zieleni wysokiej opiewała na kwotę wystarczającą dla potwierdzenia spełniania warunku udziału wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w treści rzeczzonego pisma podkreślił przy tym, że wskazane informacje są niezbędne w celu wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w Części III pkt 1 lit. b) tiret drugie SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w piśmie z dnia 27 stycznia 2014 r. oświadczył, że na wartość wskazaną w wykazie „Doświadczenie zawodowe” dotyczącą zadania polegającego na rewitalizacji zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej składały się następujące elementy:

w odniesieniu do Parku w Skałagach:

- roboty przygotowawcze: 175,52 zł netto,
- aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie: 84.357,41 zł netto,
- gospodarka drzewostanem: 67.195,23 zł netto, zieleń: 58 733,02 zł netto,

w odniesieniu do Parku w Wierzbicy Dolnej: roboty przygotowawcze: 175,52 zł netto, aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie: 80.674,63 zł netto,

- gospodarka drzewostanem: 58.389,45 zł netto,
- zieleń 57.794,21 zł netto.

Wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. wskazał jednocześnie, że łączna wartość wykazanych pozycji przekracza kwotę 500.00.00 zł brutto i składa się na kwotę wskazaną w wykazie "Doświadczenie zawodowe", co zdaniem wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. jest wystarczające dla wykazania, iż wypełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części III pkt 1 lit b) tiret drugie SIWZ, tj. zrealizował pielęgnację zieleni wysokiej (usuwanie, pielęgnacja, nasadzenia drzew i krzewów) opiewające na żadaną przez zamawiającego kwotę 500.000, 00 zł brutto. Na potwierdzenie swoich twierdzeń wykonawca ten załączył faktury VAT wraz z kompletem dokumentacji rozliczeniowej oraz oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego.

Analiza ww. oświadczeń złożonych przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. przywiodła odwołującego do wniosku, iż kwestionowany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. wprowadził w błąd zamawiającego podając

informacje o wartości zamówienia w zakresie pielęgnacji zieleni wysokiej nie znajdujące potwierdzenia w rzeczywistości, czego niewątpliwie był świadomy. Jego działanie miało więc charakter intencjonalny i zawiniony.

O powyższym według odwołującego - świadczą następujące okoliczności.

Po pierwsze, wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w toku procedury wyjaśniającej sam zmieniał zakres prac, które wliczył do kwoty wskazanej w wykazie „Doświadczenie zawodowe”, podtrzymując jednocześnie stanowisko, iż podana w wykazie wartość dotycząca zieleni wysokiej, jest wartością prawidłową. W rzeczonym wykazie wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. wprost określił, iż na kwotę 504.010,20 zł - mającą potwierdzać spełnianie warunku, o którym mowa w Części II pkt 1 lit. b) tiret drugie SIWZ - składała się wartość pielęgnacji zieleni wysokiej, nasadzeń drzew i krzewów - a więc wartość czynności, które odpowiadają treści wskazanego warunku.

W toku pierwszych wyjaśnień powyższy zakres prac rozszerzony został jednak o kolejne zadania, tj. prace towarzyszące polegające na plantowaniu gruntu przy karczowaniu drzew i krzewów, wysypanie nawierzchni korą i żwirem.

Dodatkowo, w ramach kolejnych wyjaśnień wskazano również pozycję pn. aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie.

Już sam fakt zmieniania zakresu prac, które wliczane były do wartości wskazanej w wykazie „Doświadczenie zawodowe” świadczyć może według odwołującego o nieprawdziwych informacjach złożonych w ramach oferty - z oświadczeń samego wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. wynika bowiem, iż katalog prac, które składały się na wartość 504.010,20 zł był podany w sposób wadliwy.

Po drugie, prace powoływane przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. w toku procedury wyjaśniającej, które zgodnie z jego oświadczeniami miały potwierdzać odpowiednią wartość prac w zakresie pielęgnacji zieleni wysokiej, zdaniem odwołującego - nie mogą zostać uznane za czynności polegające na pielęgnacji zieleni wysokiej.

Zamawiający w treści SIWZ wyraźnie wskazał, iż czynnościami mogącymi potwierdzać spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie zieleni wysokiej są usuwanie, pielęgnacja, nasadzenia drzew i krzewów.

W związku z tym, odwołujący stwierdził, że czynności, na które powoływał się wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w procedurze wyjaśniającej, nie mieszczą się w ww. kategorii.

Prace towarzyszące polegające na:

- plantowaniu gruntu przy karczowaniu drzew i krzewów wysypanie nawierzchni korą i żwirem (wskazane w ramach pierwszych wyjaśnień) dotyczą bowiem pielęgnacji zieleni niskiej;

- prace wykonywane w ramach przygotowania alei parkowych, ścieżek, placów i nawierzchni (wskazane w ramach drugich wyjaśnień) są natomiast robotami budowlanymi. Potwierdza to, załączony przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. kosztorys powykonawczy, w treści którego wskazano, iż na przygotowanie alei parkowych, ścieżek, placów i nawierzchni składały się następujące czynności: plantowanie/niwelowanie terenu; wykonywanie koryt pod nawierzchnie; koryta wykonywane na poszerzeniach i na chodnikach; warstwy podsypkowe i odcinające; aleja główna (ścieżki żwirowo-gruntowe) oraz krawężniki kamienne. Już z literalnego brzmienia wskazanych czynności wynika, że są to pojęcia nie mieszczące się w kategorii pielęgnacji i nasadzaniu drzew i krzewów (a więc pielęgnacji zieleni wysokiej). Dodatkowo, w kosztorysie powykonawczym wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. opisując ww. czynności wykonywane w ramach pozycji pn. aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie, posłużył się numerem KNR 2- 31.

Odwołujący podkreślał, że KNR (katalog nakładów rzeczowych) stanowi standaryzację, którą powszechnie posługują się wykonawcy. Kategoria 2 KNR odnosi się przy tym do robót budowlanych, w tym kategoria 2-31 do nawierzchni na drogach i ulicach.

Kategoria tereny zieleni została natomiast przewidziana w odrębnej kategorii 2-21 KNR. Odwołujący zwracał uwagę, iż opinia inspektora nadzoru przedłożona przez wykonawcę w ramach wyjaśnień nie uprawnia go do kwalifikacji ww. kategorii prac, jako możliwych do zaliczenia w ramach pielęgnacji zieleni.

Fakt, iż prace przy wykonywaniu nawierzchni żwirowych wymagały zabezpieczenia systemu korzeniowego pni wcale nie oznacza, iż można mówić o pielęgnacji zieleni wysokiej. Oczywistym jest, że wykonywanie ścieżek oraz inne prace budowlane prowadzone w zasięgu drzew i krzewów mogą wchodzić w konflikt z ich systemami korzeniowymi czy nawet z pewnymi częściami naziemnymi, nie mniej jednak prace związane z zabezpieczeniem tych części drzewostanu nie są zabiegami pielęgnacji zieleni. Są to działania dodatkowe prowadzone w ramach prac budowlanych zabezpieczające przed zniszczeniem lub ograniczeniem rozmiarów uszkodzeń. Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, że kategorie wskazywane przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. nie mieszczą się w zakresie pojęcia pielęgnacji zieleni wysokiej - a kwota wskazana w wykazie „Doświadczenie zawodowe” poza zielenią wysoką obejmuje szereg kategorii pobocznych.

Oświadczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. w tym zakresie, odwołujący poczytał za wyczerpujące znamiona nieprawdziwych informacji.

Odwołujący nie dopuszczał uznania, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o., jako profesjonalista, dysponujący kompletną dokumentacją w sprawie spornego zamówienia - realizowanego na rzecz Gminy Wołczyn - nie miał możliwości precyzyjnego i właściwego określenia wartości dotyczącej pielęgnacji zieleni wysokiej. Wliczenie kategorii pobocznych do tej wartości również nie kwalifikował odwołujący - za niezawinione - wykonawca przygotowując ofertę i kosztorys powykonawczy miał, bowiem świadomość, że kategorie, które przywołuje, jako pielęgnację zieleni wysokiej są w istocie robotami budowlanymi i pomimo tej wiedzy złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zauważył, iż suma kwot wyszczególniona przez zamawiającego w piśmie z dnia 27 stycznia 2014 r. (drugie wyjaśnienia) wynosi 407.494,99 zł netto. Kwota ta jedynie przy założeniu 23% podatku VAT przekroczy wartości 500.000,00 zł brutto - wymaganą przez zamawiającego dla zieleni wysokiej (wynosić będzie wówczas 501.218,84 zł). Opodatkowanie usług wykonywanych w ramach rewitalizacji parków wykonywanej dla Gminy Wołczyn podatkiem w wysokości 23% świadczy jednak o tym, że usługi pielęgnacji zieleni miały charakter jedynie uboczny - a tym samym potwierdza to, że wartość pielęgnacji zieleni wysokiej była znikoma. Bezspornym jest, że usługi pielęgnacji zieleni opodatkowane są podatkiem VAT w wysokości 8%, czego wykonawca ma świadomość - o czym świadczy chociażby złożenie oferty w postępowaniu, opodatkowanej w sposób właściwy.

Jednocześnie odwołujący podkreślał, iż nawet przy zastosowaniu podatku VAT w wysokości 23% uzyskana kwota stanowiąca rzekomo wartość pielęgnacji zieleni, tj. 501.218.84 zł jest kwotą odmienną od wskazanej w wykazie „Doświadczenie zawodowe”, tj. 504.010.20 zł.

Okoliczność ta, zdaniem odwołującego również wskazuje, iż wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w sposób zamierzony działał w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego - podtrzymując swoje oświadczenia złożone w ramach oferty, przekazał jednocześnie informacje, które *de facto* im zaprzeczają.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, tj. złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania odwołujący stwierdził, iż w okolicznościach niniejszego przypadku konieczne było wykluczenie wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. na tej podstawie.

Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 25 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 326/13 oraz w wyroku z dnia 6 sierpnia

2010 r., sygn. akt KIO 1550/10), przesłanką do wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się przy tym, jeśli działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną (tak m.in. Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r.; sygn. akt II CA 1285/12).

Przekładając powyższe na okoliczności przedmiotowego przypadku, odwołujący argumentował, że w treści niniejszego odwołania wykazane zostało, iż wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o.:

- (i) złożył nieprawdziwe informacje,
- (ii) informacje te miały wpływ na wynik postępowania oraz,
- (iii) przypisać można mu winę umyślną.

Odwołujący podkreślał, iż za zawinione i umyślne należy uznać działanie wykonawcy, który posiadając precyzyjne informacje dotyczące spornego doświadczenia - które przedłożył na dalszym etapie postępowania - składa oświadczenia stojące z nimi w rażącej sprzeczności. Analiza oferty oraz dalszych pism wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. świadczy według odwołującego o tym, że zdawał on sobie sprawę, iż dla wykazania spełnienia warunku w Części III pkt 1 lit, b) tiret drugie SIWZ konieczne jest wykazanie, iż wartość zamówienia w zakresie pielęgnacji zieleni wysokiej musi wynosić 500.000.00 zł - świadczy o tym chociażby to, że sam, w treści wykazu „Doświadczenie zawodowe” dokonał wyodrębnienia pewnej kwoty z globalnej wartości zamówienia realizowanego na rzecz Gminy Wołczyn.

Zdaniem odwołującego - nie budzi również wątpliwości warunek zamieszczony w treści SIWZ, który nakazuje pod pojęciem zieleni wysokiej rozumieć usuwanie, pielęgnację, nasadzenia drzew i krzewów. Nie można więc uznać, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje na skutek nieprawidłowej interpretacji treści warunku.

Dodatkowo, odwołujący podkreślał, iż w przypadku gdy wykonawca składa nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp bezspornym w orzecznictwie jest to, iż nie ma możliwości ich sanowania. Zamawiający nie może wówczas wezwać do uzupełnienia oferty poprzez złożenie informacji niewadliwych (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 25 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 326/13 oraz w wyroku z dnia 12 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1223/09). Tym samym, doświadczenie podmiotu trzeciego wskazane przez wykonawcę w ramach procedury wyjaśniającej - pozostaje bez wpływu na ocenę oferty wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. - jak stwierdził odwołujący.

Reasumując, odwołujący wskazywał, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut 2. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W przypadku braku zakwalifikowania informacji podanych przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. w treści oferty, jako informacji nieprawdziwych, odwołujący alternatywnie wskazywał na zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wynika z uwag poczynionych w pkt 1 niniejszego pisma wartość zamówienia realizowanego na rzecz Gminy Wołczyn w zakresie zieleni wysokiej wskazana w wykazie „Doświadczenie zawodowe” powinna zostać pomniejszona o kwotę robót budowlanych realizowanych w ramach przygotowywania alei parkowych, ścieżek, placów i nawierzchni. Powyższe spowoduje, iż wartość wskazanego doświadczenia w zakresie zieleni wysokiej nie przekroczy wymaganego w treści SIWZ poziomu 500.000,00 zł.

Na marginesie odwołujący zwrócił uwagę, iż treści warunku opisanego w Części III pkt 1 lit. b) tiret drugie SIWZ nie została sformułowana w sposób precyzyjny w odniesieniu do tego, czy wymagana wartość dotycząca zieleni wysokiej, tj. 500.000,00 zł musi być wykazana w ramach jednego czy też kilku zamówień. Literalna wykładania tego warunku, odwołująca się do zamówienia (liczba pojedyncza) świadczy jednak o tym, że wskazana wartość powinna zostać wykazana w ramach jednego zamówienia.

Wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w ramach pisma z dnia 24 stycznia 2014 r. przedłożył wykaz uzupełniony o inne (nowe) doświadczenie zawodowe udostępniane przez Podmiot Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „Adrem” S.A. Jednocześnie przedłożone zostało również zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia zasobów z dnia 14 stycznia 2014 r.

Odwołujący wyjaśniał, że w treści ww. zobowiązania wskazane zostało, iż rzeczony podmiot trzeci zobowiązuje się do oddania wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie w treści pisma wskazane zostało, iż zasoby te będą udostępniane w formie doradztwa.

Odwołujący podnosił, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, potwierdzonym w opiniach Urzędu Zamówień Publicznych, treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1184/13 oraz wyniki kontroli UZP z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt KU/163/13).

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz fakt dążenia przez ustawodawcę do zapewnienia realności udostępnianych zasobów, odwołujący stwierdził, że samo określenie, iż udostępnieniu podlega zasób w postaci „wiedzy i doświadczenia” jest niewystarczające i prowadzić może de facto do zjawiska handlu referencjami. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika precyzyjnie, co wchodzić będzie w zakres planowanego udostępnienia,

niemożliwa jest, więc ocena tego, czy zasoby tego podmiotu będą wystarczające do należytej realizacji zamówienia przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o., a tym samym czy udostępnienie ma charakter realny.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zauważył, iż w treści pkt 8 „Formularza Oferta” wskazane zostało, iż wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. zamierza powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcy, tj. Pielęgnacja drzew P..... K..... . Rzeczony podwykonawca wykonywać ma prace związane z pielęgnacją zieleni wysokiej. Powyższe, w połączeniu z uwagami poczynionymi we wcześniejszych akapitach (fakt braku precyzyjnego określenia zakresu udostępnianego potencjału przez podmiot trzeci oraz przedłożenia referencji rzeczonoego podmiotu właśnie w odniesieniu do zieleni wysokiej, mnoży wątpliwości dotyczące realności potencjału udostępnianego przez ten podmiot. Oddanie przez podmiot trzeci zasobów wiedzy i doświadczenia w zakresie zieleni wysokiej prowadziłyby, bowiem *de facto* do konieczności doradztwa podmiotu na rzecz podwykonawcy - co stoi w sprzeczności z założeniem udostępniania wiedzy i doświadczenia, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który to ma być udostępniany wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o.- jak zaznaczał odwołujący.

W przypadku udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, np. w formie podwykonawstwa, doradztwa, konsultacji. Tytułem przykładu w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych), "wskazano: Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art 551 i art 552 k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. (...) Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków

wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia.”

Odwołujący podsumował, że nie jest, więc wykluczony udział podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenia w formie doradztwa - tak jak zostało wskazane w treści zobowiązania przedłożonego przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. w ramach postępowania - nie mniej jednak podmiot ten musi brać udział w realizacji części zamówienia. W przedmiotowym przypadku, w świetle korzystania z podwykonawcy w obszarze, w którym potencjalnie zasoby swoje oddaje podmiot trzeci, czyni więc de facto niemożliwym udział tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Okoliczność braku przedłożenia właściwego zobowiązania do udostępnienia zasobów i wykazania realności udostępnienia nie może być przy tym konwalidowana – jak zaznaczał odwołujący z uwagi na fakt, iż implikowałoby to konieczność uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższa czynność nie mogłaby natomiast zostać zastosowana z uwagi na fakt, iż byłoby to ponowne uzupełnienie w tym zakresie, jak utrzymywał odwołujący - wykonawca uzupełniając wykaz „Doświadczenie zawodowe” wraz z zobowiązaniem do udostępnienia zasobów wykorzystał, bowiem jedнокrotną możliwość skorzystania z uzupełnień w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, odwołujący stwierdził, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. nie wykazał, iż w sposób realny dysponuje zasobami podmiotu Adrem S.A. W szczególności nie zostało wykazane uczestnictwo ww. podmiotu w realizacji części zamówienia, w świetle korzystania w tej części z innego podmiotu, tj. podwykonawcy Pielęgnacja drzew P..... K..... W tym stanie rzeczy, zdaniem odwołującego - zamawiający zobowiązany był do wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego zamawiający powinien uznać ofertę wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz dokonać jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jak utrzymywał odwołujący.

Zarzut 3. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Konsekwencją ww. uchybień zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

Odwołujący podnosił, że nie może konkurować z wykonawcą GARDENBUD Sp. z o.o., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż taka oferta nie może

stanowiąc porównania z ofertą zgodną ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego i rzetelnie skalkulowaną.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 lutego 2014 r. do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 221/14 zgłosił pisemnie przystąpienie w dniu 14 lutego 2014 r. wykonawca wybrany na część 2 zamówienia GARDENBUD Sp. z o.o. ul. Bandurskiego 66/4, 31-515 Kraków.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby pisemnie albo elektronicznie. Okolicznością bezsporną pozostawało, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. przystąpienie w wymaganej formie pisemnej złożył po upływie terminu określonego ustawą.

Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2014 r. udzielił następującej odpowiedzi na odwołanie. *„Odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II przetargu nieograniczonym pn. Utrzymanie terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014 – 2016 z podziałem na obszary I - IV. (...).*

Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie postanawia oddalić zarzuty przedstawione w odwołaniu. Uzasadnienie. Odwołujący kwestionuje doświadczenie zawodowe wykonawcy Gardenbud Sp. z o.o. Zamawiający postawił warunek doświadczenia zawodowego w SIWZ część III pkt 1 lit. b) m.in. pielęgnację zieleni wysokiej tj., usuwanie, pielęgnacja, nasadzenia drzew i krzewów, o łącznej wartości wykonanego zamówienia 500,000 zł.

Wykonawca dołączył do oferty wykaz „doświadczenie zawodowe”, z którego wynika, iż realizował zamówienie publiczne, którego przedmiotem była rewitalizacja zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej, realizowane w okresie od 16.07.2013 r. do 30.09.2013 r. dla Urzędu Miejskiego w Wołczynie. W treści w.w. wykazu wykonawca napisał, że wartość zamówienia wynosiła 599.661,24 zł, w tym pielęgnacja zieleni wysokiej obejmowała wartość 504.010.20 zł.

Jak zauważył Odwołujący w treści swojego odwołania, Zamawiający miał wątpliwości czy wykonawca Gardenbud Sp. z o.o. spełnia wymóg w zakresie doświadczenia zawodowego ponieważ przedstawiono nieproporcjonalnie wysokie koszty zieleni wysokiej w kontekście pozostałych robót wykazanych w referencji z UM Wołczyn. W związku z powyższym kilkakrotnie wzywał firmę Gardenbud Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień lub wskazania precyzyjnych kwot, które dotyczyły zieleni wysokiej.

Wykonawca Gardenbud Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach:

- po pierwsze wskazał w dniu 24.01.2014 r. rodzaje prac które zaliczył do kwoty ponad 500.000 zł (dot. zieleni wysokiej); wycinka i cięcia sanitarna - korekcyjne drzew, nasadzenia oraz prace towarzyszące polegające na plantowaniu gruntu przy karczowaniu drzew i krzewów, wysypanie nawierzchni korą i żwirem,
- po drugie z ostrożności (ponieważ zamawiający nie wzywał do uzupełnienia oferty) Wykonawca przedstawił nowe doświadczenie udostępnione przez inny podmiot startujący na inną część zamówienia tj. firmę P.P.U. Adrem S.A.,
- po trzecie w kolejnych wyjaśnieniach tj. z dnia 27.09.2014 r. Gardenbud Sp z o.o. konkretnie wskazał rodzaje robót w Parku w Skalągach oraz w Parku w Wierzbicy Dolnej oraz załączył oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego, że „niewątpliwie wszystkie prace wykonywane w ramach tego zadania, miały na celu wypielęgnowanie i doprowadzenie do możliwości korzystania z enklawy zieleni wysokiej jakimi są Park w Skalągach i Wierzbicy Dolnej. Literalnie rewitalizacja parków dotyczy zabiegów związanych z pielęgnacją i odnowieniem enklawy zielelem wysokiej. Zgadzamy się z odwołującym, iż firma Gardenbud Sp. z o.o. na potwierdzenie realizacji zamówień przedstawiła referencje dotyczące robót budowlanych, które opodatkowane są 23% podatkiem VAT podczas gdy ZIKiT ogłosił przetarg na usługę pielęgnacji zieleni opodatkowaną 8% podatkiem VAT. Jednakże załączone przez Gardenbud Sp. z o.o. referencja, protokoły odbioru oraz kosztorysy powykonawcze potwierdzają należyte wykonanie prac. Zamawiający nie widzi podstaw do uwzględnienia odwołania.

Sygn. akt KIO 219/14

Sygn. akt KIO 221/14

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia wniesionych odwołań w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców: konsorcjum firm 1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Adrem S.A., 2) GARDENBUD Sp. z o.o. (część 4 zamówienia); GARDENBUD Sp. z o.o. (część 2 zamówienia).

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przetarg obejmuje: „Utrzymanie terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014-2016 z podziałem na obszary I -IV.

Część I Informacje podstawowe 1. Opis przedmiotu zamówienia:

a) Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na utrzymaniu terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014 -2016 z podziałem na obszary I -IV. Przedmiot zamówienia podzielony jest na cztery części (obszary) tj:

- Obszar I obejmuje Dzielnice od I-III Miasta Krakowa.
- Obszar II obejmuje Dzielnice od IV-VII Miasta Krakowa.
- Obszar III obejmuje Dzielnice od VIII-XIII Miasta Krakowa.
- Obszar IV obejmuje Dzielnice od XIV-XVIII Miasta Krakowa.

Dokładana charakterystyka każdego obszaru określona jest w załącznikach do niniejszej SIWZ.

Po przetargu zostaną zawarte 4 umowy.

b) Zakres prac obejmuje m.in.:

- utrzymanie zieleni niskiej,
- utrzymanie małej architektury,
- utrzymanie czystości,
- letnie i zimowe utrzymanie ciągów pieszych,
- pielęgnację, usuwanie, przesadzanie drzew i krzewów,
- zakup i sadzenie drzew.

Podana przez zamawiającego szacunkowa ilość jednostek nie zobowiązuje go do zlecenia Wykonawcy wykonania podanych ilości.

d) Zakres prac określony jest w załączniku nr 5 do SWIZ (odrębnie dla każdego obszaru), inwentaryzacja stanowi załącznik nr 6 do SWIZ (odrębnie dla każdego obszaru), standaryzacja zieleni określona jest w załączniku nr 7 do SWIZ (odrębnie dla każdego obszaru), rodzaje prac określono w załączniku nr 8 do SWIZ (odrębnie dla każdego obszaru), urządzenia małej architektury -rysunki (odrębnie dla każdego obszaru) stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ (odrębnie dla każdego obszaru),

h) Wspólny słownik zamówień: (CPV): 77.31.00.00-6 (Usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych); 77.21.15.00-7 (Usługi pielęgnacji drzew); 77.21.16.00-8 (Sadzenie drzew)

2. Termin wykonania zamówienia: planowany początek prac: 01.02.2014 r., zakończenie prac nastąpi 30.11.2016 roku.

3. Opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych:

Opis części (obszarów) znajduje się w pkt 1 lit. a.

Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych. Wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na dwa wybrane obszary.

5. Informacje o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp: Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (do 50% wartości zamówienia podstawowego). Zostaną one udzielone w przypadku, gdy zaistnieje uzasadniona potrzeba rozszerzenia przedmiotu zamówienia oraz zapewnione zostaną środki finansowe na ten cel.

8. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego faksem. Zawsze dopuszczalna jest forma pisemna (poczta lub oryginał złożony w siedzibie zamawiającego), z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie.

Część II Dokumentacja przetargowa

1. W skład dokumentacji niniejszego przetargu, udostępnionej wykonawcom wchodzi specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami:

- 1) formularz oferty - załącznik nr 1
- 2) istotne postanowienia umowy - załącznik nr 2
- 3) oświadczenie wykonawcy (wzór) - załącznik nr 3
- 4) doświadczenie zawodowe (wzór) - załącznik nr 4
- 5) zakres prac (odrębnie dla każdego obszaru) - załącznik nr 5
- 6) inwentaryzacja (odrębnie dla każdego obszaru) - załącznik nr 6
- 7) standaryzacja zieleni (odrębnie dla każdego obszaru) - załącznik nr 7
- 8) rodzaje prac (odrębnie dla każdego obszaru) - załącznik nr 8
- 9) urządzenia małej architektury - rysunki (odrębnie dla każdego obszaru) - załącznik nr 9
- 10) wykaz narzędzi i urządzeń (wzór) odrębnie dla każdego obszaru - załącznik nr 10
- 11) zbiorcze zestawienie kosztów (wzór) odrębnie dla każdego obszaru - załącznik nr 11
- 12) (...)
- 13) (...)

Część III Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

1. W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp, a w szczególności wykażą, że:

- a) (...)
- b) posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizowali (niezależnie od tego na jaki oraz na ile obszarów Wykonawca składa ofertę):
 - pielęgnacja zieleni niskiej (w tym przynajmniej na jednym obiekcie parkowym) o łącznej wartości wykonanego zamówienia 650 000 zł (Wykonawca zobowiązany jest wykazać min. 1 umowę);
 - pielęgnacja zieleni wysokiej tj. usuwanie, pielęgnacja, nasadzenia drzew i krzewów o łącznej wartości wykonanego zamówienia 500 000 zł. (Wykonawca zobowiązany jest wykazać min. 1 umowę);
 - remontów dróg i chodników o łącznej wartości wykonanego zamówienia 50.000 zł (Wykonawca zobowiązany jest wykazać 1 umowę).

2. Ocena spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w niniejszej specyfikacji nastąpi na podstawie przedłożonych w ofercie oświadczeń lub dokumentów (wg zasady spełnia – nie spełnia), których wykaz został określony w części IV SIWZ.

Część IV Wymagane oświadczenia i dokumenty 1. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

a) oświadczenie Wykonawcy zgodnie z art. 22 oraz 24 Pzp – wg zał. 3; (...)

g) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie – wg zał. 4;

2. Ponadto do oferty należy załączyć: (...)

d) wypełniony formularz oferty – wg zał. 1;

e) podpisaną standaryzację i inwentaryzację zieleni (odrębnie dla każdego obszaru);

f) wypełnione i podpisane zakres prac -zał. nr 5 do SWIZ, rodzaje prac - zał. nr 8 z wpisaniem poszczególnych cen brutto (odrębnie dla każdego obszaru),

h) zbiorcze zestawienie kosztów (odrębnie dla każdego obszaru) - wg zał. 11,

8. Niedostarczenie któregokolwiek z wymaganych w specyfikacji dokumentów spowoduje wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie oferty z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Prawa

zamówień publicznych. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. (Podstawa prawna art. 26 ust. 3 oraz 46 ust. 4a Pzp).

Część VI Opis sposobu przygotowania ofert

Część VII Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert; 1. Oferty należy składać nie później niż do dnia 15.01.2014 r. do godziny 11:00.

5. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poda kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia **7 446 121,00 zł.**

7. Niejawne badanie ofert. W celu wyboru wykonawcy, wszystkie oferty zostaną dokładnie sprawdzone pod względem spełniania wymagań ustawy Prawo zamówień publicznych i SIWZ.

8. Wybór Wykonawcy: Zamawiający podpisze umowę z Wykonawcą, który:

- złożył ofertę odpowiadającą wymaganiom określonym w niniejszej specyfikacji,
- złożył ofertę najkorzystniejszą z punktu widzenia kryteriów przyjętych w niniejszym postępowaniu.

Część VIII Opis sposobu obliczenia ceny

1. Na druku oferty (załącznik nr 1) należy podać cenę brutto (za wykonanie całego zamówienia) – odrębnie dla każdego obszaru, którego dotyczy oferta w złotych polskich (PLN) oraz obowiązującą stawkę podatku VAT w procentach.

2. W cenie ofertowej należy uwzględnić podatek VAT oraz wszystkie wymagania określone w niniejszej specyfikacji, np. koszty transportu, korekt, wartość przenoszonych praw autorskich oraz wynagrodzenie z tytułu ich przeniesienia i inne. Cena brutto podana w ofercie (załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ) winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinna uwzględniać wszelkie uwarunkowania zawarte w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty celne, ubezpieczenia, opłaty transportowe itp. Podana cena jest obowiązująca w całym okresie ważności oferty. W cenie należy także uwzględnić koszt wykorzystania i unieszkodliwiania odpadów komunalnych w tym masy zielonej oraz koszt materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotowego zamówienia

3. Cena podana w ofercie jest ceną ostateczną i nie podlega negocjacji.

4. Wszystkie ewentualne upusty wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty.

Część IX Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Ocena ofert odbędzie się odrębnie dla każdego z 4 obszarów.

Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującym kryterium: cena brutto 100%.

Za ofertę najkorzystniejszą dla danego obszaru zostanie uznana oferta, która spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ oraz otrzyma największą liczbę punktów (zawiera najniższą cenę) dla danego obszaru zamówienia.

Załącznik nr 5 zakres prac związanych z utrzymaniem terenów zieleni miejskiej z podziałem na obszary i z podaniem cen brutto w rozbiciu na lata i poszczególne elementy.

Załącznik nr 8 prace związane z utrzymaniem zieleni wysokiej w okresie 2014-2016, z oznaczeniem ceny jednostkowej i ceny brutto wykonania planowanej ilości prac. Wycena planowanej ilości nasadzeń drzew. Roboty budowlane związane z utrzymaniem terenów zieleni. Pozostałe rodzaje prac związane z utrzymaniem terenów zieleni. Ogółem suma cen brutto za szacunkowy obmiar prac. Zbiorcze zestawienie kosztów dla danego obszaru (części), obejmujące pozycje:

- prace rozliczane ryczałtowo załącznik nr 5;
- prace rozliczane powykonawczo – zieleni niska załącznik nr 8
- prace rozliczane powykonawczo wycinka, pielęgnacja i sadzenie załącznik nr 8
- prace rozliczane powykonawczo – dostawa materiału roślinnego załącznik nr 8
- prace rozliczane powykonawczo – prace drogowe załącznik nr 8
- suma:

Część X 1. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego określa załącznik nr 2 do SIWZ.

§ 3 wzoru umowy

1. Wykonawca za wykonane usługi

- utrzymania czystości w parkach,
- utrzymania czystości na zieleńcach,
- zimowe utrzymanie parków i zieleńców
- utrzymanie placów zabaw

otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie ... (słownie złotych:...), wypłacane miesięcznie w wysokości .../.... kwoty ryczałtowej, tj.

2. Wykonawca za inne niż wskazane w punkcie 1 wykonane prace otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe, rozliczone na podstawie cen jednostkowych brutto, wyspecyfikowanych w zakresie rzeczowym zadania stanowiącym załącznik numer do niniejszej umowy jako iloczyn tych cen oraz faktycznie wykonanych przez Wykonawcę i odebranych przez Zamawiającego, prac.

3. Ceny jednostkowe brutto zawarte w ofercie są cenami ostatecznymi i niezmiennymi przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy. Cena jednostkowa za wykonane prace obejmuje uporządkowanie terenu i wywóz odpadów oraz wszystkie materiały niezbędne do wykonania zakresu prac objętych umową.

4. Wynagrodzenie będzie przekazywane Wykonawcy po protokolarnym stwierdzeniu wykonania prac (...)

5. Wynagrodzenie za wykonane roboty zostanie zapłacone do wysokości limitów finansowych na poszczególne lata, tj.

- w roku 2014 r. płatne w wysokości
- w roku 2015 r. płatne w wysokości
- w roku 2016 r. płatne w wysokości

6. Zamawiający oświadcza, że jest płatnikiem podatku VAT.

2. Wykonawcy, których oferty uznane zostaną za najkorzystniejsze, zobowiązani są do zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie i istotnych postanowieniach umowy, o których mowa w pkt 1.

Na część 2 zamówienia oferty złożyło 4 wykonawców.

Ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca GARDENBUD S.A. i otrzymała ona 100 punktów.

Kolejną pozycję zajęła oferta odwołującego - konsorcjum firm: 1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, 2) KBU Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, ocena 84,97 punktów.

Wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. dołączył do oferty na część 2 wykaz "Doświadczenie zawodowe", w treści którego w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w Części III pkt 1. lit b) tiret drugie SIWZ, wskazane zostało zamówienie, przedmiotem którego była rewitalizacja zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej, realizowane w okresie od dnia 16 lipca 2013 r. do dnia 30 września 2013 r. na rzecz Urzędu Miejskiego w Wołczynie. W treści ww. wykazu wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. wskazał, iż wartość rzeczzonego zamówienia wynosiła 599.661,24 zł, z czego pielęgnacja zieleni wysokiej, nasadzenia drzew i krzewów obejmowały wartość 504.010,20 zł.

Do oferty załączone zostało poświadczenie z dnia 4 listopada 2013 r. wystawione przez Burmistrza Gminy Wołczyn na rzecz tego wykonawcy, w treści którego podano, iż na przedmiot ww. zamówienia poza pielęgnacją zieleni - w tym mechaniczne ścinanie drzew z karczowaniem lub usunięciem pnia – 173 szt.; 229 szt. prace pielęgnacyjne i sanitarne na zadrzewieniu 98 szt.; 86 szt., składało się również szereg innych czynności, takich jak budowa linii kablowych, dostawa i montaż ławek, koszy na śmieci, tablic informacyjnych wykonanie ścieżek żwirowo gruntowych, montaż latarni, tablic informacyjnych, wykonanie drewnianego pomostu i mostków, itp. wartość wykonanych prac brutto zadanie 1 - 310 553,20 zł. oraz 289 108,04 zł zadanie 2.

Zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2014 r. zwrócił się do wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących wykazu "Doświadczenie zawodowe", w tym zakresie lub podanie precyzyjnych kwot, które dotyczyły pielęgnacji zieleni wysokiej, gdyż wartość rewitalizacji zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej wynosiła 599.661,24 zł ogółem. Zamawiający uznał wykazaną kwotę pielęgnacji zieleni wysokiej za zbyt dużą w stosunku do pozostałych robót.

Wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w piśmie z dnia 24 stycznia 2014 r. podał, iż do wskazanej w treści wykazu "Doświadczenie zawodowe" kwoty zaliczone zostały następujące rodzaje prac:

- wycinka i cięcie sanitarno-korekcyjne drzew,
- nasadzenia oraz prace towarzyszące, polegające na plantowaniu gruntu przy karczowaniu drzew i krzewów,
- wysypanie nawierzchni korą i żwirem.

Wykonawca podtrzymał wcześniejsze oświadczenie zawarte w treści wykazu, co do kwot, które dotyczyły pielęgnacji zieleni wysokiej.

Z umowy pomiędzy Gminą Wołczyn a GARDENBUD Sp. z o.o. wynika, że wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy za całość zamówienia. Kosztorys ofertowy i powykonawczy nie ujmuje rozliczenia robót z wyszczególnieniem prac mogących wchodzić w zakres „pielęgnacji zieleni wysokiej”.

Wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w ramach pisma z dnia 24 stycznia 2014 r. przedłożył wykaz uzupełniony o inne (nowe) doświadczenie zawodowe udostępniane przez podmiot Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „Adrem” S.A. Jednocześnie przedłożone zostało również zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia zasobów z dnia 14 stycznia 2014 r. W treści ww. zobowiązania wskazane zostało, iż Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „Adrem” S.A. zobowiązuje się do oddania wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie w treści pisma wskazane zostało, iż zasoby te będą udostępniane w formie doradztwa.

Dnia 24 stycznia 2014 r. do zamawiającego wpłynęło pismo od p. A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy "RIBES", jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia część 2, w którym podnoszono, iż informacje podane przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. o wartości zamówienia dotyczącej pielęgnacji zieleni wysokiej, realizowanej w ramach zamówienia wykonywanego na rzecz Gminy Wołczyn są informacjami nieprawdziwymi, gdyż w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej uzyskał od Gminy Wołczyn protokół z postępowania na rewitalizację zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej. Jeden z załączników do ww. protokołu stanowiła oferta GARDENBUD Sp. z o.o. złożona w omawianym postępowaniu, z treści której wynika, iż wartość zamówienia odnosząca się do pielęgnacji zieleni wysokiej, nasadzeń oraz ścinki drzew i opiewała na kwotę 297.468,13 zł brutto. W związku z tym autor pisma zwrócił uwagę na fakt rozbieżności kwot podanych w tym zakresie w wykazie "Doświadczenie zawodowe" oraz z informacji uzyskanych od Gminy Wołczyn.

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2014 r. ponownie zwrócił się do wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w treści ww. pisma wzywał do przedłożenia kosztorysu powykonawczego lub protokołów odbioru, z których wynikałoby, iż wartość prac składających się na pielęgnację zieleni wysokiej rewitalizację zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej opiewała na kwotę wystarczającą dla potwierdzenia spełniania warunku udziału wiedzy i doświadczenia, tj. 500 000 zł. Zamawiający w treści pisma podał, że wskazane informacje są niezbędne w celu wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w Części III pkt 1 lit. b) tiret drugie SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w piśmie z dnia 27 stycznia 2014 r. oświadczył, że na wartość wskazaną w wykazie „Doświadczenie zawodowe” dotyczącą zadania polegającego na rewitalizacji zabytkowych parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej składały się następujące elementy:

I. W odniesieniu do Parku w Skałagach:

- roboty przygotowawcze: 175,52 zł netto,
- aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie: 84.357,41 zł netto,
- gospodarka drzewostanem: 67.195,23 zł netto,
- zieleni: 58 733,02 zł netto,

II. W odniesieniu do Parku w Wierzbicy Dolnej:

- roboty przygotowawcze: 175,52 zł netto,
- aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie: 80.674,63 zł netto,
- gospodarka drzewostanem: 58.389,45 zł netto,
- zieleń 57.794,21 zł netto.

Wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. wskazał jednocześnie, że łączna wartość wykazanych pozycji przekracza kwotę 500.00.00 zł brutto i składa się na kwotę wskazaną w wykazie "Doświadczenie zawodowe", co zdaniem wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. jest wystarczające dla wykazania, iż wypełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części III pkt 1 lit b) tiret drugie SIWZ, tj. zrealizował pielęgnację zieleni wysokiej (usuwanie, pielęgnacja, nasadzenia drzew i krzewów) opiekującą na żadaną przez zamawiającego kwotę 500.000, 00 zł brutto.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń wykonawca ten załączył faktury VAT wraz z kompletem dokumentacji rozliczeniowej oraz oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego, dotyczące zakresu prac związanych z pielęgnacją zieleni wysokiej.

W toku pierwszych wyjaśnień powyższy zakres prac rozszerzony został jednak o kolejne zadania, tj. prace towarzyszące polegające na plantowaniu gruntu przy karczowaniu drzew i krzewów, wysypanie nawierzchni korą i żwirem.

Dodatkowo, w ramach kolejnych wyjaśnień wskazano również pozycję pn. aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie.

Załączony przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. kosztorys powykonawczy, w treści którego wskazano, iż na przygotowanie alei parkowych, ścieżek, placów i nawierzchni składały się następujące czynności: plantowanie/niwelowanie terenu; wykonywanie koryt pod nawierzchnie; koryta wykonywane na poszerzeniach i na chodnikach; warstwy podsypkowe i odcinające; aleja główna (ścieżki żwirowo-gruntowe) oraz krawężniki kamienne. W kosztorysie powykonawczym wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. opisując ww. czynności wykonywane w ramach pozycji pn. aleje parkowe, ścieżki, place i nawierzchnie, posłużył się numerem KNR 2- 31.

Została przedłożona opinia inspektora nadzoru przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o., iż prace przy wykonywaniu nawierzchni żwirowych wymagały zabezpieczenia systemu korzeniowego pni, jako kwalifikujących do pielęgnacji zieleni wysokiej. Wykonywanie ścieżek oraz inne prace prowadzone w zasięgu drzew i krzewów mogą wchodzić w konflikt z ich systemami korzeniowymi prace związane z zabezpieczeniem tych części drzewostanu są zabiegami pielęgnacji zieleni, jak twierdził inspektor nadzoru.

Niezależnie suma kwot wyszczególniona przez odwołującego w piśmie z dnia 27 stycznia 2014 r. (drugie wyjaśnienia) wynosi 407.494,99 zł netto. Kwota ta jedynie przy założeniu 23% podatku VAT przekroczy wartości 500.000,00 zł brutto - wymaganą przez zamawiającego dla zieleni wysokiej (wynosić będzie wówczas 501.218,84 zł).

Opodatkowanie usług wykonywanych w ramach rewitalizacji parków wykonywanej dla Gminy Wołczyn podatkiem w wysokości 23% świadczy jednak o tym, że usługi pielęgnacji zieleni miały charakter jedynie uboczny. Bezspornym jest, że usługi pielęgnacji zieleni opodatkowane są podatkiem VAT w wysokości 8%.

Przy zastosowaniu podatku VAT w wysokości 23% uzyskana kwota stanowiąca wartość pielęgnacji zieleni, tj. 501.218.84 zł jest kwotą odmienną od wskazanej w wykazie „Doświadczenie zawodowe”, tj. 504.010.20 zł.

W treści pkt 8 „Formularza Oferta” wskazane zostało, iż wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. zamierza powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcy, tj. Pielęgnacja drzew P..... K..... (Żory).

Bezspornym pozostawało, że zamawiający nie wzywał wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów wykazu doświadczenia zawodowego. Przedłożony wykaz został uzupełniony samodzielnie przez wybranego wykonawcę.

Dnia 28 stycznia 2014 r. wpłynęło kolejne pismo Firmy Usługowo- doradczej A. B..... P. B..... Sp. cywilna z Krakowa, kwestionującego dane zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. w imieniu jednego z konsorcjum uczestniczących w postępowaniu.

Na część 4 zamówienia oferty złożyło 6 wykonawców.

- 1) BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Stary Sącz - Lider Konsorcjum Park M K..... M..... Park M Sp. z o.o. - cena całkowita brutto - 7 608 386, 25;
- 2) Zakład Konserwacji Zieleni „Ogród System II” mgr inż. A. S..... - cena całkowita brutto 6 839 878,96;
- 3) Zakład Projektowo - Usługowy RADIX Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - cena całkowita brutto 6 481 601,00 zł;
- 4) Zakład Usługowy INTEGRUM W.....- C..... B..... - Lider Konsorcjum Zakład Usługowy Apis P..... R..... C..... - cena całkowita brutto 7 410 090,18 zł;
- 5) Odwołujący - konsorcjum firm: 1) LICUAS S.A., 2) KBU Sp. z o.o., - cena całkowita brutto 6 158 421,53 zł;

6) Konsorcjum Adrem S.A., GARDEBBUD Sp. z o.o.- cena całkowita brutto 5 088 917,24 zł.

Zamawiający na otwarciu ofert podał kwotę brutto (zł) 7.446.121,00, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Konsorcjum Adrem S.A., GARDEBBUD Sp. z o.o. wyliczyło cenę całkowitą brutto swojej oferty - 5 088 917,24 zł w oparciu o podane ceny jednostkowe oraz za wyspecyfikowane elementy zamówienia ujęte w załącznikach nr 5 i 8 do SIWZ.

Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał dnia 21 stycznia 2014 roku konsorcjum Adrem do wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. *„Zamawiający przeznaczył na część 4 (obszar IV) kwotę w wysokości 7.446.121,00 zł brutto, natomiast Wykonawca zaproponował w ofercie kwotę brutto 5 088 917,44 zł.”*

Dnia 23 stycznia 2014 roku konsorcjum Adrem złożyło wyjaśnienia, w których podało *„...Jednocześnie wyjaśniamy, że podane w dokumentacji przetargowej nośniki cenowe w pełni odzwierciedlają sytuację rynku tych usług w Krakowie. Niejednokrotnie spotkaliśmy się nawet z cenami tych usług dużo niższymi od oferowanych przez nasze Konsorcjum. Pragniemy poinformować Państwa, że nasze firmy współdziałały ze sprawdzonymi i solidnymi podwykonawcami, wykonującymi dla naszych firm usługi po atrakcyjnych, nie zawyżonych cenach Dzięki wieloletniej współpracy z tymi firmami jesteśmy pewni, że zlecenie zostanie wykonane z należytą starannością w prawidłowy sposób za podana cenę ofertową. Nasze firmy oraz firmy podwykonawców posiadają wykwalifikowany personel oraz niezbędny sprzęt potrzebny do wykonania usług. W latach 2010 - 2013 nasze firmy wykonywały usługi utrzymania terenów zielonych Gminy Miejskiej Kraków w sposób należyty, co zostało potwierdzone pozytywnymi referencjami - wystawionymi przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie. Reasumując, nie widzimy podstaw do uznania naszej oferty znacznie odbiegającej od wyceny Zamawiającego. Nasza cena jest ceną realną, nie zawyżoną i gwarantuje wykonanie zlecenia w sposób prawidłowy. ”*

Na str. 3 oferty Adrem wskazano, iż podwykonawca wykonywać będzie wykonywać zakres prac związanych z pielęgnacją, usuwaniem, przesadzaniem drzew i krzewów, zakupem, sadzeniem drzew - Zakład Specjalistycznych Usług Leśnych Chirurgia i Konserwacja Drzew w Słomnikach.

Na stronach od 28 oferty konsorcjum Adrem zamieszczony został wykaz doświadczenia, zawierający między innymi 4 pozycje usług świadczonych na rzecz zamawiającego w latach 2011,2012 oraz w 2013 r., obejmujących zakres prac, jak objęty przedmiotem zamówienia,

których należyte wykonanie zostało potwierdzone referencjami wystawionymi przez zamawiającego.

Wnioskowane przez odwołującego – konsorcjum LIKUAS dowody na okoliczność rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum Adrem - w postaci zestawień, które obrazują wyliczenie kosztów pracowniczych przy uwzględnieniu stawek rynkowych oraz wynagrodzeń minimalnych, z ograniczeniem do zakresu prac objętego zał. nr 5 rozlicznych ryczałtowo, Izba dopuściła na okoliczność przyjętych przez odwołującego LIKUAS założeń kalkulacyjnych – obsady osobowej dla wykonania zamówienia w części 4. Bezsporne pozostawało, że zamawiający nie wyznaczył żadnych minimalnych wymogów w tym zakresie. Żądał wykonania prac przy zachowaniu oznaczonych standardów.

Wnioskowane przez odwołującego – konsorcjum: Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni i inni dowody:

a) z opinii prywatnej – M..... S..... Zakład Konserwacji Zieleni OGÓRD - SYSTEM w Krakowie, jako przeciwne do złożonej przez GARDENBUD opinii prywatnej inspektora nadzoru - iż w szczególności ścieżki i alejki można zaliczyć do pielęgnacji zieleni wysokiej,

b) z katalogu nakładów rzeczowych zawierających rozróżnienie robót związanych z utrzymaniem zieleni od robót budowlanych. KNR 2.31 określa roboty budowlane w postaci nawierzchni na drogach i ulicach - na okoliczność, że alejki parkowe stanowiły prace budowane, a nie utrzymanie zieleni,

c) ogłoszenia o zamówieniu w Gminie Wołczyn na rewitalizację parków w Skałągach i Wierzbicy Dolnej, gdzie rodzaj zamówienia został określony jako roboty budowlane,

- nic nie wnosyły do sprawy, gdyż okoliczności, na potwierdzenie których dowody te zostały zgłoszone, wynikały z przeprowadzonych przez Izbę innych dowodów, znajdujących się w aktach postępowania przetargowego.

Sygn. akt: KIO 219/14

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący - konsorcjum firm: 1) LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie, 2) KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, złożył bowiem ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert na część 4 zamówienia, a zatem w przypadku wykazania, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum Adrem z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, odwołujący mógłby ponieść szkodę, wskutek pozbawienia szans na wybór jego oferty i zawarcia umowy o realizację zamówienia.

Należało zauważyć, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie nakazuje każdorazowo wzywać wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną do wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca osiągnął proponowaną cenę.

Zastosowane procedury określonej przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pozostaje suwerenną decyzją zamawiającego, która jednak powinna być osadzona w realiach konkretnego postępowania. Ponadto, jako czynność lub ewentualne zaniechanie czynności, poddana jest weryfikacji w drodze stosowania środków ochrony prawnej.

Zamawiający tłumacząc zainicjowanie procedury wyjaśniania ceny oferty konsorcjum PPU Adrem S.A. oraz GARDENBUD Sp. z o.o. powoływał się na okoliczność, że cena tej oferty wynosząca 5 088 917,24 zł brutto była około 32% niższa od kwoty, jaką podał na otwarciu ofert w wysokości 7 446 121,00 zł brutto przeznaczonej na realizację części 4 zamówienia. Stąd wywodził swoje wątpliwość co do zaniżenia ceny wskazanej w ofercie złożonej przez konsorcjum Adrem, zastrzegając jednocześnie, iż z uwagi na nasiloną konkurencję w branży utrzymania terenów zielonych, o czym świadczy chociażby duża liczba złożonych ofert w tym przetargu, tj. 14 ofert - notuje we wszystkich prowadzonych przez siebie postępowaniach na zbliżony przedmiot zamówienia - stałą tendencję, iż ceny składanych ofert odbiegają *in minus* od wartości szacunkowych, niejednokrotnie są niższe w granicach około 50%. Wskazywał, że zarówno oferta odwołującego na kwotę brutto 6 158 421, 53 zł także znacząco odbiegała od ww. wartości szacunkowej.

Nie mniej, wezwanie takie nakłada na wykonawcę obowiązek udzielenia wyjaśnień, gdyż sama czynność wezwania nie została zaskarżona odwołaniem. Zdaniem Izby, złożone wyjaśnienia konsorcjum Adrem nie są zbyt wyczerpujące, wskazują jednak konkrety mające znaczenie dla przyjętej kalkulacji ceny, takie jak:

- notowany niski poziom cen tych usług na lokalnym rynku
- współpraca ze sprawdzonymi podwykonawcami po atrakcyjnych cenach
- długotrwała obecność na danym rynku
- dysponowanie wykwalifikowanym personelem
- posiadanie niezbędnego sprzętu do wykonywania zamówienia
- a w szczególności stała współpraca z zamawiającym od 2010 roku.

Nawet jeżeli pewnymi czynnikami, jak np. sprzętem, personelem, czy rozwiązaniami organizacyjnymi winien wykazać się każdy wykonawca ubiegający się o to zamówienie, to w ocenie Izby u każdego z wykonawców występują te elementy w sposób zindywidualizowany, przekładający się na zróżnicowane efekty ekonomiczne prowadzonej działalności, a więc wpisujący się w dyspozycję normy art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie bez znaczenia pozostawało, że wykonawca wezwany nie musiał przedkładać do wyjaśnień przyjętych założeń kalkulacji ceny za poszczególne elementy zamówienia, składające się na cenę całkowitą oferty, albowiem były one zawarte w dokumentacji oferty w załącznikach nr 5, nr 8 oraz nr 11 do oferty i obejmowały cały zakres zamówienia.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia wykonawcy zobowiązany jest uwzględnić wszystkie okoliczności, które mu są wiadome z różnych źródeł i mogą być przydatne do oceny wiarygodności tych wyjaśnień.

Na uwagę zasługiwała więc argumentacja zamawiającego, że niewątpliwie w okresie ostatnich trzech lat, tj., 2011, 2012 i 2013 współpracował z tym wykonawcą w zakresie realizacji zamówień na identyczny, bądź zbliżony przedmiot zamówienia, i za porównywalne ceny uczestnik konsorcjum PPU Adrem S. A. realizował z powodzeniem w sposób należyty podobny zakres zamówień, co potwierdzają referencje wystawione przez zamawiającego.

Ponadto można było przyjąć za pewne, iż zamawiający zna rynek tych usług i występujące na nim ceny. Zamawiający szczególnie w odniesieniu do lidera konsorcjum firmy PPU Adrem S.A. zaznaczał, że jest to podmiot o sprawdzonych kwalifikacjach, znany na lokalnym rynku, mający znaczący dorobek zawodowy, realizujący szeroki zakres usług dla wielu podmiotów, mający potrzebny sprzęt, kadre, rozbudowane kontakty handlowe, dysponujący własnym zapleczem w miejscu wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Ocena zamawiającego była, więc dokonana w oparciu o obiektywne i sprawdzalne czynniki. Zamawiający prawidłowo ustalił, iż wskazane w wyjaśnieniach elementy mają charakter rzeczywiście istniejący, przy tym odnoszący się w sposób zindywidualizowany do możliwości danego wykonawcy oraz wpływający na cenę oferty – w stopniu pozwalającym uznać ją za niezaniżoną poniżej koniecznych kosztów świadczenia usługi i pozwalającą wykonawcy na osiągnięcie zysku. Taką wskazówkę dawały też informacje wynikające z innych prowadzonych przez zamawiającego postępowań na analogiczny lub zbliżony przedmiot zamówienia.

Należało odnotować, że ustawodawca w § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. poz. 231) zwolnił zamawiającego z obowiązku żądania niektórych dowodów w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdy zamawiający był podmiotem, dla którego wykonawca realizował zamówienia, a więc dopuszczona została też ocena w oparciu o własne informacje posiadane przez zamawiającego.

Nie można było oceniać wyjaśnień konsorcjum Adrem w oderwaniu od przedstawionych kalkulacji ceny oferty. Skoro wykonawca ten świadczył długotrwale tego

rodzaju usługi oznacza, że ma zorganizowane struktury oraz doświadczenie w poprawnym ocenianiu poziomu kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przyjmowanych zamówień.

Dawało to zamawiającemu podstawy, aby uznać cenę konsorcjum Adrem za realną, a zamówienie możliwe do należytego wykonania za podaną cenę. Powyższe dowodzi, że zamawiający wszczął procedurę z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do konsorcjum Adrem bardziej z obawy przed zarzutami ze strony innych uczestników przetargu, niż z własnego przekonania, że cena tego wykonawcy może być rażąco niska. Obliczenie szacunkowej wartości zamówienia służyło zamawiającemu głównie do zabezpieczenia finansowania prac i określało maksymalną kwotę, jaką zamawiający mógł wydatkować na przedmiotowe zamówienie.

Okoliczności powyższe stanowiły więc wystarczającą podstawę do oparcia rozstrzygnięcia w kierunku wykluczenia rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum Adrem. Jak wynika z wyroku KIO z dnia 21 lipca 2010 roku *„Brak definicji pojęcia „cena rażąco niska” oraz brak jednoznacznego wskazania kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej sprawia, że każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia”* (sygn. akt KIO/UZP 1418/10, LEX nr 612201).

Za pozbawione znaczenia, Izba uznała wskazywane przez odwołującego różnice w ustaleniu nakładów osobowych w wybranych elementach prac rozlicznych ryczałtowo według załącznika nr 5 do SIWZ w ofercie odwołującego i konsorcjum Adrem - w odniesieniu do kosztów robocizny. Zamawiający nie mógł narzucić formy zatrudnienia etatowego, przy której należałoby stosować przynajmniej stawki minimalne wynagrodzeń. Ponadto nie wyznaczył ilości osób obsługujących poszczególne zakresy prac, pozostawało to sferze w rozwiązań organizacyjnych wykonawcy. Odwołujący do przedstawionych wyliczeń w tym zakresie posłużył się własnymi założeniami - co do konieczności zatrudnienia oznaczonej liczby pracowników.

Wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny oferty na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych prac oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania.

Rażąco niska cena odnoszona jest, jak wynika z treści przepisów art. 89 ust. 2 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp do przedmiotu zamówienia, a nie wybranego elementu zamówienia. Jeżeli nawet odwołujący, w przeciwieństwie do konsorcjum Adrem zaplanował

znacząco wyższe nakłady na oznaczone prace, nie musi to wskazywać, że oferta konkurenta zawiera rażąco niską cenę.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, Izba uwzględniła również okoliczności, że jeden z dostępnych punktów odniesienia, to znaczy cena oferty wybranej do ceny oferty odwołującego - niższa o około 18% - wykazuje na tyle nieznaczące różnice, które w szczególności w kontekście omawianych wyżej uwarunkowań obliczenia ceny oferty, nie dawały podstawy do powzięcia uzasadnionych wątpliwości, czy konsorcjum Adrem w pełni zidentyfikowało uwarunkowania kosztowe i ujęło je w cenie swojej oferty.

W realiach niniejszego postępowania, za nietrafny Izba uznała zarzut odwołującego, że oferta konsorcjum Adrem zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający wszystkie uwarunkowania rozpatrywanego przypadku uwzględnił przy ocenie oferty konsorcjum Adrem.

Należało również podkreślić, że ustawodawca celowo posługuje się określeniem „rażąca”, a nie na przykład „bardzo niska”, czy „wyjątkowo niska”, a więc cena nieodparcie narzucająca takie wnioski. *„Nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena znacząco, różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu „zamówienia” (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1483/10, LEX nr 616645). Należy pogodzić się z faktem, iż w systemie gospodarki wolnorynkowej konkurencja na rynku jest ogromna, a oferty składane przez konkurencyjnych przedsiębiorców mogą być dużo korzystniejsze. Przyczyn takiego stanu można także poszukiwać w wewnętrznych działaniach poszczególnych firm, które determinują kształtowanie się cen na danym obszarze. Bowiem „sam fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić (mieć przypuszczenie), że ceny konkurentów są zawyżone” (orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 7 stycznia 2010 roku, sygn. akt DFP-RKO-540-2/9/09, Biul. NDFP 2010/2/6).*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1078/12 potwierdza ugruntowaną linię orzeczniczą że *„Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej*

konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających". Również w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 481/12 podano, że: „*Rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji*”. O problemach w zdefiniowaniu rażąco niskiej ceny wspomina Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12, jednocześnie podejmując próbę wyjaśnienia tego terminu: „*Izba miała na uwadze, że oceniając zarzut należy uwzględnić, iż pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie, (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).*”

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, np. wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku (sygn. akt KIO 2813/11) domniemanie faktyczne rażąco niskiej ceny, które wynika z faktu wezwania do wyjaśnień zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie jest natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uwzględni wyjaśnienia, to rolą odwołującego się wykonawcy byłoby wskazanie przyczyn, dla których taka ocena byłaby nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 K.c.). Przy czym podstawą dla wykazania wadliwości działań zamawiającego jest treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, które powinny być na tyle skonkretyzowane, aby ich weryfikowalność była zapewniona, przy uwzględnieniu też wszelkich przydatnych informacji dostępnych zamawiającemu.

Podnieść należy również, iż zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ przepis powyższy stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Taki pogląd został m.in. wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1384/11, gdzie w uzasadnieniu powyższego orzeczenia podano, że pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia, co wynika wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretacja przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia

2007 r., wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r., wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 21 września 2005 r.

Zatem w świetle cytowanych wyroków, aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny jednostkowe, czy za wyodrębnione elementy zamówienia. Tak też stanowi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 r. KIO 1601/11, zgodnie z którym przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp winna być cena oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia, a nie cena za pojedynczy element. Izba w wyroku tym również stwierdziła, że brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Zdaniem Izby, okoliczności faktyczne danego przypadku nie wskazują, iż konsorcjum Adrem skalkulowało zaproponowaną cenę poniżej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a zatem cena jego oferty stanowi cenę nierealną oraz nieodzwierciedlającą poziomu cen rynkowych.

Kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - gdyby nawet hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest bowiem prawem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym „z elementów ceny” (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu II Ca 2194/2005, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty.” W wyroku z dnia 24 marca 2005 r. II Ca 425/2004 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty -przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.”

Sam fakt, że cena zawarta w ofercie konsorcjum Adrem odbiega od ceny podanej w ofercie odwołującego o 18% nie oznacza, iż cena ta jest rażąco niska. Zauważyć należy przy tym, iż to na wykonawcy stawiającym zarzut, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska (tu: odwołującym), spoczywa obowiązek wykazania, że tak jest w istocie. Odwołujący zaś w treści swojego odwołania, nie wskazał na okoliczności, które ze względu na

zaoferowaną cenę mogłyby uniemożliwić prawidłową realizację zamówienia przez wybranego wykonawcę, a więc nie udowodnił, iż oferta wykonawcy konsorcjum Adrem zawiera rażąco niską cenę, w sposób przewidziany art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z powyższym przepisem ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Pogląd ten znalazł odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007r., w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/2007 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 2 poz. 72) oraz w wyroku KIO z dnia 17 października 2008 r. KIO/UZP 1068/08 (LexPolonica nr 2378288), w których potwierdzono, iż jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Ponadto, skierowanie pytania do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na niskim czy też bardzo niskim poziomie. Taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska (tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Nawet, gdyby hipotetycznie przyjąć, iż poszczególne ceny jednostkowe, czy też poszczególne elementy oferty odbiegają od cen rynkowych i są zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia odpowiadających im prac, to okoliczność ta nie może jeszcze świadczyć o rażąco niskim poziomie całej oferty, (tak: wyrok KIO z dnia 30.08.2012r., sygn. akt KIO 1762/12). Zastosowanie natomiast regulacji z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz, jak w niniejszym przypadku, brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości zamawiającego co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy Pzp. Powyższe wezwanie wiąże się bowiem z istotnymi konsekwencjami dla wykonawcy składającego ofertę, a podjęcie polemiki z wezwaniem w drodze środków ochrony prawnej w sytuacji gdy wykonawca w istocie nie zna źródła wątpliwości zamawiającego wobec sformułowania wezwania w sposób ogólnikowy, jest ograniczone. Należy bowiem podkreślić, iż procedura wyjaśnień jest obowiązkowa, gdy zamawiający zamierza zastosować wobec wykonawcy sankcję z art. 89

ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę. (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1526/11).

Ceny ofert prawie wszystkich wykonawców na część 4 znacząco odbiegały od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, jak również od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W zależności od stopnia nasilenia konkurencji na poszczególnych polach zamówień w różnych okresach czasu, metoda porównywania cen oferowanych przez wykonawców w szczególności z ceną podawaną na otwarciu ofert przez zamawiającego, okazuje się być niemiernodajna.

Mając na uwadze powyższe oraz doświadczenie zamawiającego z poprzednio prowadzonych postępowań, nie można nawet uznać, iż zachodziły podstawy do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Należy wskazać, iż wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 w sprawie sygn. akt. KIO 1526/11 Izba uznała, iż nie można uznać za prawidłowe działanie zamawiającego polegające na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez zamawiającego procent, bez analizy czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia. Różnica w cenie ofert oraz różnica cen ofert w stosunku do ceny zamówienia, stanowi naturalny objaw konkurencji. Dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające jedynie matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość od ceny innego wykonawcy. Każdy wykonawca kieruje się inną strategią w prowadzeniu działalności i innymi kryteriami w obliczaniu zysku i rentowności firmy, na co składają się nie tylko czynniki finansowe. Duże firmy generujące więcej kosztów, nie są być może zorientowane na minimalny zysk, który dla małej firmy może mieć istotne znaczenie, (tak: wyrok KIO z dnia 18.07.2012r., sygn. akt KIO 1422/12). Natomiast cena rażąco niska to cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-I 03/88 Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, LEX nr 127572, niedopuszczalne - jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego).

Zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz

brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 Pzp (wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011r., sygn. akt. 1526/11). Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający nie miał w istocie uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny przez konsorcjum Adrem.

Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę - należało podzielić stanowisko prezentowane przez zamawiającego że brak było realnych podstaw do uznania oferty konsorcjum Adrem, jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający nie naruszył zatem postanowień art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - wybierając ofertę konsorcjum Adrem na część 4 zamówienia, jak również zasad określonej w art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Izba zaliczyła uiszczoną kwotę wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego na podstawie § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt: KIO 221/14

Izba zważyła, co następuje

Odwołujący - konsorcjum firm: 1) Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. P....., J. F..... Spółka jawna, 2) Zakład Produkcyjno - Usługowo-Handlowy „PRO-ZIEL” Z..... P....., 3) Zakład Usługowy „OGRÓD-SERVICE” Spółka Jawna J. B....., B. D....., T. K....., 4) SITA Małopolska Sp. z o.o., 5) Pracownia Zieleni M..... W....., J..... Z....., M..... Z....., wykazał legitymację do wniesienia odwołania w zakresie części 2, złożył bowiem ofertę znajdującą się na drugim miejscu w rankingu ofert na wymienioną część 2 zamówienia, a w przypadku wykazania, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy GARDENBUD Sp. o.o. z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, odwołujący mógłby ponieść szkodę, wskutek pozbawienia szans na wybór jego oferty i zawarcia umowy o realizację zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutów odwołującego, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odeszło od poglądu, że w powyższym zakresie liczy się jedynie obiektywny fakt podania przez wykonawcę informacji nie znajdujących odzwierciedlenia w stanie rzeczywistym.

W orzecznictwie sądów okręgowych wskazano, bowiem na konieczność prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwzględnieniem przepisu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Wprowadzenie w błąd zamawiającego musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, podjętego z zamiarem bezpośrednim. Wykładnię taką potwierdzają wyroki Sądów Okręgowych: we Wrocławiu z dnia 20 października 2010 r., XGA296/08, w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., IVCA683/12, w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. VIGA134/12 oraz w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. IICA1285/12.

Faktem jest, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w oświadczeniu załącznika nr 4 - wykazu doświadczenia - określił wartość wykonanych prac w zakresie pielęgnacji zieleni wysokiej, która nie znalazła potwierdzenia w rzeczywistości - według przedstawionych dowodów - lecz nie można było stwierdzić, iż uczynił to celowo.

Bezspornie, zgodnie z Częścią III pkt 1 lit. b) tiret 2 SIWZ w odniesieniu do części 2 zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) zrealizowali m.in. pielęgnację zieleni wysokiej. Zamawiający dookreślił pojęcie pielęgnacji zieleni wysokiej – jako: usuwanie, pielęgnacje, nasadzenia drzew i krzewów oraz określił minimalną wartość wykonanego zamówienia na kwotę 500.000,00 zł.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. załączył do złożonej oferty wykaz „Doświadczenie zawodowe”, w którym to, wskazał realizację polegającą na rewitalizacji zabytkowych parków w Skalągach i Wierzbicy Dolnej, w zakresie następujących prac: wycinki i cięcia sanitarno-korekcyjne drzew, nasadzeń oraz prac towarzyszących, polegające na plantowaniu gruntu po karczowaniu drzew i krzewów, wysypanie nawierzchni korą i żwirem, której wartość w odniesieniu do pielęgnacji zieleni wysokiej określił na kwotę 504.010,20 zł, a po korekcie na kwotę 501.218,84 zł.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. w kolejno składanych wyjaśnieniach, zmieniał zakres tych robót. Finalnie, aby osiągnąć wymaganą wartość 500.000,00 zł, wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. do zakresu prac przy pielęgnacji zieleni wysokiej, zaliczył także wykonane w ramach tego zadania nawierzchnie żwirowe ścieżek i placów z obrzeżem z kostki granitowej.

W ocenie Izby, do prac związanych z pielęgnacją zieleni wysokiej można było zaliczyć te wskazane bezpośrednio w treści warunku, tj. polegających na usuwaniu, przecince, pielęgnacji, nasadzeniach drzew i krzewów oraz ściśle z nimi związanych, jak wyrównywanie, plantowanie nawierzchni po karczowanych drzewach, porządkowanie terenu itp.

Budowa ścieżek, alejek parkowych, placów służy innym zasadniczym celom - wytyczeniu pieszych szlaków komunikacyjnych - a nie pielęgnacji drzew. Zrozumiałym jest, że w ramach robót budowlanych podejmuje się czynności służące ochronie drzewostanu. Zamawiający wymagał natomiast odrębnego doświadczenia wykonawcy w zakresie wykonywania robót budowlanych.

Izba nie uwzględniła poglądów złożonej przez wykonawcę GARDENBUD Sp. z o.o. prywatnej opinii sporządzonej przez p. L..... K....., pełniącego obowiązki inspektora nadzoru na zadaniu „Rewitalizacja zabytkowych parków w Skałagach i w Wierzbicy Dolnej”, w której to oświadczył, iż niemal na całej powierzchni i przy każdym rodzaju prowadzonych prac występowała bardzo poważna kolizja z systemem korzeniowym, pniami (odrosty korzeniowe) oraz koronami, co nie zmieniało w żaden sposób kwalifikacji danych robót – jako budowlanych. Bez znaczenia dla oceny spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego pozostawało, że Opolski Wojewódzki Konserwator Zabytków w piśmie z dnia 4 lutego 2014 roku, wskazał, iż nie wnosi uwag do treści zaprezentowanej opinii.

Jeżeli nawet wszystkie prace wykonywane w ramach tego zadania, miały na celu wypielęgnowanie i doprowadzenie do możliwości korzystania z enklawy zieleni wysokiej jakimi są Park w Skałagach i Wierzbicy Dolnej, to wykonywane prace na rzecz gminy Wołczyn były robotami budowlanymi i tylko niektóre z tych prac nadawały się do zakwalifikowania, jako pielęgnacja zieleni wysokiej. Sam wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. zdawał sobie z tego sprawę, gdyż nie zaliczył całej łącznej wartości robót dotyczących parków w Skałagach i Wierzbicy Dolnej do wykazania spełnienia warunku określonego Częścią III pkt 1 lit. b) tiret 2 SIWZ.

Biorąc pod uwagę, rozbieżności stanowisk stron, potwierdzone złożonymi opiniami, co do zakresu prac, które mogły mieścić się w pojęciu pielęgnacji zieleni wysokiej, Izba

uznała, że nie można było przypisywać wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. umyślnego działania z bezpośrednim zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, aby tą drogą doprowadzić do uzyskania zamówienia publicznego. Okoliczność taką potwierdzają złożone przez tegoż wykonawcę referencje wystawione przez Burmistrza Gminy Wolczyn podające pełny zakres prac składających się na rewitalizację parków w Skalągach i Wierzbicy Dolnej, gdzie wymieniono: zieleni wysoka wraz z robotami towarzyszącymi, wykonanie ścieżek żwirowo-gruntowych, dostawa i montaż tablic informacyjnych, koszy na śmieci, ławek parkowych, wykonanie drewnianego pomostu nad stawem oraz drewnianych barierek na przepustach wodnych, budowa linii kablowych zasilania lamp parkowych, montaż latarni parkowych, nasadzenie drzew i krzewów.

Powyższe świadczy, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. nie zamierzał ukrywać zakresu prac związanych z realizacją, którą ujął w wykazie swego doświadczenia zawodowego. Wykonawca nie złożył więc informacji w wykazie załącznika nr 4 z zamiarem wprowadzenie w błąd zamawiającego. Złożenie nieprawdziwych informacji musi być natomiast wykazane w sposób nie budzący wątpliwości. Tymczasem, zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie były wątpliwości, co do zakresu prac, które mogły być zaliczone do pielęgnacji zieleni wysokiej.

Nawet, jeżeli wiodącym elementem zakresu prac była pielęgnacja zieleni wysokiej (czego nie potwierdza ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu), to wyłączając roboty budowlane przy wykonaniu ścieżek i placów, wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. nie wykazał, że spełnił wyznaczone warunki udziału w postępowaniu Części III pkt 1 lit. b tiret 2 SIWZ, gdyż wartość robót, które mogły być zaliczone do pielęgnacji zieleni wysokiej nie osiągnęła wymaganej kwoty 500 000 zł brutto.

Trafny okazał się zarzut odwołującego, że w związku powyższym wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie tego przepisu jest jednak możliwe dopiero po bezskutecznym wyczerpaniu procedury uzupełniania dokumentów przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Bezdyskusyjnie, wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. uzupełnił ofertę o dodatkowy egzemplarz załącznika nr 4, stanowiący załącznik nr 1 do pisma z dnia 24 stycznia 2014 roku, wyszczególniając kolejny element wykazu jakim jest „Pielęgnacja, usuwanie i przesadzanie drzew i krzewów na terenie Gminy Miejskiej Kraków Obszar V obejmujący dzielnice: XIV, XV, XVI, XVII, XVIII opiewający na kwotę 616.389,69 zł, jako potencjał udostępniony przez podmiot trzeci PPU Adrem S.A. na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

wraz ze zobowiązaniem tego podmiotu do użyczenia zasobu wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, i wyłącznie takie wezwanie wyczerpuje procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pomimo, że ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu, lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę, to takie uzupełnienie można co najwyżej poczytywać za wykazywanie przez zainteresowanego wykonawcę zdolności do uzupełnienia stwierdzonych braków oferty.

Bezsporne pozostawało, że zamawiający nie brał pod uwagę przy badaniu oferty wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. potencjału udostępnionego, gdyż uznawał za wystarczające doświadczenie własne wykonawcy wybranego na część 2 zamówienia.

Izba może się odnosić do czynności zamawiającego lub też do zaniechania czynności nakazanych ustawą. Z braku podjęcia takich czynności, Izba nie miała podstaw, aby wypowiedać się o prawidłowości przedstawionych alternatywnie dokumentów udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, tj. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Adrem S.A. na rzecz wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o.

Na aprobatę nie zasługiwał więc argument odwołującego, że w związku z wyczerpaniem procedury uzupełnienia dokumentu doświadczenia zawodowego, nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy GARDENBUD Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wprowadza obligatoryjną procedurę wzywania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, albo, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, że wykonawca GARDENBUD Sp. z o.o. został wybrany do realizacji 2 części zamówienia z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji także z naruszeniem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem kosztów zwrotu wpisu i zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie złożonego do akt rachunku, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

