

Sygn. akt: KIO 2454/19

WYROK
z dnia 24 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 17 i 23 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **R. Ł.-K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Masterclean R. Ł.-K. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Gospody 14F/4** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **1. PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59, 2. PGE Paliwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 1, 3. Zespół Elektrowni Wrocławskich KOGENERACJA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Łowickiej 24,** przy udziale wykonawcy **Amlux sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Grójeckiej 77,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania wykonawcy R. Ł.-K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Masterclean R. Ł.-K. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Gospody 14F/4, polegających na:**
 - zaniechaniu przez Zamawiającego ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Amlux sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Grójeckiej 77 w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej,**

- zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy Amlux sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Grójeckiej 77 z uwagi na udzielenie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej po terminie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części 3 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert połączoną z odrzuceniem oferty wykonawcy Amlux sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Grójeckiej 77 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.
 3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
 4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: 1. PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Złota 59, 2. PGE Paliwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 1, 3. Zespół Elektrowni Wrocławskich KOGENERACJA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Łowickiej 24 i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę
R. Ł.-K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Masterclean R. Ł.-K. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Gospody 14F/4 tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2 zasądza od zamawiającego: 1. PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Złota 59, 2. PGE Paliwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 1, 3. Zespół Elektrowni Wrocławskich KOGENERACJA

Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Łowickiej 24 na rzecz wykonawcy **R. Ł.-K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Masterclean R. Ł.-K. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Gospody 14F/4** kwotę **19 544 zł 24 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset czterdzieści cztery złote dwadzieścia cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i rozprawę, opłaty skarbowej uiszczonej od udzielonego pełnomocnictwa, doręczenia odwołania zamawiającemu oraz do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Złota 59, 2. PGE Paliwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 1, 3. Zespół Elektrowni Wrocławskich KOGENERACJA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Łowickiej 24 (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi letniego i zimowego utrzymania terenów zewnętrznych oraz porządkowania i pielęgnacji terenów zielonych w PGE Energia Ciepła S.A., PGE Paliwa Sp. z o. o., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 140-346126 (346126-2019-PL).

W dniu 26 listopada 2019 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, poinformował wykonawcę R. Ł.-K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Masterclean R. Ł.-K. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Gospody 14F/4 (dalej: „Odwołujący”), iż w ramach części nr 3 prowadzonego postępowania za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Amlux sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Grójeckiej 77 (dalej: „Amlux” lub „Przystępujący”).

W dniu 4 grudnia 2019 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie - dotyczące części nr 3 postępowania o udzielenie zamówienia - od zaniechań i czynności Zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- zaniechaniu ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Amlux, złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

- zaniechaniu podjęcia czynności odrzucenia oferty Amlux ze względu na nie udzielenie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w terminie wskazanym przez Zamawiającego;
- zaniechania podjęcia czynności wezwania wykonawcy Amlux do przedłożenia dokumentu stwierdzającego brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania (aktualne zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach), a następnie wykluczenia wykonawcy Amlux;
- czynności podjętej przez Zamawiającego, polegających na błędnym przyjęciu, iż wykonawca Amlux wykazał w sposób dostateczny, że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz na zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Amlux, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Amlux złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo, iż:
 - wykonawca Amlux nie wykazał w sposób dostateczny, że zastrzeżone informacje mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa;
 - informacje zawarte w piśmie Amlux złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Amlux podczas, gdy wykonawca ten złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny po terminie wskazanym przez Zamawiającego;
3. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawianego wezwania wykonawcy Amlux do uzupełnienia dokumentu wymaganego do wykazania braku podstaw wykluczenia, to jest aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości oraz poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy;

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu również naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy poprzez:
 - błędne przyjęcie, iż wykonawca Amlux wykazał w sposób dostateczny że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i wskutek tego błędne przyjęcie, że oferta Amlux nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty Amlux odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”), a w konsekwencji nieodrzućenie oferty, podczas gdy zgodnie z SIWZ, usługi powinny być wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, zaś Amlux podał cenę jednostkową w kwocie niższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, tj. nie zapewniła wykonywania umowy przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez błędne uznanie, iż oferta Amlux nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nieodrzućenie tej oferty podczas, gdy Amlux podał cenę jednostkową netto miesięcznie w kwocie rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił m. in. o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie części 3 zamówienia,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie części 3 zamówienia połączone z odrzuceniem oferty wykonawcy Amlux.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że:

I. Zaniechanie ujawnienia treści załącznika do protokołu z postępowania

Odwołujący podnosił, że w dniu 26 listopada 2019 r. o godz. 14.50 Zamawiający za pośrednictwem platformy zakupowej zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania w zakresie części 1, 2, 3 zamówienia. W dniu 26 listopada 2019 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu z postępowania wraz z wszystkimi

załącznikami. Następnie w dniu 28 listopada 2019 r. Zamawiający wystosował odpowiedź na wniosek o udostępnienie dokumentów, w którym wskazał, iż w załączeniu przesyła protokół postępowania w stanie aktualnym na dzień udostępnienia wraz z wszystkimi jawnymi załącznikami. Zamawiający nie wskazał, które załączniki nie są jawne, nie wskazał też przyczyny, ze względu na które część załączników nie jest jawna. Wśród udostępnionych dokumentów brak było przede wszystkim odpowiedzi wykonawców na wezwania składane przez Zamawiającego, a w szczególności brak było pisma (wyjaśnień) Amlux na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Kolejno Odwołujący niezwłocznie w dniu 28 listopada 2019 r. złożył ponowy wniosek o udostępnienie protokołu wraz ze wszystkimi załącznikami. Następnie w dniu 29 listopada 2019 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego wezwanie do ujawnienia i udostępnienia treści załącznika do protokołu, tj. wyjaśnień Amlux, złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podnosił, że do dnia złożenia niniejszego odwołania Zamawiający nie odpowiedział ani na wniosek Odwołującego z dnia 28 listopada 2019 r., ani też na wezwanie Odwołującego z dnia 29 listopada 2019 r. Odwołujący domniemywał, iż skoro Zamawiający w piśmie z dnia 28 listopada 2019 r. wskazał, iż przesyła protokół z postępowania wraz ze wszystkimi jawnymi załącznikami, to a contrario wszystkie załączniki nieprzesłane pozostają niejawne, chociaż Zamawiający nie wskazał żadnej przyczyny ani podstawy prawnej braku jawności nieudostępnionych dokumentów.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył w terminie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podnosił, że pismem z dnia 30 września 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Amlux do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu wskazano, iż wyjaśnienia należy złożyć w formie elektronicznej za pośrednictwem portalu zakupowego najpóźniej do dnia 2 października 2019 r. do godz. 14.00. Według informacji posiadanych przez Odwołującego wykonawca Amlux złożył wyjaśnienia w dniu 4 października 2019 r., a więc dwa dni po terminie. Jeżeli w istocie wyjaśnienia Amlux zostały złożone w dniu

4 października 2019 r., oferta tego wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uchybieniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego jest tożsame w skutkach z ich brakiem i stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

III. Zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący podnosił, że wykonawca Amlux przedłożył do postępowania zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości. Zaświadczenie wystawione zostało przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Warszawie w dniu 4 lipca 2019 r., według stanu na dzień 20 czerwca 2019 r.

Odwołujący stwierdził, że w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego były wystawione po upływie terminu składania ofert, o ile dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z oferta lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania.

Odwołujący wyjaśniał, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu przesunięto ostatecznie na dzień 25 września 2019 r., a zatem wskazane wyżej zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach nie było aktualne na dzień składania ofert, albowiem potwierdza ono stan rzeczy na dzień 20 czerwca 2019 r.

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską ceną

Odwołujący wskazywał, że w toku postępowania Zamawiający pismem z dnia 30 września 2019 r. na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy wezwał Amlux do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W piśmie wskazano, iż zaoferowana przez Amlux cena całkowita oferty w zakresie części 3 zamówienia jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w części 3 zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w ramach między innymi części 3 zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Amlux złożył wyjaśnienia. Odwołujący wskazywał, iż wykonawca Amlux nie złożył dostatecznych, rzetelnych i precyzyjnych wyjaśnień, które pozwalałyby Zamawiającemu na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący wskazuje też, iż wykonawca Amlux nie przedłożył dostatecznych dowodów na potwierdzenie wykazywanych okoliczności. Odwołujący podnosił, że Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom Amlux jedynie na podstawie twierdzeń z pisma z dnia 4 października 2019 r., tj. subiektywnej opinii wykonawcy, nie popartej żadnymi dowodami. Odwołujący wskazywał, że jest świadomy, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający dysponuje uprawnieniem do swobodnej oceny wyjaśnień wzywanego wykonawcy i brak jest konkretnego katalogu dowodów, które oferent powinien przedstawić w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny. Ocena ta nie może być jednak dokonana w sposób dowolny, a w szczególności musi uwzględniać treść art. 90 ust. 2 ustawy, który stanowi, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podana w ofercie. Zamawiający wyraźnie tę regułę odwrócił opierając się wyłącznie na nieweryfikowalnych twierdzeniach wykonawcy, które mogą być obarczone rażącymi błędami, a z całą pewnością są przede wszystkim subiektywną oceną faktów.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób błędny przyjął, iż wyjaśnienia Amlux w sposób dostateczny wykazały brak zastosowania ceny rażąco niskiej w ofertach dla omawianych części przedmiotowego zamówienia, czym naruszył przepis art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

V. Zaniechanie odrzucenia oferty sprzecznej z treścią SIWZ.

W opinii Odwołującego cena oferty Amlux jest nie tylko rażąco niska ale też w jednej z pozycji jest niezgodna z wymogami specyfikacji oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z formularzami cenowymi należało podać cenę jednostkowa netto za wykonanie usługi w części trawniki parkowe i łąki parkowe. W takim przypadku w pierwszej kolejności konieczne jest przeliczenie kosztów usługi na etaty. Odwołujący wskazywał, iż minimalna liczba etatów dla wykonania wskazanych wyżej usług wynosi 9 etatów:

- 4 kosiarzy (średni zarobek 1 kosiarza wynosi 15 zł netto za godzinę);
- 1 kierowca traktora/kierowca samochodu który zbiera pokos do kontenerów (średni zarobek jednego kierowcy traktora/kierowcy samochodu wynosi 17 zł netto za godzinę);
- 3 grabiących, którzy ładują trawę na samochód, obsługa dmuchaw (średni zarobek jednego grabiącego wynosi 12 zł netto za godzinę);
- 1 kierownik robót/nadzór (średni zarobek jednego kierownika wynosi 18 zł netto za godzinę).

Zdaniem Odwołującego do kosztów pracowniczych wykonania wyżej wymienionych usług dochodzą jeszcze:

- a) wywóz pokosu (4000-6000 zł w zależności od wysokości trawy)
- b) koszt eksploatacji (części do kosiarek, olej do kosiarek, grabie, woda dla pracowników - ok 1100 zł);
- c) koszt paliwa (każda kosiarka zużywa dziennie paliwa za min 25 zł);
- d) koszt ubrań ochronnych, obowiązkowych kasków, słuchawki/zatyczki do uszu, rękawice przyłbice do koszenia kamizelki, buty ochronne (200-400 zł)
- e) koszt wynajmu pomieszczeń (około 500 zł miesięcznie) gdzie pracownicy mogą się przebrać i zjeść posiłek regeneracyjny który jest kolejnym kosztem przy umowie o prace i przy takim charakterze pracy (praca fizyczna gdzie spalane jest powyżej 2000 tys. kalorii) czyli w stołówce zakładu minimum 15 złotych

Kolejno Odwołujący wskazywał, że w Specyfikacji Technicznej Zamawiający zastrzegł, iż:

- 1) Pkt 1.5.3 - Ponadto Zamawiający umożliwi Wykonawcy odpłatnie korzystanie z węzłów sanitarnych, szatni, których lokalizację wskaże Zamawiający przed przystąpieniem do prac. Pracownicy Wykonawcy mogą korzystać tylko z pomieszczeń uprzednio wskazanych. W pozostałym zakresie Wykonawca na własny koszt zapewni swoim

pracownikom możliwość korzystania z urządzeń sanitarnych, a w szczególności WC, w miejscu pracy,

- 2) pkt 1.8.4 - Zgrabiona trawa i liście oraz gałęzie przyciętych roślin, jak i inne odpady zielone powstałe w trakcie wykonywania usług Wykonawca jest zobowiązany usunąć z terenu Zamawiającego na własny koszt;
- 3) Pkt 1.10.1 - W celu zapewnienia sprawnej łączności na miejscu pracy, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca;
- 4) Pkt 2.1.4. - Wykonawca wyposaży pracowników sprzątających w odzież ochronną i roboczą zgodnie w wymogami określonymi właściwymi przepisami, oznaczoną logo lub nazwą Wykonawcy, składającą się co najmniej z butów roboczych, fartucha lub ubrania roboczego (w zależności do rodzaju prac) i okrycia zwierzchniego;
- 5) Pkt 2.1.5 - Wykonawca wyposaży pracowników w odpowiednie środki ochrony indywidualnej, których posiadanie wymagane jest do realizacji usług na terenie Zamawiającego;
- 6) Pkt 2.2.3 - Przy elementach typu: ogrodzenia, mury oporowe, bariery, poręcze energochłonne, znaki pionowe oraz urządzenia boczniczy kolejowej, rowy technologiczne itp. oraz drzewa i krzewy należy trawę i chwasty dokaszać ręcznie. Przy drzewach należy zastosować środki ostrożności związane z ochroną drzew. Trawę i chwasty wrosnięte w ogrodzenia i inne elementy należy usunąć;
- 7) Pkt 2.2.4 - Wykonawca zobowiązany jest należycie zabezpieczyć teren koszenia który znajduje się w pobliżu parkingów, aby podczas zabiegu nie uszkodzić zaparkowanych pojazdów;
- 8) Pkt 2.2.19 - Koszenie trawników z grabieniem i wywozem skoszonej masy powinno trwać nie dłużej niż 3 dni od dnia rozpoczęcia prac, na całym wyznaczonym obszarze; grabienie wraz z wywozem musi nastąpić najpóźniej następnego dnia po skoszeniu;
- 9) Pkt 2.2.20 - Przy elementach typu: ogrodzenia, mury oporowe, bariery, poręcze energochłonne, znaki pionowe oraz drzewa grabienie liści i pokosu powinno odbywać się ręcznie, w pozostałym zakresie może ono odbywać się z użyciem sprzętu mechanicznego;
- 10) Pkt 2.2.21 - Wiosenne czyszczenie trawników należy wykonać jednorazowo w okresie wczesnowiosennym. Każdorazowe grabienie powinno trwać nie dłużej niż 3 dni;

- 11) Pkt 2.2.27 - Stawki za roboczogodzinę / motogodzinę pracy określone zostaną w załączniku cenowym do umowy i obejmować będą wszelkie koszty Wykonawcy w tym, w szczególności koszty materiałów eksploatacyjnych zużytych do realizacji prac, koszty paliwa oraz w przypadku urządzeń i maszyn - koszty pracy ich operatora;
- 12) Pkt 2.3.1.7 - Podczas koszenia należy również wykonać niwelację polegającą na dokładnym rozrzuceniu ziemi z kopców po powierzchni gruntu, tak aby po zabiegu nie pozostały widoczne nierówności;
- 13) Pkt 2.3.1.9 - Wywóz pokosu powinien odbywać się w tym samym dniu, po zakończeniu każdego etapu koszenia danego terenu. Nie dopuszcza się pozostawiania po zakończonym zabiegu skoszonej trawy na czas weekendu oraz innych dni ustawowo wolnych od pracy;
- 14) Pkt 2.3.4 - Nawożenie trawników - szczegółowo opisane w podpunktach 2.3.4.1-2.3.4.4.
- 15) Pkt 2.4.1 - Wiosenne porządki wokół drzew - szczegółowo opisane w podpunktach 2.4.1.1-2.4.1.8.
- 16) Pkt 2.5.1. - Wiosenne porządki wokół krzewów - szczegółowo opisane w podpunktach 2.5.1-1-2.5.1.4
- 17) Pkt 2.4.2 - pielenie krzewów - szczegółowo opisane w podpunktach 2.5.3.1-2.5.3.2
- 18) Pkt 2.4.3 - nawożenie krzewów
- 19) Pkt 2.4.4 - opryskiwanie krzewów
- 20) Pkt 2.4.5 - odmładzanie krzewów - szczegółowo opisane w podpunktach 2.4.5.1-2.4.5.6;
- 21) Pkt 2.6.1.3 - Jeżeli zgodnie z zasadami opisanymi w rozdziale 1.8 Wykonawca jest wytwórcą odpadów powstałych w trakcie realizacji prac, obowiązany jest dopełnić wszelkich wymogów prawnych w zakresie ich wywozu i utylizacji na swój koszt i ryzyko;
- 22) Pkt 2.6.2 - chemiczne zwalczanie chwastów - szczegółowo opisane w podpunktach 2.6.2.1-2.6.2.8;
- 23) Pkt 2.6.5 - podlewanie trawników, drzew, krzewów i żywopłotów - szczegółowo opisane w podpunktach 2.6.5.1-2.6.5.7.

Odwołujący stwierdził, że tak opisane warunki w Specyfikacji Technicznej generują znaczne dodatkowe koszty dla wykonawcy. Koszt koszenia trawników wraz z grabieniem przy zatrudnieniu pracowników na podstawie umowy o pracę przy uwzględnieniu warunków sformułowanych w Specyfikacji Technicznej wynosi według cen rynkowych minimum 4000 zł za 1 ha. Wskazane zatem wyżej wartości jednostkowe podane przez Amlux (250 zł za 1 ha koszenia) nie odpowiadają warunkom ustawowym oraz opisanym w specyfikacji.

W formularzach cenowych należało podać również cenę jednostkową netto za wykonanie usług: odśnieżania oraz zwalczania śliskości na schodach, powierzchniach dróg, placów, parkingów, chodników i innych powierzchniach zewnętrznych wraz z posypaniem solą lub piaskiem oraz zwalczanie śliskości zimowej na schodach, powierzchniach dróg, placów, parkingów, chodników i innych powierzchniach zewnętrznych. Zdaniem Odwołującego również w odniesieniu do tej usługi konieczne jest przeliczenie kosztów usługi na etaty. Odwołujący wskazywał, iż minimalna liczba etatów dla wykonania wskazanych wyżej usług wynosi 6 etatów (trzech pracowników odśnieżających w Gdyni i trzech pracowników odśnieżających w Gdańsku).

Odwołujący wskazywał, że koszt pracownika odśnieżającego ręcznie wynosi 15 zł netto za godzinę, koszt kierowcy traktora 20 zł netto za godzinę. Wykonawca musi przy tym zapewnić system dwuzmianowy (praca w nocy i święta), co zwiększa koszt pracy o 50% do 125%. Na każdym z rejonów musi pracować także osoba nadzorująca. Do kosztów ściśle pracowniczych należy dodać także koszt pracy trzech traktorów odśnieżających (paliwo 40 zł za roboczogodzinę). Ponadto należy uwzględnić koszt dojazdu oraz koszt odzieży ochronnej zimowej. Koszt materiału (piasek, sól) na 1 ha to minimum 800 złotych. Należy przy tym zważyć, iż w Specyfikacji Technicznej bardzo szczegółowo i rygorystycznie określono obowiązki wykonawcy odnośnie wykonania przedmiotowych usług:

1. Pkt 2.7.7 - do likwidacji śliskości zimowej należy stosować materiały szczegółowo opisane w podpunktach 2.7.7.1-2.7.7.4;
2. Pkt 2.7.13 - przy realizacji prac zimowych na chodnikach Wykonawca nie będzie używał sprzętu ciężkiego powodującego ich uszkodzenia;
3. Pkt 2.12.10 - W przypadku wystąpienia opadów w porze nocnej od godz. 19.00 do godz. 5.00 rano, konieczne jest usunięcie śniegu i śliskości w dniu roboczym do godz. 5:30 - obiekty kategorii O1, a do 7:30 - obiekty O2, natomiast w dniu świątecznym - do godz. 8:30 rano (kategoria O1 i O2);

4. Pkt 2.12.11 - W przypadku ciągłych opadów śniegu lub zawiei lub zamieci, występujących w ciągu dnia (5:00 - 19:00) Wykonawca ma obowiązek przystąpić do odśnieżania w ciągu jednej godziny od wystąpienia opadów i odśnieżać oraz usuwać śliskość w sposób ciągły, a pracę powinien zakończyć w ciągu 3 godzin od ustania opadu śniegu.

Odwołujący podnosił, że wykonawca Amlux wycenił w/w usługi na kwotę 200 zł (odśnieżanie) oraz 150 zł (zwalczanie śliskości), a zatem kwoty te zupełnie nie przystają do cen rynkowych, przy uwzględnieniu również szczegółowych zapisów odnośnie wykonania usług w Specyfikacji Technicznej, a w tym konieczności zapewnienia dyżurów.

Odwołujący powoływał się na pkt 4.3 specyfikacji zgodnie z którym Zamawiający wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o prace osób wykonujących czynności wskazane w rozdz. II pkt 1.1.7. Specyfikacji Technicznej - Załącznik nr 1 do SIWZ, w zakresie realizacji zamówienia. Stosownie do treści rozdz. II pkt 1.1.7 Specyfikacji Technicznej, na podstawie art. 29 ust., 3a ustawy Zamawiający wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących usługi objęte przedmiotem zamówienia, jeśli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób spełniający przesłanki art. 22 ust. 1 kodeksu pracy. (Szczegółowy wykaz czynności znajduje się w załączniku nr 9 niniejszej Specyfikacji Technicznej).

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z art. 10 § 2 ustawy - Kodeks pracy, Państwo określa wysokość minimalnego wynagrodzenia za prace. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2600 zł brutto. Koszt pracodawcy, przy założeniu, iż pracownicy będą zatrudniani zgodnie z wymogami SIWZ oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jest zdecydowanie wyższy niż planowany przychód Amlux, przy wskazaniu przez Amlux Sp. z o.o. znacznie zaniżonych cen jednostkowych za w/w usługi. Oznacza to nie tylko brak zysków, ale również znaczącą stratę dla każdego z zadań, co każe domniemywać zastosowanie rażąco niskiej ceny.

W formie pisemnej odpowiedź na odwołanie Zamawiający złożył w dniu 17 grudnia 2019 r. w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron. W treści pisma Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 odwołania i ujawnia treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Amlux w dniu 4 października 2019 r. Natomiast w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wyjaśniał, m. in. że:

Zarzut 2 - zaniechania podjęcia czynności odrzucenia oferty Amlux ze względu na nieudzielenie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Zamawiający podnosił, iż wyjaśnienia Amlux w zakresie rażąco niskiej ceny zostały złożone w wyznaczonym terminie. Zamawiający wezwał wykonawcę Amlux do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 30.09.2019 r., wyznaczając termin na złożenie wyjaśnień do 02.10.2019 r. do godz. 14:00. Następnie pismem z dnia 01.10.2019 r. przedłużył termin do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny do dnia 04.10.2019 r. do godz. 12:00. Wykonawca Amlux przestał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny 04.10.2019 r. o godz. 10:52, a więc w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący posiada tą wiedzę, ponieważ otrzymał 28.11.2019 r. skan pisma dot. przedłużenia terminu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej wraz z odpowiedzią na wniosek o udostępnienie dokumentów z dnia 26.11.2019 r. Wobec powyższego zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Zarzut 3 - zaniechania podjęcia czynności wezwania Amlux do przedłożenia dokumentu stwierdzającego brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania (aktualne zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach), a następnie wykluczenia wykonawcy Amlux

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp dokumenty składane w postępowaniu mają być aktualne na dzień złożenia. Jednocześnie zgodnie z § 5 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 z późn. zm.) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, ma być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wszystkie te wymagania

spełnia zaświadczenie złożone przez Amlux, które zostało wystawione dnia 4 lipca 2019 r., a więc później niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (wyznaczonym na dzień 25 września 2019 r.). Wobec powyższego zadaniem Zamawiającego zgłoszony zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Zarzut 4 - czynności podjętej przez Zamawiającego, polegającej na błędnym przyjęciu, iż Amlux wykazał w sposób dostateczny, że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Amlux podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Amlux są wyczerpujące i potwierdzają, że zaoferowana przez Amlux cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia Amlux poparte są dowodami i szczegółowymi wyjaśnieniami. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że cena podana w ofercie Amlux jest ceną rażąco niską. Zdaniem Zamawiającego w odwołaniu Odwołujący przedstawił swoje subiektywne stanowisko nie przedstawiając żadnych dowodów na jego poparcie. Następnie Zamawiający opierając się na orzecznictwie Izby kwestionował zasadność ww. zarzutu odwołania. Kolejno Zamawiający podał, że Odwołujący podniósł również zarzut niezgodności oferty złożonej przez Amlux z SIWZ. Jednak podniesione przez niego zarzuty są gołosłowne. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdziłyby prawidłowość przyjętych przez Odwołującego założeń w zakresie określenia ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego zadaniem Zamawiającego zarzuty Odwołującego są bezzasadne.

Również Przystępujący złożył pismo procesowe, w który zawarł zaprezentowane stanowisko, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

1. Tajemnica przedsiębiorstwa i wyjaśnienia wobec wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przystępujący podnosi, iż w sposób całkowicie prawidłowy i uzasadniony w świetle obowiązujących przepisów dokonał zastrzeżenia treści złożonych przez siebie wyjaśnień w konsekwencji skierowanego do niego wezwania, a tym samym działanie Zamawiającego

polegające na nieujawnieniu ich treści Odwołującemu należy traktować jako zasadne i prawidłowe. Informację znajdujące się w wyjaśnieniach Przystępującego mają charakter poufny i stanowią dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Przystępujący wskazywał, iż przedłożone Zamawiającemu treści nie należą do ogólnikowych i zawierają bardzo szczegółowe wyjaśnienia w zakresie tak istotnego dla działalności Przystępującego aspektu logistyki świadczenia przez niego usług. Informację te są unikalne i przedstawiają wypracowane przez Przystępującego sposoby działania, które pozycjonują go na rynku oferowanych przez niego usług. Ujawnienie treści pisma (w całości) mogłoby stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie bez znaczenia dla niniejszego wątku pozostaje, iż wszelkie informacje o stosowanych przez Przystępującego stawkach za świadczenie usług, upusty cenowe i rabaty mają wartość handlową, dzięki czemu Przystępujący zyskuje przewagę nad jego konkurencją. W treści wyjaśnień znajdują się ponadto treści traktujące o rozwiązaniach optymalizacyjnych, które pozwalają na obniżenie kosztów świadczenia usług. Zapoznanie się z takimi informacjami przez podmioty trzecie naraziłoby Przystępującego na poniesienie szkody wynikającej z możliwości wykorzystania tej wiedzy w ramach własnej działalności przez innych wykonawców. Przystępujący odwoływał się również do treści traktujących o skutecznym dokonaniu przez niego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez niego zamawiającemu w dniu 4.10.2019 r., które uznawał za aktualne i trafione. Przystępujący wskazywał ponadto, iż podjął czynności mające na celu zabezpieczenie tajemnicy swoich wyjaśnień poprzez złożenie umotywowanego, pełnego i zgodnego z obowiązującymi przepisami wniosku o zastrzeżenie tajemnicy jego przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe oraz treść złożonych w postępowaniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zdaniem wykonawcy Amlux należy traktować jako zasadne i skuteczne.

2. Zarzut nieudzielenia wyjaśnień w wyznaczonym dla tego terminie.

Zdaniem wykonawcy Amlux zarzut Odwołującego w tym zakresie traktować należy jako całkowicie nieuzasadniony w świetle zgromadzonej i wytworzonej przez Zamawiającego w postępowaniu dokumentacji. Zamawiający wyznaczył Przystępującemu termin na złożenie wyjaśnień z wyraźnym wskazaniem na termin do dnia 04.10.2019 r. Termin ten został przez Przystępującego dochowany, co pozostaje bezdyskusyjnym. W ocenie Przystępującego

formułowanie zarzutów przez Odwołującego w brzmieniu aktualnie złożonego odwołania pozwala stwierdzić, iż jego ocena w odniesieniu do ceny oferty Przystępującego może być dokonana równie niedbale i na wyrost.

3. Zarzut zaniechania czynności wezwania Przystępującego do przedłożenia dokumentu stwierdzającego brak podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania (zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach) oraz zaniechania wykluczenia Przystępującego.

Przystępujący wskazywał, iż nawet gdyby zarzut ten został uznany za zasadny traktowany winien być jako zarzut zbyt daleko idący. Nawet przy uznaniu, iż Przystępujący nie legitymował się zaświadczeniem ważnym w ujęciu terminów określonych obowiązującym porządkiem prawnym zdaniem wykonawcy Amlux wskazać należy, iż Zamawiający nawet w chwili obecnej może Przystępującego wezwać do złożenia zaświadczenia w kształcie wymaganym przez Zamawiającego. Przystępujący jedynie z ostrożności procesowej oraz dla całkowitego rozwiania jakichkolwiek wątpliwości w zakresie podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania wskazywał, iż posiada zaświadczenie właściwego urzędu skarbowego w kształcie pozwalającym na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zaświadczenie urzędu skarbowego z dnia 10.12.2019 r.).

4. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego oraz podjętych przez niego czynności dowodowych.

Przystępujący podnosił, iż złożona przez niego oferta nie może być traktowana jako wadliwa w ujęciu przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny. Kalkulacja ceny oferty dokonana przez Przystępującego wykonana została w sposób prawidłowy z uwzględnieniem obowiązujących przepisów oraz wymagań Zamawiającego określonych dokumentacją postępowania. Przystępujący twierdził, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż w sposób całkowicie prawidłowy złożył Zamawiającemu oczekiwane przez niego wyjaśnienia, w tym także w podnoszonym przez Odwołującego aspekcie dowodowym. Do dokumentu wyjaśnień Przystępujący dołączył w ramach ciążącego na nim obowiązku dowodowego przykładowe faktury zakupowe wiodącego dostawcy oraz listę maszyn i urządzeń wykorzystywanych w

trakcie realizacji usług (będących na stanie Przystępującego). Dowody te są w ocenie Przystępującego wystarczające i pozwalają ocenić jego możliwości w zakresie prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Przystępującego skazać należy, iż poza czynnikiem ludzkim na którego pracy oparta będzie usługa, której wykonania oczekuje Zamawiający elementem wpływającym na cenę ofert w postępowaniu wpływały możliwości techniczne wykonawców, wypracowane przez nich rozwiązania logistyczne, ich kontakty biznesowe i wypracowane przez nich ceny dostaw sprzętu i preparatów. Oczywistym w rozumieniu Przystępującego jest, iż złożone przez niego wyjaśnienia pozwalają ocenić, iż dokonane przez niego założenia uwzględniają wymaganą formę zatrudnienia pracowników, przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i niezbędny do zaangażowania sprzęt i materiały. Przystępujący stwierdził, że dokonał ponadto kalkulacji w oparciu o wartości powszechnie znane, co jak wielokrotnie podnoszono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie wymaga dodatkowego udowadniania. Zdaniem wykonawcy Amlux złożył on w postępowaniu wyjaśnienia rzetelne, szczegółowe, wyczerpujące i spójne co uczyniło je również w ocenie samego Zamawiającego prawidłowymi.

Przystępujący stwierdził, że nie bez znaczenia dla niniejszego postępowania i oceny oferty Przystępującego jest ponadto fakt, iż posiada on w sąsiedztwie obiektów Zamawiającego rozbudowane struktury swojej działalności co umożliwia mu bardziej efektywne świadczenie usług. Zdaniem Przystępującego powoływanie się przez Odwołującego na orzeczenia dotyczące rażąco niskiej ceny nie mogą być w żadnym stopniu argumentacją dla poparcia stawianego przez niego zarzutu. Obowiązkiem Odwołującego było wykazanie że cena oferty Przystępującego jest ofertą uniemożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia, a tym samym dowiedzenie że Zamawiający niesłusznie przyjął wyjaśnienia Przystępującego za prawidłowe. Nawet wskazywanie przez Odwołującego na poszczególne elementy wpływające na cenę oferty, mające świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty winno mierzyć się z powszechnym i ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, w myśl którego nie jest celowym odrzucenie oferty wykonawcy który ma możliwość wykonania całości zamówienia, a jedynie w przypadku jednej z części składowych miałyby nastąpić strata. Możliwa jest bowiem sytuacja w której przy jednej części składowej wykonawca osiąga zysk w stopniu, który powoduje, że wykonanie całości zamówienia jest opłacalne. W takich sytuacjach ewentualna strata przy jednej części składowej w żaden sposób nie wpływa na opłacalność zamówienia i tym samym możliwość jego wykonania. Przepisy o rażąco niskiej cenie mają chronić Zamawiającego na wypadek zaoferowania ceny, która nie gwarantuje

wykonania zamówienia. Jednakże takie zagrożenie nie występuje w przypadku gdy na całości zamówienia przewidywane jest osiągnięcie zysku.

Wobec kwestionowania przez Odwołującego prawidłowego wypełnienia przez Przystępującego formularza cenowego w zakresie cen jednostkowych netto za wykonanie usługi w części trawniki parkowe i łąki parkowe w ocenie Przystępującego wskazać w pierwszej kolejności należy iż Odwołujący nie zna założeń przyjętych przez Przystępującego w jego kalkulacji a ponadto te dokonywane przez niego są dowodem jedynie na to że Odwołujący może wykonać usługę w tym zakresie na wskazanych przez niego samego założeniach za kalkulowaną w ujęciu jego możliwości kwotę. Przystępujący podnosił, że wyliczenia te w żaden sposób nie stanowią dowodu na to że tej usługi nie można wykonać prawidłowo inaczej i za inną kwotę. W opinii wykonawcy Amlux Odwołujący odnosił się ponadto do rzekomych cen rynkowych bez przedłożenia jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność.

W toku posiedzenia Izby w dniu 17 grudnia 2019 r. Odwołujący oświadczył, że wskazuje, że podtrzymuje w całości zarzuty odwołania, w tym zakresie jaki został zgłoszony, z wyłączeniem zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 3, tj. złożenia przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny po terminie. Natomiast Przystępujący oświadczył, że nie składa sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu odwołania z pkt 1 dotyczącego zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego w dniu 4 października 2019 r. Odwołujący ww. zakresie złożył wniosek o umorzenie postępowania. Pozostałe zarzuty odwołania zostały podtrzymane przez Odwołującego. W związku z tym Izba rozpoznała jedynie te zarzuty, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, a także te, które nie zostały wycofane przez Odwołującego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi

konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Jako pierwszy Izba rozpoznała grupę zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp i stwierdziła, że zgłoszone zarzuty należy uznać za uzasadnione.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 30 września 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. Zamawiający podał m. in., że „Zaoferowana przez Państwa cena całkowita oferty w zakresie części 3 zamówienia jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w części 3 zamówienia. (...) W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w ramach części 3 i (...) zamówienia, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. (...)”

Pismem z dnia 4 października 2019 r. Przystępujący udzielił Zamawiającemu m. in. następujących wyjaśnień: „ (...) Biorąc pod uwagę poglądy doktryny prawa zamówień

publicznych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy, że cena zawarta w naszej ofercie stanowi cenę realistyczną, gdyż nie odbiega od cen rynkowych za realizację zamówień publicznych o podobnym charakterze. Dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia oraz doświadczeniu w realizacji usług objętych postępowaniami przetargowymi, złożyliśmy w postępowaniu ofertę, która zapewnia Zamawiającemu należyłą realizację przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania Umowy. Oferta została przygotowana rzetelnie, obejmując swym zakresem wszystkie składniki cenotwórcze. Dodatkowo mamy w przyszłej Umowie (zgodnie z par 20.5) potwierdzoną możliwość waloryzacji umowy w kolejnych latach jej świadczenia zatem nie musimy wzrostu ich wielkości dziś uwzględniać w zaproponowanej cenie usługi. Takie stanowisko znajduje pełne potwierdzenie w poniższej kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do kosztów pracy, kosztów środków czystości oraz wszystkich innych elementów mających wpływ na cenę oferty. Poniższe zestawienie kosztów kalkulacyjnych przedstawiamy ze szczegółowym rozbiem na poszczególne składowe kalkulacji kosztów pracowniczych, rozbiecie kosztów środków chemicznych, maszyn i urządzeń oraz innych kosztów stanowiących elementy składowe całości kalkulacji zaproponowanej Państwu oferty cenowej. Na potwierdzenie powyższego przedstawiamy poniżej szczegółowy wykaz założonych przez nas ŁĄCZNYCH kosztów realizacji usługi: 1. dla Części 3 zamówienia – PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże: (...). Dzięki ponad 20 letniej praktyce w realizacji przedmiotowej usługi na terenie całej Polski oraz poza jej granicami a także biorąc pod uwagę zaplecze techniczne i organizacyjne firmy (14 Oddziałów w Polsce, ponad 7000 osób zatrudnionych, bieżąca współpraca z ponad 1000 firm w Polsce) mogliśmy zaplanować optymalną wydajność realizacji poszczególnych elementów usługi dopasowując te założenia do potrzeb Zamawiającego opisanych w SIWZ oraz do optymalnej ilości osób koniecznych do prawidłowego wykonania opisywanej usługi. Dodatkowym atutem jest posiadanie mobilnej grupy operacyjnej, która zajmuje się usuwaniem pilnych zleceń awaryjnych oraz częścią zaplanowanych prac okresowych. Grupa współpracuje także z wyselekcjonowanymi podwykonawcami, z którymi jesteśmy związani Umowami o współpracy i którzy w razie potrzeby wspierają nas swoimi siłami operacyjnymi i technicznymi jednak wykonując prace zlecone zgodnie z naszymi procedurami i pod kontrolą naszych Kierowników operacyjnych. Dzięki wieloletniej obecności w branży usług cleaningowych współpracujemy z większością wiodących producentów i Dystrybutorów produktów chemicznych oraz maszyn i urządzeń. Posiadamy znaczący park maszynowy, który w razie potrzeby możemy wykorzystać w celu prawidłowej realizacji kontraktu (jako uzupełnienie maszyn i urządzeń przypisanych

bezpośrednio do danego kontraktu i obecnych w miejscu świadczenia danej usługi). Na dowód tego w załączeniu do powyższych wyjaśnień przedstawiamy Państwu zestawienie maszyn i urządzeń wykorzystywanych do obsługi terenu zewnętrznego, będących we władaniu firmy na terenie kraju. Pragniemy również poinformować Zamawiającego, iż Nasza firma, ma możliwość świadczenia usług u Klientów na niskich marżach i kupowanie sprzętu oraz środków chemicznych po bardzo konkurencyjnych cenach bezpośrednio od sprawdzonych Dystrybutorów i producentów. Ceny, które otrzymujemy od naszych Dostawców są cenami niższymi niż ogólnie dostępne na rynku dzięki otrzymywanym dodatkowym rabatami i upustom cenowym. Na dowód tego w załączeniu do powyższych wyjaśnień przedstawiamy Państwu przykładową fakturę zakupową od jednego z wiodących Dostawców (...), które potwierdza bardzo konkurencyjne ceny zakupu. Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienia i wyjaśnienia oraz załączone dokumenty poświadczające te wyjaśnienia, Zamawiający nie może uznać przedstawionej przez nas ceny za cenę dumpingową lub rażąco niską. W konsekwencji uznać należy, że nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż cena w ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zwracamy się o uznanie powyższych wyjaśnień za wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według przepisu art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

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

Według art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ustaleń Izby przedstawionych powyżej wprost wynika, że Zamawiający zwracał się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej (wezwania z 30 września 2019 r.).

Izba wskazuje, że wystosowanie wezwania w trybie art. 90 Pzp oznaczało dla wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. W kontekście powyższego obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień w omawianym zakresie. W takim przypadku wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny i szczegółowo wyjaśnić przyczyny z których wynika poziom cenowy przez niego zaoferowany. Zgodnie bowiem z treścią powołanego przepisu, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiającego, powinien dokonać ocena, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione.

Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień ale również w miarę możliwości również przedstawienia odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiającego dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). Zatem, gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów

mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, po dokonaniu analizy wyjaśnień złożonych przez Przystępującego (z dnia 4 października 2019 r.) Izba stanęła na stanowisku, że Przystępujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Izba uznała, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie są wyczerpujące, szczegółowe i rzetelne a ogólnikowe, niespójne i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości, które zrodziły się po stronie Zamawiającego. W ich treści brak jest szczegółowych informacji na temat tego, z czego wynika struktura zaoferowanej ceny a także informacji o tym, jaki poziom oszczędności wykonawca osiągnął w zakresie konkretnych elementów cenotwórczych.

Dostrzeżenia wymaga, że tabela, przedstawiona przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach zawiera prawie analogiczne dane jak te wskazane w ofercie, z tym zastrzeżeniem, że dane z jednej z kolumn została rozbita na dwie, co nie wnosi w zasadzie niczego nowego w kwestii wyjaśnienia poziomu ceny zawartej w ofercie wykonawcy Amlux. Przystępujący w złożonym piśmie poza ww. rozbiem nie wyjaśnił konkretnie skąd wynika poziom cen zawartych w tabeli. Tym samym nie sposób uznać, że wskazane w niej dane mogą być uznane za takie, które rozwiewają wątpliwości w aspekcie występowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej, bowiem jest to praktycznie to samo ujęcie ceny jak to, wskazane w ofercie, z wyjątkiem – tak jak powyżej wskazano – dane jednej kolumny rozbito na dwie. Przystępujący nie wyjaśnił i nie odniósł się do kwestii zakładanego zysku.

Po analizie złożonych przez wykonawcę Amlux Izba doszła do przekonania, że w treści wyjaśnień wykonawca poprzestał jedynie na ogólnikowych stwierdzeniach co do poziomu zaoferowanej ceny. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że wraz z ww. wyjaśnieniami wykonawca złożył jako dowód fakturę, która w lwiej części odnosiła się do zakupu środków czystości. Jedynie w niewielkim zakresie zawierała komponenty, które mogą być uznane za te przydatne do realizacji usługi, tj. worki, rękawice, szufelki. Natomiast brak jest wyjaśnień i dowodów w zakresie szczegółowego poziomu kosztów, które wydają się istotnymi elementami realizacji przedmiotu zamówienia, np. środków służących do usuwania śliskości czy też materiałów eksploatacyjnych w zakresie usługi związanej z terenami zielonymi czy też paliwem. Zamiast tego w treści wyjaśnień pojawiają się określenia

charakterystyczne dla usług sprzątania np. koszty środków czystości czy też stwierdzenie „usługi cleaningowe”, co koresponduje ze złożonym przez Przystępującego dowodem w postaci faktury. Jeśli zaś chodzi o koszty związane z używaniem sprzętu to Przystępujący załączył do złożonych wyjaśnień co prawda wykaz sprzętu nie mniej jednak zaznaczył w toku rozprawy, że wykaz nie jest kompletny. W kontekście powyższego trudno uznać ww. dowód za wyczerpujący i miarodajny. Za istotne należy uznać również to, że Przystępujący nie wskazał jakie są związane z tym składnikiem ceny oszczędności i jaki mają one wpływ na obniżenie ceny wskazanej w ofercie.

W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący powołuje się również na posiadanie mobilnej grupy operacyjnej, która współpracuje także z wyselekcjonowanymi podwykonawcami, z którymi Przystępujący jest związany umowami o współpracy i którzy w razie potrzeby wspierają go swoimi siłami operacyjnymi i technicznymi jednak wykonując prace zlecone. Przystępujący nie tylko nie wskazał jaki konkretny wpływ na zaoferowaną cenę będą miały ww. okoliczności ale również nie przedstawił żadnych dowodów owej współpracy, np. powołanych umów o współpracy czy też ofert pochodzących od innych podmiotów.

Jeśli zaś chodzi o dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie, mające potwierdzać jego bardzo bogate doświadczenie w zakresie realizacji usług o analogicznym charakterze jak te, zamawiane przez wiele lat, to Izba stwierdziła, brak jest w nich potwierdzenia tego, że Przystępujący świadczy ww. usługi od wielu lat. Nie mniej jednak nawet gdyby uznać powyższe dowody za wystarczające, z czym nie mamy do czynienia w tym przypadku, to w ocenie Izby w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie wyjaśnił w sposób dostateczny, jakie przełożenie ma wskazywane przez Amlux doświadczenie na ukształtowaną przez niego cenę. Wykonawca oparł się jedynie na lakonicznym stwierdzeniu, że: „Dzięki ponad 20 letniej praktyce w realizacji przedmiotowej usługi na terenie całej Polski oraz poza jej granicami a także biorąc pod uwagę zaplecze techniczne i organizacyjne firmy (14 Oddziałów w Polsce, ponad 7000 osób zatrudnionych, bieżąca współpraca z ponad 1000 firm w Polsce) mogliśmy zaplanować optymalną wydajność realizacji poszczególnych elementów usługi dopasowując te założenia do potrzeb Zamawiającego opisanych w SIWZ oraz do optymalnej ilości osób koniecznych do prawidłowego wykonania opisywanej usługi”. Przystępujący nie opisał szczegółowo na czym miałyby polegać „zaplanowanie przez niego optymalnej wydajności realizacji poszczególnych elementów usługi” podczas, gdy za tego rodzaju opis

mogłoby służyć np. wskazanie na konkretny unikatowy sposób organizacji pracy wypracowany przez wykonawcę, który byłyby użyteczny na potrzeby tego zamówienia, czy też zastosowaną wyjątkową technologię, która pozwoli na konkretne oszczędności, mające przełożenie na zaoferowaną przez Przystępującego cenę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła nietrafność decyzji Zamawiającego, który uznał, że wyjaśnienia Przystępującego są prawidłowe w aspekcie wykazania, że oferta Amlux nie zawiera ceny rażąco niskiej. Izba uznała, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie są wyczerpujące, szczegółowe, rzetelne i przekonujące a ogólnikowe, niespójne i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości, które zrodziły się po stronie Zamawiającego. Konsekwencją powyższego jest nieuzasadnione przekonanie Zamawiającego, że wykonawca Amlux wykazał w sposób dostateczny, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W związku z tym Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są uzasadnione co skutkowało uwzględnieniem złożonego przez wykonawcę odwołania i nakazaniem Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Amlux.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp Izba uznała zgłoszony zarzut za w pełni zasadny.

Nie było sporne między stronami, że wykonawca Amlux przedłożył do postępowania zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości. Zaświadczenie wystawione zostało przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Warszawie w dniu 4 lipca 2019 r. i odwoływało się do stanu na dzień 20 czerwca 2019 r. Izba ustaliła również, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 25 września 2019 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stanęła na stanowisku, że zaświadczenie przedłożone przez wykonawcę Amlux nie może być uznane za prawidłowe i wystarczające bowiem, co prawda zostało wystawione w okresie 3-miesięcznym poprzedzającym termin składania ofert, ale jednak jego treść jednoznacznie wskazuje, że odwołuje się ono do stanu na dzień 20 czerwca 2019 r. Tym samym uznać należy, że odnosi się ono do okresu dłuższego niż 3-miesięczny przed upływem terminu składania ofert. Wobec tego Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien był uznać, że ww. zaświadczenie nie jest prawidłowe. Wobec tego za zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp bowiem dokument

ten powinien być uzupełniony przez Zamawiającego. Jednak z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp Izba uznała za bezcelowe wzywanie wykonawcy Amlux do uzupełnienia zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości w sytuacji, gdy oferta Przystępującego i tak podlega odrzuceniu.

Jeśli zaś chodzi o zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ to został on przez Izbę oddalony. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie niezgodności skutkującej koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Amlux na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W omawianym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale IV „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 4.3 podał, że „wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w rozdz. II pkt 1.1.7. Specyfikacji Technicznej - Załącznik nr 1 do SIWZ, w zakresie realizacji Zamówienia”.

W treści Specyfikacji technicznej w rozdziale II w wymaganiach dotyczących wykonania prac w pkt 1.1.6. podano, że „w celu zapewnienia właściwej realizacji usług będących przedmiotem Zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do:

- zatrudnienia odpowiedniej liczby osób na poszczególnych obiektach zapewniającej prawidłową realizację usług, (...)”.

Na kanwie powołanych postanowień specyfikacji Izba stanęła na stanowisku, że nie ma racji Odwołujący, że Amlux w złożonej ofercie podał cenę jednostkową w kwocie niższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, tj. nie zapewnił wykonywania umowy przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Izba za nietrafną uznała argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu i stwierdziła, że Zamawiający treścią SIWZ nie określił sztywnej liczby osób, które mają realizować przedmiot zamówienia. Tym samym wyliczenia Odwołującego zawarte w odwołaniu Izba potraktowała jako pewne własne założenie, które Odwołujący przyjął przy

kalkulacji oferty. Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego o konieczności zatrudnienia konkretnej ilości osób nie znajduje oparcia w treści SIWZ, która dopuszczała pewną dowolność w tym zakresie, która była ograniczona jedynie liczbą osób gwarantującą prawidłową realizację zamówienia. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Amlux w złożonej ofercie podał cenę jednostkową w kwocie niższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i nie zapewnił wykonywania umowy przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Tym samym Izba nie stwierdziła niezgodności oferty Przystępującego z treścią specyfikacji we wskazywanym zakresie co skutkowało oddaleniem zgłoszonego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konkludując, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania, polegających na:

- zaniechaniu przez Zamawiającego ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Amlux w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej,
- zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy Amlux z uwagi na udzielenie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej po terminie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu.

Natomiast Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp i nakazała Zamawiającemu w zakresie części 3 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert połączoną z odrzuceniem oferty wykonawcy Amlux na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. W pozostałym zakresie oddaliła odwołanie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 a) i b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....