

Sygn. akt: KIO/UZP 1617/09

**WYROK**  
**z dnia 8 stycznia 2010r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. ul. Misjonarska 20, 20-107 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Lublin, Biuro Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Lublin, pl. Litewski 1, 20-950 Lublin** protestu z dnia 1 października 2009 r. przy udziale wykonawcy **Radosława Ciołek-Poniatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek-Poniatowski ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. ul. Misjonarska 20, 20-107 Lublin i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł.**

**00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. ul. Misjonarska 20, 20-107 Lublin,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. ul. Misjonarska 20, 20-107 Lublin.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie, kompleksową konserwację i renowację zieleni komunalnej 9 rejonów miasta Lublin (Dz. Urz. UE 2009/S 123-179650 z 1.07.2009 r.) w dniu 1 października 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 25 września 2009 r.:

- 1) o wyborze na część 5 zamówienia (rejon VII Śródmieście) oferty złożonej przez wykonawcę Radosława Ciołek-Poniatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek-Poniatowski;
- 2) o wyborze na część 8 zamówienia (rejon XI Bronowice) oferty złożonej przez wykonawcę Radosława Ciołek-Poniatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek-Poniatowski oraz na sklasyfikowanie oferty wykonawcy Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY Jacek Ochnio na drugiej pozycji;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Gminie Miasta Lublin, Biuro Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Lublin naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS, mimo że oferta ta powinna zostać odrzucona gdyż zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY Jacek Ochnio, mimo że oferta

zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie spełnia wymogów podanych w ogłoszeniu oraz w SIWZ;

3) art. 7 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego, gdyż w przypadku odrzucenia kwestionowanych ofert, realizacja zamówienia przypadłaby w udziale odwołującemu.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS na część 5 i 8 zamówienia, (Rejon VII i XI);
- 2) odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY;
- 3) dokonanie ponownej oceny oraz wyboru oferty na przedmiotowe części zamówienia;

W uzasadnieniu zarzutów i żądań protestu, odwołujący podał, że ceny jednostkowe zaproponowane w ofercie wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz w kontekście cen innych ofert wskazują na okoliczność, iż zamawiający wybrał ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Jako dowody, odwołujący przedłożył zestawienia cen jednostkowych, podanych w swojej ofercie i w ofercie wykonawcy wybranego (załącznik 1). Ponadto dołączył fakturę za ekspertyzę oceny stanu zdrowotnego drzew i przedstawił kosztorys sporządzony przez firmę Wodrol Sp. z o.o. (załącznik 3). Z przytoczonego materiału porównawczego, odwołujący wywiódł wnioski, iż w kwestionowanej ofercie występują rażące odstępstwa od cen oferowanych przez inne podmioty, stąd zamawiający powinien przeprowadzić procedurę przewidzianą w art. 90 ustawy Pzp, ponieważ pojawiły się wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez danego uczestnika postępowania nie jest rażąco niska. W ocenie odwołującego cena oferty wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania przedmiotu zamówienia bez poniesienia strat lub bez rażącego zaniżenia jakości świadczonej usługi. Wskazał, iż zaproponowana cena odbiega od zaplanowanego budżetu, podanego w ogłoszeniu w kwocie netto 1 162 225,50 zł. dla rejonu VII i w kwocie 1 100 739,57 zł. dla rejonu XI. Natomiast wykonawca wybrany podał cenę brutto za rejon VII – 994 831,10 zł. za rejon XI – 931 787,85 zł. brutto, co oznacza różnicę o około 20%. Podkreślił, iż w ubiegłym okresie ten sam wykonawca realizując zamówienie w przypadku jednego z rejonów otrzymał wyższe wynagrodzenie niż podane w ofercie, co potwierdził raport Najwyższej Izby Kontroli. Swoje zarzuty wobec wykonawcy Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY odwołujący oparł na kosztorysie firmy Wodrol Sp. z

o.o., (załącznik nr 4) stwierdzając, iż ceny materiału szkółkarskiego zostały zaniżone w stosunku do występujących cen rynkowych.

Ponadto odwołujący zarzucał, iż zarówno Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY jak i wykonawca Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, określonych punkcie 5 w związku punktem 6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymienieni wykonawcy przedłożyli pisemne zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia określonego potencjału technicznego i osobowego. Przy czym złożone zapewnienia są jedynie pisemnym oświadczeniem nie precyzującym formy prawnej korzystania z urządzeń (np. leasing, użyczenie, najem, sprzedaż), czasu na jaki udostępnienie ma nastąpić, ani kosztów udostępnienia, zatem może to być cena dowolna. Z braku podania czasu udostępnienia środków technicznych – przedmiot zamówienia w ogóle nie zostanie wykonany. Spełnieniem warunków, według oceny odwołującego, byłoby posiadanie wymaganych maszyn i urządzeń na własność lub przedstawienie zobowiązania innych podmiotów w formie umowy lub umowy przedwstępnej, czego kwestionowani wykonawcy nie dopełnili. Podobna sytuacja wystąpiła w przypadku udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia (pkt 6.3.4 SIWZ). Zdaniem odwołującego, udostępnienie osób może nastąpić przez zlecenie wykonania określonych prac innym podmiotom lub przez nawiązanie umów z przyszłymi pracownikami. Złożone zapewnienia nie są wystarczające i w opinii odwołującego, winny skutkować wykluczeniem wykonawców Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY i Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz odrzuceniem ich ofert stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał na okoliczność, że zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny ofert (wyliczenia przyznanej punktacji), co czyni koniecznym powtórzenie tej czynności.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 października 2009 r. do postępowania wywołanego protestem, w dniu 5 października 2009 r. przystąpił wykonawca wybrany do realizacji części 5 i 8 zamówienia - Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS, który opowiedział się za utrzymaniem wyboru jego oferty, jako spełniającej postawione wymagania.

Pismem z dnia 15 października 2009 r. zamawiający oddalił protest w części. W uzasadnieniu swego stanowiska zamawiający podał, iż zgodnie z utrwaloną wykładnią obowiązującego prawa i przyjętą linią orzecniczą, o rażąco niskiej cenie można mówić w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jako całości. Należy zatem rozpatrywać wysokość

ceny ofertowej, nie zaś poszczególnych elementów składowych, co podnosił odwołujący. Zamawiający nie podzielił poglądów odwołującego i stwierdził, iż w jego ocenie, oferta wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oświadczył, iż nie powziął jakichkolwiek wątpliwości, które uzasadniałyby wdrożenie procedury określonej w art. 90 ustawy Pzp. Nawet gdy ceny jednostkowe wydają się być niskie, to gdy cena ostateczna nie odbiega znacząco od cen rynkowych i od oszacowania, nie można stawiać wykonawcy zarzutów rażącego zaniżenia ceny. W ocenie zamawiającego, zaistniałe różnice cen zaproponowanych przez poszczególnych wykonawców urzeczywistniają zasadę konkurencyjności, będącą fundamentem całego systemu zamówień publicznych. Zamawiający wskazywał, iż odwołujący nie udowodnił, iż cena kwestionowanych ofert jest rażąco niska oraz, że złożenie ofert z takimi cenami, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu odrębnych przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153, poz. 1503, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206). Jednocześnie zaznaczył, iż ceny podane w ofercie są dla wykonawcy wiążące w okresie realizacji całego zadania. Dlatego też nie można przyjmować, iż wykonawca oferując podane ceny zmierzał do wywołania odmiennych skutków.

Za absurdalne uznał zamawiający wywody odwołującego, iż oferta wykonawcy Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY na część 8 zamówienia – rejon XI zawiera rażąco niską cenę (1 177 458,17 zł. brutto), skoro różnica wynosi około 23 000 zł. między niższą ceną oferty odwołującego (1 154 323,29 zł. brutto).

Zamawiający nie uwzględnił również zarzutów odwołującego, co do braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SIWZ przez wskazanych wykonawców. Zamawiający zaznaczył, iż zgodnie z obecnie obowiązującym stanem prawnym, dopuścił złożenie przez wykonawców pisemnych zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych wykonać zamówienie, jak stanowi o tym § 1 ust. 2 pkt 3, 3a oraz 5, 5a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane. (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Przywołane rozporządzenie nie określa katalogu dokumentów, za pomocą których należy wykazać zobowiązanie do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wystarczające jest gdy dokument potwierdza takie okoliczności. Zamawiający podkreślał, iż żądanie dokumentów, które nie są niezbędne, naruszyłoby dyspozycję normy art. 25 ustawy Pzp. Wbrew wywodom odwołującego, zamawiający zaznaczył, iż dochował obowiązków nakazanych art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W przekonaniu zamawiającego wybrany wykonawca spełnił wymagania w zakresie dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zarówno wykonawca Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY jak i Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS przedłożyli wszystkie wymagane dokumenty: wykaz narzędzi i urządzeń, oraz zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego, a przedstawione dokumenty są zgodne z wymaganiami SIWZ i potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez kwestionowanych wykonawców, stąd za bezpodstawne zamawiający uznał wnioski o ich wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Za zasadne uznał zamawiający zarzuty dotyczące błędnego obliczenia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom, według sposobu oceny podanego w SIWZ w odniesieniu do ustalonych kryteriów.

W odwołaniu wniesionym w dniu 26 października 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, nieuwzględnione zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS na część 5 i 8 zamówienia (rejon VII i XI);
- 2) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY;
- 3) dokonania ponownej oceny oraz wyboru oferty na część 5 i 8 zamówienia (rejon VII i XI).

Ponadto odwołujący wniósł:

- 4) o dopuszczenie dowodów na okoliczności wskazane w odwołaniu tj.:
  1. kopii protestu z dnia 1 października 2009 r. wraz z jego rozstrzygnięciem;
  2. dokumentów - zobowiązań do udostępnienia wykonawcom niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi, urządzeń oraz osób przedstawionych przez Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY dla rejonu VII i XI zamówienia;
  3. zeznań następujących świadków: Rajmunda Gawlika; Krzysztofa Konczalskiego, Moniki Jeżowskiej i Sławomira Kowalika,
- 5) o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację protestu. Odnosząc się do rozstrzygnięcia zamawiającego, odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, iż bezpodstawnie zamawiający zaniechał procedury wyjaśnienia elementów ceny oferty wskazanych wykonawców, skoro występuje rażące zaniżenie cen jednostkowych. Odwołujący podkreślał, iż ceny ofert podanych wykonawców są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, skoro odbiegają o około 20% od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, czego nie uzasadnia nawet wysoka konkurencyjność w danym segmencie rynku. Odwołujący podtrzymał również zarzut, iż wykonawca wybrany firma Radosław

Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS na część 5 i 8 zamówienia celowo stosuje nierealną cenę oferty, zakładając, „że nie uda się jej zmieścić (usługi) w zaoferowanej cenie,” co prowadzi do sytuacji, iż planowany budżet okaże się niewystarczający i nastąpi jego przekroczenie, bądź dojdzie do znacznego spadku jakości usług. Podtrzymał również zarzut, iż wykonawca Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY, zaniżył rażąco cenę swojej oferty, co potwierdza przedstawiony jako dowód kosztorys firmy Wodrol Sp. z o.o., który przy zastosowaniu obiektywnych podstaw wyceny, opartych o katalogi nakładów rzeczowych nr 2-21 Min. Gosp. Przestrzennej i Budownictwa (wydanie z 1989 r.) przedstawia wyceny wyższe pozycji ujętych w wykazach cen jednostkowych, przedstawionych w kwestionowanych ofertach.

Odwołujący podtrzymał zarzuty, iż forma złożonych dokumentów na potwierdzenie posiadanego potencjału technicznego świadczy, że są to jedynie deklaracje, a przepis § 1 ust. 2 pkt 3a) i 5b) powołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wymaga przedłożenia:

- pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń,
- pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Złożone przez wybranego wykonawcę Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oświadczenia przez: Krzysztofa Konczalskiego – Hurtownia Pilarek i Kosiarek Partner Service, Monikę Jeżowską – Usługi Transportowe, Sławomira Kowalika, Lubelskie Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych SA, sprowadzają się jedynie do stwierdzenia, iż dany podmiot zobowiązuje się do udostępnienia firmie AZ HORTUS posiadanego potencjału w postaci oznaczonego sprzętu. W cytowanym przepisie, natomiast jest mowa o zobowiązaniu, a nie jedynie o oświadczeniu. Zgodnie z przepisem art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien zobowiązanie spełnić. Konieczne jest dla powstania zobowiązania oznaczenie kryteriów, według których nastąpi ustalenie świadczenia. Złożone dokumenty nie spełniają ustawowej definicji zobowiązania w rozumieniu przepisów cytowanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i nie dają zamawiającemu pewności, że wykonawca zdoła uzyskać wymagany potencjał od innych podmiotów. Zobowiązanie tego rodzaju jak przedstawione w kwestionowanych ofertach, sprowadza się w przekonaniu odwołującego do deklaracji bez żadnych skutków prawnych. W opinii odwołującego, powinna zostać przedstawiona umowa (np. warunkowa lub przedwstępna). Taka forma nie została jednak przez wskazanych uczestników zachowana. Za błędną uznał odwołujący argumentację zamawiającego, że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie wskazuje dokumentów, za pomocą których należy wykazać dysponowanie

potencjałem technicznym, skoro przepis mówi wprost o „zobowiązaniu.” Odwołujący przyznał, że wykonawca ma prawo wyboru, z jakiej formy prawnej udostępnienia urządzeń będzie korzystał, natomiast jeżeli dokument nie zawiera zobowiązania, tym samym jest niewłaściwy. Nie jest wystarczające oświadczenie w tym zakresie samego wykonawcy, ale wymagane jest zobowiązanie się podmiotu zewnętrznego, kreujące oznaczoną więź prawną. Oświadczenia prawidłowe, w ocenie odwołującego, powinny zawierać co najmniej: cenę, okres i sposób udostępnienia potencjału. Brak określenia ceny udostępnienia sprzętu winien być oceniany jako zaniechanie zamawiającego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. Tożsamą argumentację podtrzymał odwołujący w odniesieniu do przedstawionych oświadczeń o udostępnianiu osób zdolnych do wykonania zamówienia przez podmioty zewnętrzne. Ponad zarzuty protestu, odwołujący podnosił, iż wbrew wymaganiom SIWZ, nie da się określić w oparciu o dokumenty złożonych ofert, jakie urządzenia będą używane do realizacji poszczególnych części zamówienia. Odwołujący potrzymał zarzuty, iż tak przedstawione zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego oraz osób zdolnych wykonać zamówienie, nosi cechy nie złożenia oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, lub dokumentów potwierdzających, co winno skutkować wykluczeniem wskazanych wykonawców z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w następstwie odrzuceniem oferty, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Zaniechania zamawiającego, zdaniem odwołującego, naruszyły zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz prowadzenia postępowania przy poszanowaniu reguł uczciwej konkurencji. Odwołujący zaznaczał, iż w razie uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego w zakresie części 5 i 8 zamówienia (rejon VII i XI) okazałaby się najkorzystniejsza, czym uzasadnił interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Pismem z dnia 4 listopada 2009 r., którego kopia została przekazana stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego przystąpił wybrany wykonawca Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS, który ponowił argumentację podnoszoną w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem. Powołał się na interes prawny w utrzymaniu czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej na część 5 i 8 zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania określonych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp. Izba postanowiła dopuścić firmę Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS, do udziału w sprawie z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.



Strony zgodnie oświadczyły, że oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium, a okres związania ofertą nie upłynął.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia, z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców: Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY, pism stron wraz załącznikami złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego w postaci zeznań wnioskowanych w odwołaniu świadków, gdyż okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, możliwe były do ustalenia na podstawie przeprowadzonych dowodów z dokumentów, a ponadto odwołujący cofnął wniosek dowodowy w tym zakresie. Izba nie dopuściła także dowodów z cenników firm oferujących materiały szkółkarskie, uznając ich nieprzydatność dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, podtrzymanych w odwołaniu i na rozprawie Izba ustaliła co następuje. Zamówienie zostało podzielone na części. Część 5 obejmuje rejon VII Śródmieście, część 8 obejmuje rejon XI Bronowice.

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia zawierała następujące postanowienia: Pkt 5.1 warunkiem udziału w postępowaniu jest spełnienie postanowień art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności:

Wykonawca winien dysponować niezbędnymi do wykonania zamówienia narzędziami i urządzeniami:

- frezarka do pni – 1 szt.;
- rębarka do gałęzi – 1 szt.;
- kosy spalinowe – 10 szt. na każdy rejon;
- piły spalinowe 3 szt. na każdy rejon;
- kosiarki samojezdne – 4 szt. na każdy rejon;
- kosiarki ciągnikowe do koszenia terenów miejskich 4 szt.;
- ciągnik z przyczepą lub samochód ciężarowy – 3 szt.;
- piły na wysięgniku – szt. 1;
- nożyce do żywopłotów - 10 sztuk na każdy rejon;
- samochód lub ciągnik opłuczony – szt. 1;
- podnośnik koszowy – szt. 1.

Pkt 5.2 przewiduje dysponowanie 10 osobami – pracownikami fizycznymi na każdy rejon.

W punkcie 6 wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, SIWZ przewiduje, iż wykonawca:

Pkt 6.1.1.2 lit.

- a) dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub
- b) dysponuje potencjałem technicznym oraz przedkłada w załączeniu pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, lub
- c) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia potencjałem technicznym oraz przedkłada w załączeniu pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego;
- d) przedkłada w załączeniu pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia i potencjału technicznego.

W punkcie 6.3 zamawiający wymagał w celu potwierdzenia spełnienia warunków posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, złożenia następujących dokumentów:

Pkt 6.3.1 wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca (wg załącznika nr 6);

Pkt 6.3.2 pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jeżeli w wykazie wykonawca podał narzędzia i urządzenia, którymi będzie dysponował;

Pkt 6.3.3 wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

Pkt 6.3.4 pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.

W punkcie 13, zamawiający ustanowił cenę, jako kryterium oceny ofert z przypisaną wagą 90% oraz poziom nośników do kosztorysowania z wagą 10%.

Załącznik nr 3 do SIWZ zawiera wycenę ofertową (przedmiar) utrzymania, konserwacji i renowacji zieleni dla poszczególnych części zamówienia z wymaganiem podania dla poszczególnych pozycji ceny jednostkowej netto i wartości w złotych netto. Jako podstawę wyceny zamawiający dopuścił kalkulację własną wykonawcy.

Załącznik nr 6 zawiera wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. Kolumna pierwsza zawiera nazwę urządzenia, kolumna druga oznaczenie czy wykonawca dysponuje, czy będzie dysponował danym urządzeniem.

Załącznik nr 7 stanowi wykaz osób z informacją czy wykonawca dysponuje daną osobą, czy też będzie nią dysponował. Zamawiający nie podał wzoru, określającego jakie dane winno zawierać oświadczenie podmiotu zewnętrznego do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zestawienie wartości robót przeznaczonych do realizacji zamówienia według kosztorysów inwestorskich przewiduje wartość brutto:

Rejon VII Śródmieście – 1 243 581,29 zł.;

Rejon XI Bronowice – 1 177 791,34 zł.

W sekcji VI ogłoszenia o zamówieniu 2009/S 123 – 179650, oraz w punkcie 3.6 SIWZ, zamawiający przewidział udzielanie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Z pisma zamawiającego z dnia 25 września 2009 r. powiadamiającego o wyniku postępowania i z druku ZP -12 załącznika do protokołu postępowania, wynika, iż na część 5 zamówienia (rejon VII Śródmieście) oferty złożyli:

Odwołujący Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. – punktacja w kryterium ceny 73,36, cena brutto 1 220 414,20 zł.;

Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS - punktacja 90, cena brutto 994 831,10 zł.;

Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY – punktacja 67,68, cena brutto 1 322 776,48 zł. ;

MPO SITA LUBLIN SA – punktacja 72,35, cena brutto 1 237 473,94 zł.;

Na część 8 zamówienia (rejon XI Bronowice) oferty złożyli:

Odwołujący Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. – punktacja w kryterium ceny 72,65, cena brutto 1 154 323,29 zł.;

Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS - punktacja 90, cena brutto 931 787,85 zł. ;

Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY – punktacja 71,22, cena brutto 1 177 458,17 zł.;

MPO SITA LUBLIN SA – punktacja 71,46, cena brutto 1 174 373,69 zł.

Jako najkorzystniejsza w ustalonych kryteriach ceny i poziomu nośników do kosztorysowania, na część 5 i 8 zamówienia została wybrana oferta wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS. W zakresie części 5 oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, co powoduje, iż odwołujący nie ma interesu prawnego w skarżeniu oferty wykonawcy Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY, jako zajmującego dalszą pozycję w tej części zamówienia.

W zakresie części 8 zamówienia (rejon XI) oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, za ofertami wykonawców: Radosława Ciołek-

Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY. W tym zakresie odwołujący wykazał interes prawny w skarżeniu wymienionych ofert, skoro utrzymuje, iż powinny one podlegać odrzuceniu.

Wykonawca Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS złożył dla części 5 i 8 zamówienia wykaz niezbędnych do wykonania narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje i będzie dysponował według wzoru załącznika nr 6 do SIWZ. W odniesieniu do urządzeń jakimi będzie dysponował złożył zobowiązania z 3 sierpnia 2009 r.

- udostępnienia środków transportowych przez Monikę Jeżowską – „Margot” Usługi Transportowe, w którym zobowiązuje się ona do udostępnienia firmie Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni samochodów ciężarowych o oznaczonych numerach rejestracyjnych na potrzeby wykonywania przedmiotowego zamówienia,
- udostępnienia podnośników koszowych przez firmę AB Trans Artur i Lilla Bieniaszewscy;
- udostępnienia podnośnika koszowego przez firmę Sławomir Kowalik,
- udostępnienia kos spalinowych, pił spalinowych, kosiarek samojezdnych, nożyc do żywopłotów przez firmę Krzysztof Konczalski Hurtownia Partner Service,

Wykonawca wybrany złożył wykaz osób którymi dysponuje które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji. W zakresie części 8 zamówienia, wykonawca wybrany zadeklarował również korzystanie z potencjału kadrowego innych podmiotów. - złożył zobowiązanie z dnia 3.08.2009 r. do udostępnienia przez Stanisława Kneja - Cultivar Urządzenie Zieleni - 8 osób zdolnych do wykonania zamówienia w przedmiotowym przetargu.

Także wykonawca Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY złożył wykaz narzędzi i urządzeń, którym dysponuje lub będzie dysponował oraz wykazy, osób które będą wykonywać zamówienie. Złożył zobowiązania z dnia 18.08.2009 r. firmy IRPOL L. Guściora do udostępnienia temu wykonawcy kosiarek samojezdnych i nożyc do żywopłotów, kos spalinowych, pił spalinowych, samochodu ciężarowego i ciągnika z przyczepą.

Zakres wykazanego sprzętu jego ilość oraz ilość osób w stosunku do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest przez odwołującego kwestionowana.

Izba zważyła co następuje.

Zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające, wynoszące zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp do wartości 50 % zamówienia podstawowego. Zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 lub 7 ustawy Pzp, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających. Natomiast ceny kwestionowanych ofert

obejmują jedynie zakres prac według ustalonego przedmiaru, bez uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających. Z tego względu nie zachodzi rozbieżność w szacunkowej wycenie przedmiotu zamówienia 1 162 225,50 zł. netto na rejon VII i 1 100 739,57 zł. na rejon XI a ceną oferty wybranego wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oraz ceną oferty Jacka Ochnio Kształowanie Terenów Zieleni OGRODY. Występujące zaś różnice w cenach poszczególnych ofert stanowią normalny mechanizm konkurencji, nie mają charakteru znaczącego rozwarstwienia. Z przedstawionych względów Izba nie stwierdza, aby zachodziły okoliczności wymagające wszczęcia przez zamawiającego procedury określonej w art. 90 ustawy Pzp, polegającej na wezwaniu wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ponadto ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc w oparciu o cenę całkowitą oferty. Odwołujący wskazuje zaś, że rażąco niskie pozostają niektóre ceny jednostkowe przewidziane w konkurencyjnych ofertach np. za wydanie opinii o stanie zdrowotności drzew. Jednolita i ugruntowana linia orzecznictwa potwierdza, że nie można stawiać zarzutu rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy jej niektóre elementy składowe skalkulowane są nawet na zaniżonym poziomie. Wprost z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż ocenę oferty pod względem potwierdzenia lub wykluczenia ewentualności podania rażąco niskiej ceny odnosi się do przedmiotu zamówienia jako całości, zaś skonkretyzowane zarzuty odwołującego dotyczą elementów składowych ceny całkowitej. Wykonawca w ramach zagregowanych cen jednostkowych może bowiem ujmować elementy kosztów w różnych pozycjach kosztorysu. Zatem nawet podanie zaniżonej ceny jednostkowej w poszczególnych pozycjach wyceny, nie stanowi o rażąco niskiej cenie oferty. Tym bardziej, iż zamawiający dopuścił wycenę na podstawie kalkulacji własnych wykonawców, a więc z pominięciem nakładów rzeczowych określonych w odnośnych katalogach wykorzystywanych w zakresie kosztorysowania robót budowlanych. Przedstawione przez odwołującego dowody w postaci kosztorysów sporządzonych przez Wodrol Sp. z o.o. na przedmiot zamówienia, według podstaw wyceny w oparciu o podany katalog norm nakładów rzeczowych i ceny Sekocenbudu, nie świadczą o rażąco niskiej cenie kwestionowanej oferty wykonawcy Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS. Izba nie stwierdziła, iż materiał dowodowy sprawy w tym porównanie cen poszczególnych ofert, a także porównanie z wartością szacunkową zamówienia, wskazuje na symptomy rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców Radosława Ciołek-Poniatowskiego Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacka Ochnio Kształowanie Terenów Zieleni OGRODY, jako niepokrywających kosztów świadczenia usługi, przez co grożącej niewykonaniem zamówienia, lub wykonaniem zamówienia z zaniżeniem standardów jakościowych. Cena oferty wybranej nie odbiega znacząco od cen innych ofert oraz od wartości oszacowania przedmiotu zamówienia, bez uwzględnienia wartości 50% zamówień

uzupełniających. Odwołujący odstąpił od zarzutów wobec oferty wykonawcy Jacka Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY, w zakresie 5 części zamówienia, natomiast w zakresie 8 części zamówienia, oferta odwołującego podawała cenę niższą, zatem podtrzymany zarzut rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy, jest niezrozumiały i nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu, iż wykonawcy Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY, nie spełniają ustalonych warunków udziału, albowiem załączyli do oferty niewłaściwe dokumenty dotyczące udostępnienia potencjału technicznego i kadrowego, to zarzut ten nie znalazł potwierdzenia. W samej treści wymienionych wyżej dokumentów zawarte jest stwierdzenie, że stanowią one „zobowiązanie się” wymienionych z nazwy podmiotów zewnętrznych do udostępnienia oznaczonych urządzeń i sprzętu, służącego do wykonania usługi z podaniem także ich ilości, z zaznaczeniem ich przeznaczenia dla potrzeb realizacji przedmiotowego - oznaczonego przetargu. Izba nie podziela poglądów odwołującego, że dokumenty te są niewystarczające, gdyż nie zawierają istotnych postanowień umowy między wykonawcami a podmiotami, które zobowiązały się do udostępnienia oznaczonego potencjału technicznego czy kadrowego. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagały przedstawienia zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia sprzętu i urządzeń oraz osób zdolnych wykonać zamówienie. Dokumenty takie w formie zobowiązania zostały złożone i spełniają literalnie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 2 pkt 3, 3a oraz 5, 5a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane. (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Przywołane rozporządzenie nie określa treści jaką winien zawierać dokument, za pomocą którego należy wykazać zobowiązanie do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wystarczające jest, zdaniem Izby, gdy dokument potwierdza okoliczności zaciągnięcia takiego jednostronnego zobowiązania przez podmiot zewnętrzny. Na etapie złożenia oferty, wykonawca nie jest zobowiązany udokumentować na jakich warunkach cenowych będzie korzystał z udostępnianych mu narzędzi i urządzeń, ani w jakiej formie prawnej będzie korzystał z udostępnionego potencjału technicznego i kadrowego. Ostateczne zasady, wykonawca może określić w umowie z kontrahentem po uzyskaniu zamówienia. W ocenie Izby powołany przepis mówi jedynie o zobowiązaniu się jednostronnym podmiotu udostępniającego, zatem nie jest konieczne wyszczególnienie wszystkich elementów ewentualnej przyszłej umowy między wykonawcą zamówienia a podmiotem trzecim. Nie przeszkadza to zdaniem Izby, w prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty, gdyż przy zaciąganiu takiego zobowiązania wobec wykonawcy oznaczonego zamówienia, strony mogły odrębnie określić istotne postanowienia przyszłej umowy, których

ujawnienie na etapie składania oferty nie jest wymagane. Zamawiający ma prawo jedynie wymagać dokumentów ściśle oznaczonych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, a katalog tych dokumentów oraz ich zawartość, określona w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest oznaczony i zamknięty. Żądanie dokumentów, innych niż wymienione w rozporządzeniu i które nie są niezbędne, naruszyłoby dyspozycję normy art. 25 ustawy Pzp.

Wbrew zarzutom odwołującego, na wezwanie zamawiającego z dnia 16 września 2009 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY oraz Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS, uzupełniali dokumenty poświadczające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z tych względów zarzut, iż zamawiający zaniechał wezwania wymienionych wykonawców do uzupełnienia dokumentów oferty, w takim zakresie w jakim dokumenty te wymagały uzupełnienia nie znalazł potwierdzenia. Wykonawcy, których oferty odwołujący kwestionuje, wypełnili implícite warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie spełnienia kryteriów udziału w postępowaniu i sposobu wymaganego ich udokumentowania.

Z punktu widzenia zamawiającego i oceny spełnienia przez wykonawców warunków w zakresie niezbędnego do realizacji zamówienia sprzętu, istotne jest wyłącznie ustalenie, iż podmioty trzecie zobowiązały się wobec wykonawcy do udostępnienia mu sprzętu oraz potencjału kadrowego, co znalazło potwierdzenie w dokumentacji oferty. Zarzut, iż wykonawca Radosław Ciołek-Poniatowski Architektura Zieleni HORTUS oraz Jacek Ochnio Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY, nie złożyli dokumentów potwierdzających dysponowanie potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie stwierdziła, ażeby zamawiający naruszył przepisy wskazane przez odwołującego, to jest art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7, art. 26 ust. 3 oraz art. 90 tej ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....