

Sygn. akt: KIO 433/20

KIO 435/20

WYROK

z dnia 13 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2020 roku przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SUEZ Zachód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i SUEZ Północ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu (KIO 433/20),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów, „AG-COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i EPA GREEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą Lidera w Rusko (KIO 435/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław** w imieniu i na rzecz której działa **Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna** z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 433/20 i 435/20),

orzeka:

1. Oddala odwołania w sprawach KIO 433/20 i 435/20;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego w sprawie KIO 433/20 oraz na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony,
 - 2.3. zasądza od Odwołującego w sprawie KIO 435/20 oraz na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 433/20

KIO 435/20

Uzasadnienie

Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 - Stare Miasto, zadanie nr 2 - Śródmieście, zadanie nr 3 - Krzyki, zadanie nr 4 - Fabryczna, zadanie nr 5 - Psie Pole”, numer referencyjny: 14/2019, (2019/S 205-499934). Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszone o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2019 r. pod numerem 2019/S 205-499934.

Zamawiający w dniu 18 lutego 2020 r. opublikował Informację o wyniku przetargu w części 2, 4 i 5. W dniu 28 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli odwołania:

- Konsorcjum SUEZ Zachód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i SUEZ Północ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący SUEZ”) w zadaniu nr 4 – Fabryczna (sygn. akt KIO 433/20),
- Konsorcjum ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów, „AG-COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i EPA GREEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla Lidera w Rusko (dalej: „Odwołujący ENERIS”) w zadaniu nr 2 - Śródmieście (sygn. akt KIO 435/20),

kwestionując czynności Zamawiającego, polegające na wyborze w tych zadaniach jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (dalej również: „ALBA” lub „Wykonawca”).

Sygn. akt. KIO 433/20

Odwołujący SUEZ zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy ceny jednostkowe zaoferowane przez

ALBA dla zadania 4, umieszczone w pozycjach od 5 do 11 załącznika II D do Formularza Oferty pn. „Zestawienie kosztów zadania”, tj.:

- a) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I kolejność
- b) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej II kolejność
- c) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej III kolejność
- d) Pozimowe oczyszczanie jezdni objętych zimowym utrzymaniem w I kolejności
- e) Pozimowe oczyszczanie jezdni pozostałych
- f) Zamiatanie jezdni w sezonie letnim (1 raz w tygodniu)
- g) Zamiatanie jezdni w sezonie letnim (1 raz w miesiącu)

są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny być wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami określonymi w SIWZ,

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALBA w części odnoszącej się do zadania 4, pomimo że oferta w tej części zawiera rażąco niską cenę,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „uznk”) w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ALBA, pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług - wskazanych w punktach od 5 do 11 Załącznika nr IID - poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący SUEZ wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 4;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wezwania ALBA do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez ALBA;
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla zadania 4;
- 6) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący SUEZ wskazał, iż przedmiotem Zamówienia jest całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław. W ramach swoich obowiązków wykonawca ma zapewnić realizację m.in. następujących

rodzajów usług: oczyszczania jezdni w technologii zamiennej I, II i III kolejności, pozimowego oczyszczania jezdni, zmiatania w sezonie letnim. Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (dalej: „SIWZ”) wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania poszczególnych usług objętych umową o zamówienie, w tym wynagrodzenie za wykonanie ww. usług ma być rozliczane kosztorysowo tj. odrębnie w stosunku do poszczególnych usług faktycznie zrealizowanych przez wykonawcę w poszczególnych miesiącach realizacji zamówienia. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w treści SIWZ, w tym w §7 wzoru umowy. Ceny jednostkowe z tytułu wykonania poszczególnych usług objętych zakresem zamówienia wykonawcy zobowiązani byli wskazać w Załączniku nr IID do Formularza ofertowego.

Odwołujący SUEZ podniósł, iż dla zadania 4 wykonawca ALBA w pozycjach od 5 do 11 Załącznika nr IID zaoferował rażąco niskie ceny jednostkowe za wykonanie usług. Ceny tych usług są SUEZ nierealistyczne, istotnie odbiegają od realiów rynkowych i nie pokrywają kosztów ich realizacji, nie zapewniają uzyskania nawet niskiej marży. Ceny te istotnie odbiegają także od cen zaoferowanych przez wykonawcę ALBA za wykonanie analogicznych usług w ramach pozostałych zadań w postępowaniu, na które wykonawca ten złożył ofertę (tj. Zadanie 2 - Śródmieście oraz Zadanie 5 - Psie Pole. W ramach pozycji od 5 do 11 Załącznika nr IID w Zadaniu 4 wykonawca ALBA zaoferował ceny jednostkowe wykonania danej usługi (cena za 100m²):

- a) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I kolejność 2,20 zł
- b) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej II kolejność 2,20 zł
- c) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej III kolejność 2,20 zł
- d) Pozimowe oczyszczanie jezdni objętych zimowym utrzymaniem w I kolejności 2,20 zł
- e) Pozimowe oczyszczanie jezdni pozostałych 2,20 zł
- f) Zmiatanie jezdni w sezonie letnim (1 raz w tygodniu) 2,20 zł
- g) Zmiatanie jezdni w sezonie letnim (1 raz w miesiącu) 2,20 zł

Ceny te, w ocenie Odwołującego SUEZ powinny były wzbudzić poważne wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia - poszczególnych usług, które mają być według nich rozliczane z uwagi na następujące okoliczności:

- 1) Istotne zróżnicowanie cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę ALBA za wykonanie analogicznych usług na różnych Zadaniach (odpowiednio 2,4 i 5), które za wykonanie analogicznych czynności w ramach Zadania 2 i Zadania 5 są istotnie wyższe od cen jednostkowych zaoferowanych przez tego wykonawcę dla Zadania 4 i dla zadań 2 i 4 wynoszą odpowiednio:

- a) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I kolejność 2,75 zł, 2,70 zł
- b) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej II kolejność 2,75 zł, 2,70 zł
- c) Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej III kolejność 2,75 zł, 2,70 zł
- d) Pozimowe oczyszczanie jezdni objętych zimowym utrzymaniem w I kolejności 5 zł, 6 zł
- e) Pozimowe oczyszczanie jezdni pozostałych 7 zł, 6 zł
- f) Zamiatanie jezdni w sezonie letnim (1 raz w tygodniu) 2,75 zł, 2,70 zł
- g) Zamiatanie jezdni w sezonie letnim (1 raz w miesiącu) 2,75 zł, 3 zł.

Ceny jednostkowe zaoferowane przez ALBA za oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I, II i III kolejności oraz za zmiatanie w przypadku zmiatania z częstotliwością 1 raz w tygodniu (czyli odpowiednio pozycje 5, 6, 7 i 10 Załącznika nr II D do Formularza ofertowego) są wyższe o 25% na Zadaniu 2 i 23% na Zadaniu 5, niż ceny jednostkowe zaproponowane na Zadaniu 4. Z kolei ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę ALBA za wykonanie usługi pozimowego oczyszczania: dla jezdni objętych zimowym utrzymaniem I kolejności są wyższe o 127% dla Zadania 2 i o 173% dla Zadania 5 w stosunku do cen jednostkowych zaoferowanych dla Zadania 4, a dla pozostałych jezdni są wyższe o 218% dla Zadania 2 i o 173% dla Zadania 5 w stosunku do cen jednostkowych zaoferowanych dla Zadania 4. Istotnie wyższe są również ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę ALBA za usługę zmiatania z częstotliwością 1 raz w miesiącu, które są wyższe o 25% dla Zadania 2 i o 36% dla Zadania 5 w stosunku do cen jednostkowych zaoferowanych dla Zadania 4. Nawet bez porównywania cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę ALBA do cen jednostkowych złożonych dla Zadania 4 przez Odwołującego SUEZ, mając na względzie ceny zaproponowane przez ALBA za wykonanie analogicznych czynności na pozostałych zadaniach, objętych ofertą tego wykonawcy, Zamawiający mógł i powinien był powziąć wątpliwości co do realności analizowanych cen jednostkowych i wezwać wykonawcę ALBA do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Usługi te stanowią jedne z kluczowych elementów zamówienia.

- 2) „Skopiowanie” cen Odwołującego SUEZ (dotychczasowego wykonawcy realizującego usługi utrzymania na terenie zadania – Fabryczna) z roku 2016 zaoferowanych za wykonanie usług na obszarze Zadania 4, mimo istotnej zmiany okoliczności wpływających na koszty realizacji Zamówienia. W okresie ostatnich 4 lat natomiast w sposób znaczący wzrosły koszty wykonywania tej usługi, między innymi w związku z rosnącymi kosztami zatrudniania pracowników, cen sprzętu czy zagospodarowania odpadów - przede wszystkim w postaci tzw. zmiotek powstających w trakcie realizacji wszystkich analizowanych usług oczyszczania mechanicznego jezdni (tj. oczyszczania w technologii zamiennej I, II i III kolejności, oczyszczania pozimowego oraz zmiatania

letniego). Również warunki realizacji usług określone w dokumentacji postępowania uległy takim zmianom, które bezwzględnie powinny spowodować wzrost cen (z uwagi na istotny wzrost kosztów) w postępowaniu dla Zadania 4 w stosunku do cen oferowanych w roku 2016.

Odwołujący SUEZ wskazał, że okres realizacji zamówienia w przypadku obecnego przetargu wynosi 24 miesiące, a nie jak poprzednio 36 miesięcy. Zważywszy na wymóg dysponowania, co najmniej 3 zmiatarkami o normie emisji spalin nie niższej niż Euro 6 w ramach kontraktu o 1/3 skraca się okres amortyzacji takich pojazdów. W 2016 roku Zamawiający wymagał w przetargu dysponowania 1 zmiatarką o normie emisji spalin Euro 6 (pozostałe 2 wymagane zmiatarki nie musiały spełniać tego wymogu), a w obecnym przetargu wymogiem Zamawiającego jest, aby wszystkie 3 zmiatarki spełniały ten istotny kosztowo wymóg, co przekłada się na całkowite koszty, które wykonawca zobowiązany jest ponieść w celu realizacji zamówienia. Jednocześnie, z uwagi na zwiększenie zakresu zamówienia w roku 2020, ta sama ilość zmiatarek, która była wymagana w roku 2016 w ramach Zamówienia objętego postępowaniem będzie musiała realizować czynności zmiatania na większej ilości ulic. W ciągu ostatnich 4 lat doszło również do radykalnego zwiększenia kosztów zatrudniania pracowników - bazując jedynie na minimalnym wynagrodzeniu za pracę Odwołujący SUEZ wskazał, że wzrosło ono o 45% (z 1850 zł do 2600 zł brutto), a wynagrodzenie minimalne nie pokrywa przeciętnej wysokości wynagrodzeń kierowców zmiatarek ani pracowników brygad oferowanych na wrocławskim rynku. Nadto, o co najmniej 18%, wzrosły w ostatnich 4 latach koszty paliwa. Odwołujący SUEZ w układzie tabelarycznym przedstawił porównanie wymagań określonych przez Zamawiającego w obu postępowaniach i podał wnioski wynikające z tego porównania, w tym krótszy okres amortyzacji sprzętu, włączenie w zakres obwodnicy Leśnicy oraz dodatkowych ulic w sektorze, zmieniony zakres realizacji usług zmiatania jezdni, wzrost kosztów eksploatacji, wzrost kosztów pracowniczych.

Z uwagi na powyższe okoliczności Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien był powziąć wątpliwości i wezwać wykonawcę ALBA do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanych wyżej cen jednostkowych. Zamawiający nie był bowiem zwolniony z badania realności poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez ALBA z uwagi tylko na fakt, że arytmetyczne porównanie całkowitych cen oferty ALBA i Odwołującego nie mieściło się w domniemaniu, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Biorąc bowiem pod uwagę, że przyjętą metodę rozliczenia z tytułu wykonania zamówienia jest rozliczenie kosztorysowe, każda z omawianych pozycji Załącznika IID powinna podlegać odrębnemu badaniu przez Zamawiającego. Ideą wynagrodzenia kosztorysowego jest bowiem rozliczanie

prac wg faktycznie zrealizowanych usług w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, przy czym faktycznie zlecane, wykonywane i wynagradzane ilości poszczególnych usług mogą znacznie odbiegać od ilości ujętych w formularzu zaproponowanym przez Zamawiającego i faktycznie odbiegają. Każda z pozycji Załącznika nr IID powinna była być badana przez Zamawiającego pod kątem rzetelności i realności. Brak wezwania wykonawcy ALBA do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazuje zaś, że Zamawiający takiego badania bezpodstawnie zaniechał.

Odwołujący wyjaśnił, że ceny jednostkowe, zaoferowane przez wykonawcę ALBA dla Zadania 4, nie uwzględniają wszystkich pozycji kosztowych świadczenia poszczególnych usług, do których mają mieć one zastosowanie lub nie uwzględniają ich w odpowiedniej wysokości, co powoduje, że ceny te mają charakter cen rażąco niskich. Ceny zaoferowane za usługi polegające na oczyszczaniu jezdni w technologii zamiennej, letnim oczyszczaniu i zmiataaniu jezdni oraz pozimowym oczyszczaniu nie pokryją kosztów należytej i zgodnej z SIWZ realizacji ww. usług tj. nie wystarczą na pokrycie pełnych kosztów związanych z:: zatrudnianiem pracowników i świadczeniem przez nich pracy w tym kosztów wynagrodzenie pracowników fizycznych wykonujących ręczne sprzątanie, operatorów sprzętu, dyspozytorów; wynajmem/leasingiem sprzętu lub w przypadku dysponowania sprzętem własnym - amortyzacji takiego sprzętu; zapewnieniem paliwa; naprawą sprzętu i pojazdów, które są nieuniknione w całym okresie wykonywania usług; zużyciem sprzętu takiego jak szczotki, miotły, wyposażenie pracowników; zagospodarowaniem (utylicacją) odpadu „zamiecionego” podczas wykonywania usług ręcznego i mechanicznego oczyszczania. W efekcie tego wykonawca ALBA powinien zostać wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc zaś pod uwagę, że nie jest obiektywnie możliwe wykazanie realizacji zadania 4 zgodnego z wymaganiami SIWZ przy ponoszeniu kosztów na tak niskim poziomie, oferta wykonawcy ALBA powinna zostać ostatecznie odrzucona. Ceny jednostkowe będące przedmiotem odwołania dotyczą kluczowych części zamówienia. Usługi mechanicznego oczyszczania stanowią rodzajowo jedno z podstawowych usług świadczonych przez wykonawcę. Zamawiający przyjął w dokumentacji postępowania, że w trwającym 5 miesięcy okresie zimowym wykonawca zobowiązany jest wykonywać akcje zimowego oczyszczania (ze śniegu lub lodu), a w sytuacjach, gdy nie występują warunki atmosferyczne uzasadniające prowadzenie takich akcji, wykonawca wykonuje tzw. oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej. W okresie letnim, czyli przez pozostałe 7 miesięcy wykonawca wykonuje czynności letniego, mechanicznego oczyszczania jezdni. Rodzajowo oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej oraz letnie oczyszczanie nie różnią się - są to usługi mechanicznego oczyszczania jezdni - bardzo istotne dla utrzymania porządku na ulicach. Już ze względu na

charakter usług i okres ich świadczenia usługi ujęte w pozycjach od 5 do 11 Załącznika IID do Formularza ofertowego mają bardzo istotne znaczenie dla Zamawiającego i stanowią istotną część całego Zamówienia. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że podana przez wykonawcę ALBA wartość pozycji od 5 do 11 w odniesieniu do całkowitej ceny Zamówienia wynosi aż 8,16 %. Choć wartość ta jest duża, to gdyby w jej miejsce „podstawić” wartości rynkowe jeszcze istotniej by wzrosła. Im bardziej zaniżony jest koszt wykonania poszczególnych usług, tym mniejsze jest „wartościowe znaczenie” tych usług wobec całej ceny ofertowej.

Przyjęte przez Zamawiającego założenia dotyczące ilości powtórzeń poszczególnych prac do zrealizowania w ramach zamówienia w żadnym razie nie pokrywają się z faktycznym jego zapotrzebowaniem potwierdzonym doświadczeniem Odwołującego z realizacji usług. Wynika to przede wszystkim z faktu, że w ostatnim czasie zimy są coraz „łżejsze” i wymagają mniej działań w zakresie zimowego oczyszczania. Zgodnie zaś z warunkami SIWZ, w sytuacji, w której wykonawca nie wykonuje zimowego oczyszczania, zobowiązany jest do wykonywania oczyszczania jezdni w trybie oczyszczania zamiennego. Z Załącznika IID wynika, że Zamawiający przyjął na potrzeby wyliczenia całkowitej ceny oferty, iż w każdym miesiącu okresu zimowego zleci wykonawcy 10 akcji zimowego oczyszczania I kolejności i po 1 akcji zimowego oczyszczania II i III kolejności, co w okresie 5 miesięcznej zimy przekłada się na 60 akcji zimowego oczyszczania. Tymczasem, Odwołujący w ramach zadania wykonywanego od 2016 roku w rzeczywistości wykonał: w sezonie zimowym 2017-2018: 11 akcji na jezdniach I kolejności i 1 akcie na jezdniach III kolejności, czyli łącznie 12 akcji, w sezonie 2018-2019: 20 akcji na jezdniach I kolejności, 4 akcie na jezdniach II kolejności i 1 akcję na jezdniach III kolejności, czyli łącznie 25 akcji, w sezonie 2019-2020: zaledwie 2 akcje na jezdniach I kolejności. Z powyższego wynika, że doświadczenie w realizacji w ostatnich sezonach zimowych pokazuje, że przyjęte przez Zamawiającego w Załączniku nr IID założenia, co do ilości akcji zimowego oczyszczania są zdecydowanie przeszacowane, co wpływa na procentowy stosunek udziału kosztów tych akcji w całkowitym wynagrodzeniu wykonawcy ALBA. Jeżeli nie ma podstaw do zlecenia akcji zimowego oczyszczania, Zamawiający jest uprawniony (i w praktyce czyni to) do zlecenia oczyszczania jezdni w technologii zamiennej. W rzeczywistości więc, na duże części zimy, przypadają usługi typowe dla letniego oczyszczania. Powoduje to dalszy wzrost faktycznego wynagrodzenia za usługi letniego oczyszczania, względem ilości przewidzianych w formularzu.

Uzasadniając zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący SUEZ przywołał przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz wyrok Izby z dnia 11 grudnia 2014 roku sygn. akt: KIO 2466/14 i wskazał, iż działanie ALBA polegające na zaproponowaniu rażąco niskich

cen w ramach zadania 4 miało na celu przede wszystkim wyeliminowanie konkurencji i zwiększenie swojego udziału w rynku. Ceny jednostkowe zaproponowane dla zadania 4 wskazane w uzasadnieniu zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny są cenami niższymi od kosztów świadczenia usług, które mają być rozliczane według tych cen. Wskazują na to powyższe wyliczenia Odwołującego. Oferta ALBA w zakresie ww. pozycji Załącznika IID została wyceniona nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pobocznych, ale poniżej kosztów własnych, tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący SUEZ podniósł również: „wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia prowadzą działalność gospodarczą, która z założenia jest działalnością nastawioną na osiągnięcie zysku. Zamawiający, badając ofertę, w której wykonawca nie uwzględnił żadnego zysku godzi w uzasadnione interesy pozostałych wykonawców, którzy właśnie po to prowadzą działalność gospodarczą, aby generować „zyski”, zarabiać na niej. Wynagrodzenie należne wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia zakłada uzyskanie zysku przez wykonawcę. Jest to jedna z podstawowych zasad prowadzenia działalności gospodarczej - zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.), działalność taka jest działalnością zarobkową. Działalność ma element zarobkowości, gdy przynosi dochód. Przez dochód rozumie się nadwyżkę przychodów nad kosztami, tj. zysk. Wyłączenie przez zamawiającego możliwości uzyskania zysku przez wykonawcę przy realizacji zamówienia nie znajduje podstaw prawnych, a wręcz przeciwnie stoi w sprzeczności z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej oraz ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ZNKU. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty „bez zysku” wymusza bowiem na innych wykonawcach także konieczność rezygnacji z (minimalnych choćby) zysków, o ile chcą oni skutecznie konkurować z taką ofertą. Jest to zatem, z definicji „czyn nieuczciwej konkurencji”. Tego typu postępowanie wykonawcy godzi w samą ideę prowadzenia działalności gospodarczej, której istotą jest osiągnięcie zysku. Wypracowywanie zysków kontraktowych, poza innymi celami, jest niezbędne i konieczne dla wykonawcy także ze względu na ponoszone ryzyko działalności gospodarczej. Dodatkowo przepis art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów. Normy te łącznie z wolnością gospodarczą i prawną równością przedsiębiorców tworzą katalog zasad wykonywania działalności gospodarczej. Funkcjonowaniem w obrocie gospodarczym jest natomiast szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności innych uczestników rynku, klientów lub interes publiczny. ZamPublU rozstrzyga, co do zasady, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w celu wyłonienia

wykonawcy, który wykona cały przedmiot zamówienia odpłatnie, nadto (co jest nie mniej istotne) za cenę nie niższą niż całkowity koszt jego wytworzenia lub świadczenia.”

W odwołaniu Odwołujący SUEZ przywołał wyroki Izby: z dnia 12 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 366/18, z dnia 30 sierpnia 2019 r. sygn. akt: KIO 1603/19, z dnia 24 września 2014 roku, sygn. akt: KIO 1844/14, z dnia 24 lipca 2017 r. KIO 1379/17, z dnia 9 marca 2015 r., KIO 343/15.

Sygn. akt 435/20

Odwołujący ENERIS zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. (dalej: „ALBA” lub „Wykonawca”) z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu pomimo wezwania przez Zamawiającego do złożenia dowodu na okoliczność czy usługi wymienione w załączniku nr V zostały wykonane lub są wykonywane należycie przez tę Spółkę;

Z ostrożności procesowej, jako ewentualne, Odwołujący przedstawił zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALBA pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy ALBA pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o: „uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- A. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. jako najkorzystniejszej, dla zadania nr 2 – Śródmieście
- B. wykluczenia wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia założonej przez nią oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, dla zadania nr 2 – Śródmieście.

Ewentualnie:

- C. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. jako najkorzystniejszej, dla zadania nr 2 - Śródmieście
- D. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dla zadania nr 2 - Śródmieście
- E. wykluczenia wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z postępowania a w konsekwencji odrzucenia założonej przez nią oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, dla zadania nr 2 – Śródmieście.”

Odwołujący wniósł także o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy:

- 1) umów wraz z załącznikami, ze szczególnym uwzględnieniem Załącznika - Zestawienie kosztów zadania, zawartych z wykonawcą ALBA w 2015 r., 2017 r. na ten sam przedmiot zamówienia tj. Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań (...) uwzględniające dzielnicę Śródmieście o numerach postępowania: 1/2015, 5/2016 - na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczonych Wykonawcy zadań na dzielnicy Śródmieście w bezpośrednio wcześniejszych okresach,
- 2) ewentualnych Odpowiedzi wykonawcy ALBA w 2015 r., 2017 r. na wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny na ten sam przedmiot zamówienia tj. Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań (...) uwzględniające dzielnice Śródmieście o numerach postępowania: 1/2015, 5/2016 - na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczonych Wykonawcy zadań na dzielnicy Śródmieście w bezpośrednio wcześniejszych okresach,
- 3) wszelkich dokumentów potwierdzających miesięczne ilości wytworzonych przez Wykonawcę w okresie roku 2019 odpadów powstałych podczas czyszczenia ulic i placów 20 03 03 (potocznie zwane zmiotkami) przy realizacji tego samego przedmiotu zamówienia tj. Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań (...) uwzględniające dzielnice Stare Miasto, Śródmieście, Krzyki, Fabryczna, Psie Pole o numerze postępowania 5/2016 - na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczonych Wykonawcy zadań Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej I, II, III kolejności i Zamiatania jezdni w sezonie letnim na dzielnicy Śródmieście w porównaniu do pozostałych wykonawców dla dzielnic Stare Miasto, Krzyki, Fabryczna, Psie Pole,
- 4) zestawienia wykonanych przez pojazdy Wykonawcy Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności wraz z zestawieniem zużytych podczas akcji materiałów (sól, solanka, chlorek sodu) w okresie sezonu zimowego 2017 - 2018, 2018 - 2019 - na okoliczność

faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczanych Wykonawcy zadań na dzielnicy Śródmieście w bezpośrednio wcześniejszych okresach,

oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania i kosztów dojazdu na rozprawę.

Uzasadniając pierwszy zarzut dotyczący nie przedstawienia przez wykonawcę ALBA dokumentów lub oświadczeń potwierdzających należyte wykonanie usług (referencji), Odwołujący ENERIS wskazał, iż Zamawiający w dniu 4 lutego 2020 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień składania ofert dowodów określających, czy usługi wymienione w załączniku nr V zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca ALBA w odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 4 lutego 2020 r. ponownie przedłożył ten sam dokument, który znajdował się już w aktach tj. pismo Spółki Ekosystem sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2019 r., bez dodatkowych oświadczeń w zakresie należytego wykonania. Dokument ten nie wniósł żadnych nowych informacji do sprawy, a co najważniejsze, nie jest dowodem na okoliczność czy usługi wymienione w załączniku nr V, zostały lub są wykonywane należycie.

Odwołujący podniósł, iż skoro Zamawiający dysponując już złożonym do oferty dokumentem z dnia 12 listopada 2019 r. stwierdził, iż Wykonawca nie dowiódł, aby należycie wykonał lub wykonywał usługi w nim wskazane i w dniu 4 lutego 2020 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dowodu na okoliczność należytego wykonania, to ponownego złożenia tego samego dokumentu przez Wykonawcę nie można uznać za prawidłowe uzupełnienie stwierdzonych przez Zamawiającego braków w tym zakresie.

W związku z tym, zdaniem Odwołującego, Wykonawca winien zostać wykluczony na tym etapie, gdyż nie wykazał się właściwym doświadczeniem w zakresie usług objętych zamówieniem, mimo wezwania Zamawiającego z dnia 4 lutego 2020 r.

Następnie, z zastrzeżeniem, iż czyni to z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący ENERIS wskazał, iż nie zgadza się również z pozostałymi czynnościami Zamawiającego, polegającymi na braku wezwania Wykonawcy na podstawie art. 90 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu we wskazanych w ustawie zakresach, a w dalszym etapie braku wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji na dokonaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego ENERIS Zamawiający w sposób nienależyty zbadał i ocenił treść przedłożonych mu dokumentów, z których jasno wynika, że Wykonawca „przerzucił” koszty pomiędzy odrębnie rozliczаныmi dla Zadania nr 2 - Śródmieście usługami: wskazanymi

pod numerami 8, 9, 10, 15, 17, 18, 20-24, 25-27, 29, 30, 32, 33, 38-40, 44, 45 w Zestawieniu kosztów zadania nr 2 (zwany dalej: Zestawieniem nr 2), będącymi częścią stałą i płatnymi ryczałtem miesięcznie a Akcjami zimowego oczyszczania będącymi pozycjami nr 2, 3, 4 w tym Zestawieniu, których ilość zleceń nie jest gwarantowana, a także Oczyszczaniem jezdni w technologii zamiennej w okresie zimowym będącymi pozycjami nr 5, 6, których ceny są rażąco niskie.

W pierwszej kolejności Odwołujący ENERIS wskazał na nierzetelny, jego zdaniem, sposób budowania przez Wykonawcę cen dla Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności dla Zadania nr 2, a następnie Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej I, II i III kolejności i Zamiataniu jezdni w sezonie letnim.

Odnosnie ceny Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności Odwołujący ENERIS podał, że Wykonawca w obu ofertach buduje wartość prac w okresie zimowym w ten sposób, że cena za część stałą np. gotowość techniczną jest wysoka, a cena za część, która może nie zostać w ogóle zlecona jest rażąco niska. Jest to, w jego ocenie, ewidentny przykład działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającego.

Odwołujący ENERIS podkreślił, że mimo, iż Zamawiający w kryterium cena, oceniał łączne wynagrodzenie za usługi utrzymania czystości i porządku, to jednak usługi te są usługami odrębnie zlecanymi i rozliczanymi w odmienny sposób. Dla przykładu, usługa gotowość techniczna płatna jest miesięcznie ryczałtem, zaś usługi Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności, zlecane są w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego i rozliczane są kosztorysowo. Mając na uwadze właśnie odrębny charakter tych usług za niezasadne należy ocenić stanowisko, że w tym zakresie Wykonawca ma pełną swobodę w kształtowaniu cen usług jednostkowych. W przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w formularzu ofertowym nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac, stanowiących jeden z niezależnych elementów przedmiotu zamówienia. Zastosowana przez Wykonawcę konstrukcja ceny ofertowej jest podyktowana chęcią uzyskania stałych miesięcznych dochodów, w wysokości znacznie przekraczającej rzeczywiste koszty tej usługi, co jest rozwiązaniem niewątpliwie korzystnym dla samego Wykonawcy, ale niekorzystnym dla Zamawiającego. Taka budowa ceny oferty może prowadzić do tego, że Zamawiający będzie płacić za usługi ryczałtowo miesięcznie wynagrodzenie, które odbiega od rzeczywistych kosztów nakładu pracy za tego typu usługi. Dodatkowo, zniżenie stawki za Akcję zimowego oczyszczania I, II i III kolejności, przy jednoczesnym zawyżeniu

wynagrodzenia za usługi wskazane na wstępie, dla każdego z Zadań oddzielnie, prowadzi do wniosku, że Wykonawca w sposób nieuprawniony dokonał „przerzucenia” części kosztów z elementu zmiennego (Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności) do kosztów związanych z elementem stałym. Oznacza to, że niedoszacowane ceny za pracę podczas Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności, będą znajdowały pokrycie w innych usługach, realizowanych również w okresie letnim, płatnych niezależnie od faktycznego zlecenia usług Akcji zimowego oczyszczania.

Odwołujący ENERIS zaznaczył, że pomimo tego, że łączna cena oferty nie odbiega znacząco od poziomu ceny drugiego wykonawcy, zastosowany przez wykonawcę ALBA sposób kalkulacji cen jednostkowych prowadzi, jego zdaniem, do wniosku, iż Wykonawca nie będzie w stanie zrealizować poszczególnych prac związanych z Akcją zimowego oczyszczania po zaoferowanych stawkach jak również Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej w okresie zimowym dla Zadania nr 2. Wykonawca nie jest w stanie zrealizować Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności związanych z płóceniem oraz płuzeniem z jednoczesnym posypywaniem jezdni środkami chemicznymi, po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie tj. 1,30 zł za 100 m². Ten sam Wykonawca od 2015 r. do tej pory wykonywał te prace, dla Zadania nr 2, za kwoty ok. 2,00 zł. W okresie bezpośrednio poprzedzającym omawiane zamówienie tj. od 2017 r. do 2020 r. ceny jednostkowe Wykonawcy wynosiły 2,00 zł dla Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności. Wykonawca nie wykazał, jak skonstruował obecną ofertę, aby zgodnie z zasadami ekonomii zagwarantować pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności zimowego oczyszczania, np.:

- wynagrodzenie kierowców, wynagrodzenie operatora ładowarki, wynagrodzenie koordynatora akcji, (koszt ten w znacznej mierze jest ujęty w pozycji Gotowość techniczna, jednak powinien zostać również uwzględniony w pozycjach Akcja zimowego oczyszczania I, II i III kolejności w wielkości zapewniającej możliwość rozliczenia się za rzeczywiście wykonane akcje zimowego oczyszczania, które są odrębną usługą prognozowaną łącznie na 120 dni roboczych w okresie 10 miesięcy),
- koszt paliwa, (uzasadnienie jak wyżej),
- koszty napraw sprzętu,
- koszty soli, solanki i chlorku sodu,
- koszty pojazdu małoogabarytowego do obsługi miejsc niedostępnych dla pojazdów ciężarowych z uwagi na wąskie przejazdy lub nośność mostów/wiaduktów,

mimo, iż od 2015 r. do 2020 r. wykonywał te same prace za blisko dwukrotnie wyższą stawkę, a wiedzą powszechną jest, iż ceny materiałów i pracy są obecnie wyższe.

Zamawiający nie rozróżnił akcji posypywania chlorkiem sodu bez płuzenia od posypywania chlorkiem sodu w trakcie płuzenia, które jest akcją droższą o ok. 80% i należałoby przyjąć te właśnie wyższe koszty do kalkulacji przy obowiązku określania przez wykonawcę rzeczywistej ceny usługi Akcja zimowego oczyszczania I, II i III kolejności.

Odwołujący stwierdził, iż na podstawie swojego doświadczenia zawodowego kwestionuje brak realności zaoferowanych cen jednostkowych przez Wykonawcę. Zaoferowana cena jednostkowo powinna pozwalać Zamawiającemu uznać, iż jest możliwe wykonanie zamówienia z należytą starannością, a w niniejszym przypadku tak nie jest. Zamawiający nie powinien zatem dopuścić do powierzenia Wykonawcy realizacji zamówienia, gdyż jego oferta nie zapewnia właściwego wykonania usług. Zamawiający miał pełną świadomość, iż przez ostatnie 5 lat Wykonawca realizował Akcję zimowego oczyszczania w kwotach blisko dwukrotnie wyższych od zaproponowanych obecnie. Jak wynika z zawnioskowanych umów i zestawień kosztów stanowiących do nich załączniki, przez cały ten okres Wykonawca za te usługi wyliczał cenę 2,00 zł, co oznacza, że obecnie zaproponował cenę o ponad 66% niższą od tych, za które realizował te same zadania dla Zamawiającego przez ostatnie 5 lat. Wykonawca zrobił to mimo, iż w tym okresie płaca minimalna wzrosła o 62,5%, cena paliwa cena soli, solanki i chlorku sodu nie zmalały a Zamawiający dla aktualnego zadania podniósł wymogi sprzętowe w związku z polityką redukcji spalin. Obecnie wszystkie pojazdy, którymi posługuje się Wykonawca muszą spełniać normę EURO 6 wg Europejskiego standard emisji spalin, co generuje dodatkowy znaczny koszt dla Wykonawcy, gdyż musiał kupić nowe pojazdy, których wcześniej nie posiadał (wymóg wskazany w rozdziale IV 1.2.3. SIWZ Warunki udziału w postępowaniu). Średni koszt takiego pojazdu to 220.000,00 zł a zamiatarki 800.000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, iż Zamawiający posiadał powyższą wiedzę z urzędu, zdaniem Odwołującego, miał on obowiązek zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za omawiane usługi, co potwierdza przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Istotne jest aby badanie cen jednostkowych, dotyczyło wartości,

które stanowią samodzielną podstawę rozliczenia wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów, składających się na zamówienie. Taki charakter mają usługi Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności. Dlatego zaproponowane ceny jednostkowe Wykonawcy (1,30 zł) za 100 m kw Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności obydwu Zadań powinny zostać zbadane przez Zamawiającego, który wówczas uznałby je za rażąco niskie, nierealistyczne i niewiarygodne w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Cena ta przy zachowaniu reguł rynkowych za wykonanie umowy przez Wykonawcę jest nieopłacalna.

Odwołujący ENERIS podniósł, iż takie zachowanie Wykonawcy stanowi dodatkowo podstawę, stwierdzenia dokonania przez niego manipulacji cenowej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawem manipulacji cenowej nie jest bowiem jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępowania od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.

W odniesieniu do ceny Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej I, II, III kolejności dla Zadania nr 2 – Śródmieście Odwołujący ENERIS uznał, iż aktualna pozostaje argumentacja prawna przedstawiona dla zaniżonej ceny i przerzuconych kosztów Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności i stwierdził, że analizując koszty Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej należy zauważyć, iż Wykonawca złożył ofertę, która nosi znamiona rażąco niskiej ceny, co potwierdza załączona symulacja dla Zadania nr 2. Potwierdza ona nierealność cen z oferty Wykonawcy, mimo że w analizie nie zostały ujęte dodatkowe koszty serwisu, wymiany elementów eksploatacyjnych, wody, która jest niezbędna do działania zamiatarek, leasingu, narzędzi, ubrań, które dodatkowo zwiększą koszty wykonania zadania. Odwołujący zaznaczył, iż koszty zostały policzone przy założeniu, iż żaden z pracowników nie będzie przebywał na urlopie lub zwolnieniu chorobowym, bez nadgodzin, bez awarii sprzętu oraz przestojów związanych z warunkami pogodowymi. Dodatkowo, w przypadku tej technologii wydajność oczyszczania jest niższa z powodu większej ilości zanieczyszczeń. Wykonawca ponosi stratę przy realizacji usług po oferowanych cenach dla Zadania nr 2 na pozycji Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I, II i III kolejności.

Odnosząc się do ceny Zamiatania jezdni w sezonie letnim dla Zadania nr 2 – Śródmieście Odwołujący zauważył, iż aktualna jest argumentacja prawna przedstawiona dla zniżonej ceny i przerzuconych kosztów Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności oraz podał, iż Wykonawca zaproponował również cenę rażąco niską za usługi Zamiatania jezdni w sezonie letnim stanowiącą pozycję nr 14 Zestawienia dla Zadania nr 2. Mimo braku

uzasadnienia tej kwoty przez Wykonawcę, należy stwierdzić, iż jest to cena rażąco niska w stosunku do realnych kosztów. Jak wynika z załączonej analizy przeprowadzonej przez Odwołującego, koszty związane z realizacją tej usługi są wyższe.

Następnie Odwołujący stwierdził, iż w wyniku zaoferowania za powyższe prace cen rażąco niskich, Wykonawca, zachowując zbliżony do drugiej oferty poziom ceny łącznej - w innych pracach jednostkowych (pozycje numer: 8, 9, 10, 15, 17, 18, 20-24, 25-27, 29, 30, 32, 33, 38-40, 44, 45 Zestawienia) zastosował ceny wysokie lub rażąco wygórowane, odbiegające swoim poziomem od analogicznych cen jednostkowych oferowanych przez innych wykonawców lub jego samego we wcześniej umowach z Zamawiającym na te same zadania. W wyniku niedozwolonej manipulacji cenami jednostkowymi Wykonawca pozornie zachował konkurencyjność złożonej oferty, a w rzeczywistości przedłożył ofertę w wymiarze ekonomicznym rażąco wysoką. Działania Wykonawcy należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, dostępu do rynku przez innych wykonawców oraz w sposób naruszający uzasadnione interesy Zamawiającego.

Odwołujący ENERIS podniósł w ślad za stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, że otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji ma na celu eliminację zachowań uczestników obrotu gospodarczego, które w obiektywnym odczuciu są nieuczciwe, niezgodne z powszechnie przyjętymi regułami postępowania, które w efekcie nieuprawnionych działań powodują naruszenie uczciwej konkurencji oraz wpływają na utrudnienie dostępu do rynku dla konkurentów.

W ocenie Odwołującego ENERIS, zaoferowanie przez Wykonawcę rażąco niskich cen do części prac umożliwiło manipulowanie cenami za prace najczęściej realizowane przy zachowaniu pozorów konkurencyjności oferty. Akceptacja takiego sposobu działania prowadziłaby do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, ponieważ Wykonawca na skutek niedozwolonego sposobu kształtowania cen uzyskuje znaczną przewagę konkurencyjną. Nawet gdyby łączna cena oferty Wykonawcy była najniższa ze wszystkich złożonych ofert, w wymiarze ekonomicznym będzie ofertą najdroższą, ponieważ najczęściej realizowane prace wskazane wyżej są rażąco drogie. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie Zamawiającemu jak najkorzystniejszej oferty, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczania ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla Zamawiającego. Zamawiający zlecając prace wskazane w Zestawieniu pod pozycjami 8, 9, 10, 15, 17, 18, 20-24, 25-27, 29, 30, 32, 33, 38-40, 44, 45 musiałby zapłacić ukrytą za te pozycje cenę za wykonanie prac z pozostałych pozycji nr 2, 3 i 4, co do których nie ma pewności czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy oraz za pace

wskazane w pozycjach 5, 6, 7, których ceny są rażąco niskie. Jednocześnie zabieg przeniesienia kosztów z tych pozycji pozwolił Wykonawcy na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług.

Opisane powyżej działania Wykonawcy wypełniają zdaniem Odwołującego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w wyniku czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, również z uwagi na fakt że Wykonawca dąży do zdobycia dominującej pozycji na rynku, a jego działanie nakierowane jest na eliminację konkurencji. Za rażąco niską cenę przyjmuje się ofertę, której cena jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów. Co za tym idzie, badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinno być zindywidualizowane, zależne od realiów danego postępowania. Podstawowymi czynnikami tworzącymi koszt dla Zadania nr 2 są koszty ludzi, sprzętu i paliwa, a mimo to Wykonawca w jednych pozycjach podniósł ceny a w innych obniżył o kilkadziesiąt procent w stosunku do poprzedniego zamówienia, co wynika z zawnioskowanych umów.

W takich okolicznościach wybór oferty Wykonawcy, jako najkorzystniejszej był nieuzasadniony. Takie działanie Zamawiającego doprowadziło także do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, przez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący ENERIS w odwołaniu przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2016 r. KIO 547/16, z dnia 24 września 2014 r. KIO 1844/14, z dnia 3 grudnia 2015 r. KIO 2553/15, z dnia 7 grudnia 2017 r. KIO 2473/17, z dnia 23 marca 2019 r. KIO 431/19, z dnia 28 marca 2017 r. KIO 473/17, z dnia 22 grudnia 2016 r. KIO 2230/16.

Wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w obu postępowaniach odwoławczych pismami: z dnia 2 marca 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO 435/20 i z dnia 3 marca 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO 433/20.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na płycie CD oraz dowody przedłożone przez:

-: Odwołującego SUEZ - w postaci pisma z dnia 12 marca 2020 r. z załącznikami, zawierającego m.in. zestawienie danych i analizę kosztów;

- Zamawiającego - w postaci tabel: dla zadania 2 i 4 tj. *Zestawienie cen jednostkowych w latach 2013, 2015, 2017, 2020 oraz Porównanie cen wskazanych w odwołaniu, jako rażąco niskie zadanie nr 1-5, 2020 r.*, tabel zawierających: *Porównanie cen jednostkowych dla najkorzystniejszych ofert, 2020 rok* oraz *Wpływ prędkości zmiatania na wydajność dla powierzchni całkowitej zgodnie z pkt. 12 załącznika nr 8 do odwołania*, a także danych katalogowych zmiatarki VIAJET 6/7 i przykładowych trasówek nr 1 – 6;

- Przystępującego - w postaci wydruku ze strony Bankier.pl zawierającego ceny oleju napędowego oraz faktury za zakup zmiatarki (stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących ich odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący SUEZ w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 433/20 wskazał, że jest dotychczasowym wykonawcą usługi utrzymania czystości na terenie Zadania 4, wyłonionym w ramach analogicznego postępowania przetargowego z roku 2016, który złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę dla tego Zadania. Oferta Odwołującego złożona dla tego zadania została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, po ofercie złożonej przez wykonawcę ALBA. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa wskazanych w niniejszym odwołaniu, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez wykonawcę ALBA zostałaby odrzucona, co skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego SUEZ jako najkorzystniejszej.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący ENERIS w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 435/20 wskazał m.in., iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia na Zadanie nr 2 - Śródmieście. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór, jako najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący SUEZ i Odwołujący ENERIS legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący są zainteresowani pozyskaniem zamówienia odpowiednio częściami 4 i 2 i w tym celu złożyli oferty. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołań, mogliby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna (dalej również: „Przystępujący”) zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 433/20 i KIO 435/20 wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się ich uczestnikiem.

Następnie Izba ustaliła:

Stosownie do rozdziału XIV *Opis sposobu obliczenia ceny* pkt 1 SIWZ wykonawca w Formularzu ofertowym winien podać ceny ofertowe brutto (oddzielnie dla każdego zadania, na które jest składana) za wykonanie wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia dla danego zadania, obliczoną na podstawie załączników nr od IIA do IIE „Zestawienie kosztów zadania”, w zależności od tego, na które zadanie składa ofertę.

W pkt 7 ww. rozdziału SIWZ Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia w ramach danego zadania, na które składana jest oferta, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia muszą uwzględniać wszystkie elementy – czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SIWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącym integralną częścią SIWZ.

W myśl pkt 9 ww. rozdziału SIWZ cena wyliczona przez wykonawcę dla danego zadania, posłuży do wyboru najkorzystniejszej oferty w danym zadaniu, natomiast do rozliczeń miesięcznych za realizację przedmiotu zamówienia stosowane będą ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w Zestawieniu kosztów zadania, zgodnie z warunkami zawartymi w projekcie umowy. Cena oferty dla danego zadania oznacza maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za cały okres obowiązywania umowy za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia w ramach danego zadania.

W załączniku nr IIB Zestawienie kosztów zadania - zadanie nr 2 przyjmując jako jednostkę 100 m² lub szt.(poz. 23-24,32-33), w pozycjach 2 – 4 Zamawiający ujął usługi: akcja zimowego oczyszczanie I, II i III kolejności, w poz. 5 – 7 ujął usługi: oczyszczanie

jezdni w technologii zamiennej I, II i III kolejności, w poz. 8 - usługę oczyszczania ręcznego jezdni w sezonie zimowym w technologii zamiennej, w poz. 9 – pozimowe oczyszczanie jezdni objętych zimowym utrzymaniem w I kolejności, w poz. 10 – pozimowe oczyszczanie jezdni pozostałych, w poz. 14- zmiatanie jezdni w sezonie letnim, w poz. 15 – oczyszczanie ręczne jezdni w sezonie letnim, w poz. 17- 18 – oczyszczanie chodników i ciągów pieszo-rowerowych w sezonie letnim, w poz. 20 - oczyszczanie chodników i ciągów pieszo-rowerowych w sezonie zimowym, w poz. 21 – oczyszczanie parkingów w sezonie letnim, w poz. 22— oczyszczanie parkingów w sezonie zimowym, w poz. 23 – oczyszczanie przystanków w sezonie letnim, w poz. 24 – oczyszczanie przystanków w sezonie zimowym, w poz. 25 - oczyszczanie tramwajowych torowisk wydzielonych i pętli w sezonie letnim i zimowym, w poz. 26 -29– oczyszczanie zieleńców w sezonie letnim i zimowym, w poz. 30 – oczyszczanie wydzielonych ścieżek rowerowych w sezonie letnim, w poz. 32- wynajem standardowego kosza na odpady, w poz. 33 - wynajem stylowego kosza na odpady, w poz. 38 - mycie nawierzchni peronów na Rondzie Reagana w sezonie letnim, w poz. 39 - oczyszczanie przejścia podziemnego Al. Ignacego Jana Paderewskiego w sezonie letnim, w poz. 40- oczyszczanie przejścia podziemnego Al. Ignacego Jana Paderewskiego w sezonie zimowym, w poz. 44 – utrzymanie czystości i porządku na terenach zewnętrznych, w poz. 45 - utrzymanie czystości i porządku na terenie Wyspy Słodowej.

W pozycjach 5 - 11 załącznika nr IID Zestawienie kosztów zadania - zadanie nr 4, przyjmując jako jednostkę 100 m², Zamawiający ujął usługi przedstawione powyżej w odwołaniu złożonym przez Odwołującego SUEZ.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 18 lutego 2020 r. dotyczącego wyniku przetargu, w zadaniu nr 2 zostały złożone 3 oferty, tj. oferta Odwołującego ENERIS, oferta Przystępującego i oferta złożona przez Konsorcjum: FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. (dalej: „FBS”). W zadaniu nr 4 zostały złożone 2 oferty, tj. oferta Odwołującego SUEZ oraz Przystępującego.

Zamawiający w zadaniach nr 2 i nr 4 nie wzywał wykonawcy ALBA do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie wspólnie dla obu odwołań wskazania wymaga, iż:

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli zaofferowana 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.*

Stosownie o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Aby powstał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, konieczne jest powzięcie przez zamawiającego podejrzeń, iż zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W sytuacji, gdy nie powstało domniemanie zaoferowania przez Wykonawcę rażąco niskich cen i nie był on wzywany przez Zamawiającego w zadaniach nr 2 i nr 4 do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie znajduje zastosowania art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania. W związku z tym ciężar dowodu, że zaoferowane ceny wzbudzają wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w myśl art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa na Odwołujących.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcia twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

Zgodnie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 7 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Sygn. akt KIO 433/20

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się zarzuty w nim przedstawione.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy ALBA do wyjaśnień ceny usług zawartych w pozycjach od 5 do 11 Załącznika IID do Formularza ofertowego (art. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp)

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że całkowita cena oferty wykonawcy ALBA nie wzbudza wątpliwości co do jej realności. Spór dotyczy usług wymienionych w 7 z 42 pozycji Załącznika nr IID *Zestawienie kosztów zadania – zadanie nr 4*. W pierwszej kolejności ustalenia zatem wymaga, czy objęte sporem usługi stanowią istotne części składowe zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący SUEZ nie wykazał, że usługi wymienione w poz. 5-11 ww. załącznika stanowią istotne części składowe zamówienia.

Odwołujący SUEZ wskazał w uzasadnieniu odwołania m.in., iż usługi mechanicznego oczyszczania stanowią rodzajowo jedno z podstawowych usług świadczonych przez wykonawcę, jednak przedstawiona w tym zakresie argumentacja nie potwierdza tej okoliczności. Jak zauważył Odwołujący SUEZ z dokumentacji postępowania wynika, że w trwającym 5 miesięcy okresie zimowym wykonawca zobowiązany jest wykonywać akcje

zimowego oczyszczania (ze śniegu lub lodu), a w sytuacjach, gdy nie występują warunki atmosferyczne uzasadniające prowadzenie takich akcji, wykonawca wykonuje tzw. oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej, tj. takie jak przez pozostałe 7 miesięcy, bowiem rodzajowo oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej oraz letnie oczyszczanie nie różnią się - są to usługi mechanicznego oczyszczania jezdni. Jak wynika z zakresu przedmiotu zamówienia, są to jedne z wielu usług oczyszczania objętych przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia, poza usługami wymienionymi w poz. w poz. 5-11 załącznika IID, obejmuje m.in. akcje zimowego oczyszczania I, II i III kolejności, zmywanie jezdni w sezonie letnim, oczyszczanie chodników i ciągów pieszo-rowerowych oraz parkingów, przystanków tramwajowych torowisk, zieleńców, wydzielonych ścieżek rowerowych, wskazanych przejść przejścia tunelowego pieszo-rowerowego i dla pieszych w sezonie letnim i zimowym, wynajem wskazanych koszy na odpady, usuwanie śniegu z pasa drogowego, utrzymanie czystości i porządku na terenach zewnętrznych. Nie zostało wykazane, dlaczego zamienne mechaniczne oczyszczanie jezdni (poz. 5-7 załącznika IID) jest istotną częścią składową. Nadto w dalszej części wyводу Odwołujący odnosi się wszystkich usług ujętych w pozycjach od 5 do 11 Załącznika IID do Formularza ofertowego, a zatem także usług pozimowego oczyszczania jezdni i zmiatania jezdni w okresie letnim, stwierdzając jedynie, że mają bardzo istotne znaczenie dla Zamawiającego i stanowią istotną część całego Zamówienia, nie wykazując, z czego to wynika, a jedynie odnosząc się do wartości tych pozycji w odniesieniu do całkowitej ceny zamówienia i stwierdzając, że gdyby przyjąć wartości rynkowe to jeszcze istotniej by ta wielkość wzrosła, bowiem im bardziej zaniżony jest koszt wykonania poszczególnych usług, tym mniejsze jest wartościowe znaczenie tych usług wobec całej ceny ofertowej. Odwołujący SUEZ jednocześnie nie wskazuje, jaka jest wartość rynkowa tych usług. Jak natomiast wynika z Zestawienia cen jednostkowych dla zadania nr 4 – lata 2013, 2015, 2017, 2020, złożonego przez Zamawiającego oraz z informacji przedstawionych na rozprawie, Odwołujący SUEZ aktualnie wykonuje te usługi w dokładnie takiej samej cenie, jaką obecnie kwestionuje, przy czym czyni to poprzez podwykonawcę, którym jest ww. Przystępujący, nie kwestionując jednocześnie należytego ich wykonania za tę cenę.

Niezależnie od powyższego, stwierdzenia wymaga, iż indywidualna kalkulacja cen poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia należy do wykonawców i to oni uwzględniając w szczególności realia rynkowe oraz realia zamówienia, jak również własne możliwości i ryzyka dokonują wyceny w sposób, który powinien pozwolić im na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia przy zagwarantowaniu dla siebie zysku.

Wykazanie braku możliwości wykonania spornych usług za cenę ofertową obciążało Odwołującego, który w ocenie Izby nie wykazał, iż nie jest możliwe ich wykonanie za ceny

podane w ofercie Przystępującego. Przedstawione przez niego wyliczenia oraz dowody nie wskazują, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do cen ww. 7 pozycji cenowych i był obowiązany wystąpić do wykonawcy ALBA o wyjaśnienia w tym zakresie.

Jak zostało przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego, czemu Odwołujący SUEZ nie zaprzeczył, zadanie nr 4 dotyczy dzielnicy Fabryczna, która charakteryzuje się tym, iż arterie ulic są szerokie i brak jest utrudnień w postaci parkujących samochodów. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że może to być jednym z czynników uzasadniających odmienną kalkulację cen w zakresie tych usług przez Przystępującego, niż w zadaniach 2 czy 5 i zaoferowanie niższych cen. Tym samym argumentację odwołania odnoszącą się do zróżnicowania cen w ofertach wykonawcy ALBA w poszczególnych zadaniach, należy uznać za nieprzekonującą. Analogicznie należy ocenić pozostałe argumenty przedstawione w odwołaniu.

Jak wynika z tabeli załączonej przez Zamawiającego na rozprawie, ceny usług w 2019 r. i w chwili obecnej były na takim samym poziomie od 2017 r., w którym to roku został wyłoniony wykonawca, który wykonuje usługi do chwili obecnej. Wykonawcą tym jest Odwołujący SUEZ, który ten zakres zamówienia powierzył podwykonawcy, którym jest wykonawca ALBA. Jak zostało wskazane na rozprawie za większość (5) z tych usług podwykonawca pobiera wynagrodzenie niższe, niż wynagrodzenie określone przez niego w ofercie złożonej w analizowanym postępowaniu. Nie zostało podniesione, a w konsekwencji wykazane, aby ten fakt negatywnie wpływał na należyte wykonywanie zamówienia przez ten podmiot. Tym samym, należy uznać, iż skoro jest możliwe należyte wykonywanie aktualnie przez ten podmiot usług w większości ze niższe stawki, to tym bardziej istnieje taka możliwość, gdy ten sam wykonawca przy takich samych stawkach dla Zamawiającego, będzie otrzymywał wyższe wynagrodzenie niż dotychczas pobierane.

Odnosząc się do zestawienia danych i kosztów przedstawionych przez Odwołującego SUEZ, należy w szczególności zauważyć, iż zasadne jest stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, iż argument Odwołującego dotyczący zakupu pojazdu w postaci zamiatarki EURO 6 i leasingu odnosi się do podmiotów, które dopiero wchodzi na rynek. Podmioty takie muszą bowiem zaopatrzyć się w niezbędny sprzęt. W sytuacji, gdy Przystępujący działa od dłuższego czasu na rynku, jest, jak stwierdził na rozprawie, największym podmiotem w zakresie tych usług na rynku wrocławskim, który jest podzielony na pięć sektorów i świadczył usługi na dwóch lub trzech z nich, podczas gdy Odwołujący SUEZ działa od 2013 r. i nie świadczył tych usług samodzielnie, nadto jest podwykonawcą Odwołującego na zadaniu nr 4 w ramach wcześniej przeprowadzonego postępowania, a zatem ma wiedzę, jak należy realizować zamówienie, nadto realizuje takie usługi także na innych obszarach Wrocławia, pozwala na przyjęcie, że może już posiadać pojazdy wymagane w tym

zamówieniu przez Zamawiającego, co potwierdził na rozprawie Przystępujący. Nie zostało wykazane, aby SIWZ wymagała zakupu zmiatarek wyłącznie na potrzeby realizacji analizowanego zamówienia. W związku z tym za niezasadne należy uznać założenie Odwołującego SUEZ przyjęte w przeprowadzonych przez niego wyliczeniach, iż koszty związane z zakupem takich pojazdów w całości miałyby być uwzględnione w kalkulacji tego zamówienia, a w konsekwencji w całości obciążać Zamawiającego. Nadto zauważenia wymaga, iż z faktury złożonej na rozprawie przez Przystępującego, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, wynika, że możliwy jest zakup zmiatarki EURO 6 za ceną niższą niż przyjęta do wyliczeń przez Odwołującego SUEZ.

Jeśli chodzi o wyliczenia dotyczące zatrudnionych pracowników, należy uznać je za niemiernodajne. Odwołujący przyjął, iż konieczne jest utrzymywanie pięciu kierowców dla trzech zmiatarek oraz dyspozytora. Natomiast, jak zostało podane na rozprawie przez Zamawiającego, istnieją zmiatarki zautomatyzowane (przednie szczotki), co umożliwia realizowanie usług także mniejszymi, trzyosobowymi brygadami, nadto, jak zauważył na rozprawie Przystępujący wyliczenia nie uwzględniają wymaganych w SIWZ zmiatarek małowabarytowych, które częściowo eliminują prace ręczne. Odwołujący SUEZ nie podważył tych twierdzeń. Nie jest sporne pomiędzy stronami, że kierowcy zmiatarek nie otrzymują wynagrodzenia minimalnego. Nie zostało natomiast wykazane czy, a jeśli tak, to w jakim stopniu wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, przekłada się na ewentualny wzrost wynagrodzenia tej grupy pracowników i ewentualnie w jakim stopniu wpływa na zwiększenie kosztów świadczenia analizowanych usług, przy uwzględnieniu, iż nie świadczą oni pracy jedynie na rzecz wykonywania usług na zadaniu nr 4.

Także wyliczenia Odwołującego SUEZ dotyczące cen paliwa przy uwzględnieniu stawek istniejących na rynku w 2019 r. z założeniem, że w kolejnych latach mogą wzrosnąć, nie są miernodajne, bowiem doświadczenie, a także złożony na rozprawie przez Przystępującego ALBA dowód w postaci wydruku ze strony internetowej obrazujący kształtowanie się cen oleju napędowego na przestrzeni ostatnich lat, wskazuje, iż ceny te ulegają zmianom i nie można wykluczyć także ich tendencji spadkowej. Nadto, jak podał na rozprawie Przystępujący cena paliwa bez rabatów jest niższa, niż przyjęta do wyliczeń przez Odwołującego SUEZ, przy czym wyliczenie nie uwzględnia, iż Przystępujący korzysta z rabatów i ma własną stację paliw w tej dzielnicy.

Jeśli chodzi o argumentację Odwołującego SUEZ dotyczącą zmiotek, to zgodzić się należy z twierdzeniem, iż zależy ona m.in. od kosztów instalacji, przy czym istotne znaczenie ma również, co podnosił na rozprawie Przystępujący, ilość przekazywanych odpadów do zagospodarowania. Działa bowiem efekt skali. Z załączonych do pisma Odwołującego SUEZ faktur wynika, że w zdecydowanej większości (12 faktur z 14) są to ceny 30 zł za tonę.

Zostały załączone tylko dwie faktury wskazujące na cenę 150 zł za tonę. Odwołujący SUEZ do kalkulacji przyjął natomiast kwotę 110 zł. Powyższe wskazuje, że ceny w tym zakresie mogą być różne, w tym mogą kształtować się na poziomie zdecydowanie niższym, niż wielkość przyjęta w kalkulacji Odwołującego.

Również argument przywołany w odwołaniu, odnośnie zwiększenia ilości ulic w dzielnicy Fabryczna nie jest trafiony. W sytuacji, takiej jaka występuje w analizowanym przypadku, gdy jednostką jest powierzchnia oczyszczania czy zmiatania jezdni (100 m²), to wbrew stanowisku Odwołującego, zwiększenie powierzchni objętej zakresem usług, wpływa na obniżenie jednostkowej stawki ceny, a nie jej zwiększenie, bowiem przy takich samych kosztach stałych wykonawca otrzymuje większe wynagrodzenie, które jest liczone z uwzględnieniem większego obszaru sprzątania.

Nadto, jak słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący, przedstawione przez Odwołującego SUEZ wyliczenia nie uwzględniają skali jego działalności. Zestawienie danych i kosztów nie uwzględnia obszaru, na jakim świadczy usługi Przystępujący oraz tego, iż korzysta on z tego samego potencjału przy wykonywaniu innych usług. Jak wyżej zaznaczono, ze stanowisk Zamawiającego i Przystępującego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, wynika, iż SIWZ nie wymagała wyłączności zatrudnienia personelu jedynie na potrzeby realizacji analizowanego zamówienia. Nadto zostało stwierdzone, iż wykonawca ALBA ma swoją bazę logistyczną na tym terenie. Oznacza to, że Zamawiający mając wiedzę, iż Przystępujący, który, jak zostało przedstawione na rozprawie, od lat świadczy usługi sprzątania we Wrocławiu, obejmując swoim zakresem działania różne rejony, ma możliwość jedynie w części przypisania stałych kosztów np. utrzymania personelu do realizacji analizowanego zadania, mógł nie mieć wątpliwości, co do realności zaoferowanych cen. Tym samym Zamawiający mógł uznać, iż jest możliwe utrzymanie wysokości dotychczasowych stawek, bez negatywnego wpływu na jakość wykonania tego zakresu zamówienia.

W swoich wyliczeniach Odwołujący stwierdza, że opiera się m.in. na treści SIWZ oraz SOPZ np. co do długości ulic, jak również na przyjętych przez siebie założeniach i swoim doświadczeniu. Jednak założenia te jak wyżej wskazano, obarczone są błędem, a w konsekwencji wyliczenia nie są miarodajne dla przyjęcia twierdzenia Odwołującego SUEZ, że kwestionowane przez niego ceny są nierealistyczne. Nadto jak zauważył na rozprawie Przystępujący, ceny ofert spadły, ponieważ jest to usługa wysokomarżowa, i możliwe było zejście z marży, natomiast Odwołujący, co potwierdza ww. Zestawienie złożone przez Zamawiającego, zdecydowanie podniósł ceny w spornych pozycjach cenowych.

W związku z powyższym należy uznać, iż w okolicznościach analizowanego postępowania nie zaistniały okoliczności powodujące, że cena usług ww. siedmiu pozycji oferty Przystępującego musiała wydawać się rażąco niska i wzbudzać wątpliwości Zamawiającego, co do tego czy będzie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i obowiązującymi przepisami prawa. Tym samym możliwość wystąpienia o wyjaśnienia, o jakiej mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie przerodziła się w obowiązek Zamawiającego wystąpienia do Przystępującego o wyjaśnienia cen tych usług. W konsekwencji, wobec braku istnienia obowiązku, nie potwierdził się zarzut zaniechania wystąpienia o wyjaśnienia.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ALBA z uwagi na rażąco niska cenę

Każda z ww. podstaw odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wymaga poprzedzenia tej czynności wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień. Zauważenia wymaga, iż ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji rażąco niskiej ceny. W ślad za ukształtowanym orzecznictwem i doktryną przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, której zastosowanie przy uwzględnieniu zachowania reguł rynkowych skutkuje brakiem opłacalności wykonania zamówienia. W każdym przypadku ewentualne wystąpienie rażąco niskiej ceny jest oceniane z odniesieniem do konkretnego przedmiotu zamówienia i z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności danego zamówienia, w tym sposobu jego realizacji, wartości, uwarunkowań danego rynku.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „*Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.* (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („*Impresa Dona Alfonso*”). Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust.

1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 czy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należało ocenić jako bezzasadne.

Skoro Zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia do Przystępującego, i jak wyżej wskazano, nie był do tego obowiązany, to zastosowanie tych przepisów nie mogło mieć miejsca. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia ww. przepisów.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ALBA z uwagi na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 2019 r. poz. 1010 – dalej „uznk”) *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Jak wyżej zostało ustalone, nie zostało wykazane przez Odwołującego SUEZ, iż ceny zaoferowane przez Przystępującego w pozycjach 5-11 załącznika IID są cenami poniżej kosztów własnych wykonawcy, jak również, że złożenie oferty z takimi cenami miało na celu eliminację przedsiębiorcy z rynku. Nie zostało wykazane, aby wykonawca ALBA poprzez zastosowanie kwestionowanych cen działał w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Tym samym również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z ww. przepisami uznk nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp został postawiony w związku z innymi zarzutami, które nie potwierdziły się. W związku z tym również ten zarzut się nie potwierdził.

Sygn. akt KIO 435/20

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się zarzuty w nim przedstawione.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu*

(...). Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jak wynika z treści odwołania zarzut naruszenia ww. przepisu polega według Odwołującego ENERIS na tym, że wykonawca ALBA nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu pomimo wezwania przez Zamawiającego do złożenia dowodu na okoliczność czy usługi wymienione w załączniku nr V zostały wykonane należycie.

Z treści zarzutu oraz argumentacji Odwołującego wynika, że Odwołujący ENERIS uznaje, że Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentu w postaci referencji za pismem z dnia 4 lutego 2020 r. Tymczasem, wbrew stanowisku Odwołującego ENERIS, z treści tego pisma wynika, że Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług, lecz to, że Przystępujący na potwierdzenie należytego wykonania usług wymienionych w wykazie usług złożył w dniu 2 lutego 2020 r. pismo Ekosystem Sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2019 r., które nie zostało podpisane przez Wykonawcę i w związku z tym Zamawiający wzywa do złożenia podpisanego dokumentu. Z pisma Zamawiającego nie wynika, aby kwestionował wykazanie się należytych wykonaniem usług, a jedynie, że oczekuje złożenia podpisanych przez Wykonawcę dokumentów. Na rozprawie Zamawiający potwierdził to i podał, iż wymagane przez niego dokumenty zostały złożone, ich treść nie budziła jego wątpliwości, ponadto to Zamawiający był wystawcą ww. pisma z dnia 12 listopada 2019 r., złożonego na potwierdzenie należytego wykonania usług. Zamawiający wyjaśnił, iż złożone dokumenty zostały podpisane podpisem elektronicznym, jego zastrzeżenia dotyczyły jedynie braku podpisu elektronicznego Wykonawcy.

Podnoszona w odwołaniu okoliczność, iż wykonawca ALBA na wezwanie złożył ten sam dokument, przy braku stwierdzenia, że nie został on opatrzony podpisem Wykonawcy, wymaganym w wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniu, oznacza, że Przystępujący zastosował się do żądania Zamawiającego w przedmiocie złożenia swojego podpisu. Tym samym, należy uznać, iż wbrew stanowisku Odwołującego ENERIS, ponowne złożenie tego samego dokumentu, uzupełnionego o żądany przez Zamawiającego podpis Wykonawcy, należy uznać za prawidłowe uzupełnienie stwierdzonych przez Zamawiającego braków w tym zakresie.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *odwołanie powinno wskazywać czynności lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania*, zarzut musi być postawiony wyraźnie. Zauważenia w tym zakresie wymaga, iż o prawidłowości sformułowania zarzutu odwołania nie przesądza sama kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności. Kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, które winno być wyczerpujące i zawierać argumentację pozwalającą na ocenę poprawności czynności bądź zaniechań zamawiającego, które są kwestionowane w odwołaniu. Po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest bowiem dopuszczalne zarówno formułowanie jak i rozszerzanie treści zarzutów odwołania, ponieważ określają one ramy postępowania odwoławczego oraz umożliwiają uczestnikom postępowania odwoławczego odniesienie się do nich.

Odwołujący ENERIS w odwołaniu nie kwestionował należytego wykonania usług przez Przystępującego, jak również nie stawiał zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług. W związku z tym nowe okoliczności faktyczne podnoszone na rozprawie, w tym m.in., że pismo z dnia 12 listopada 2019 r. nie zawiera informacji dotyczących należytego wykonania usług oraz, że według jego wiedzy Zamawiający obciążał karami Przystępującego, nie mogły być rozpoznane przez Izbę, jako wykraczające poza podstawy faktyczne zarzutu sformułowanego w odwołaniu.

Tym samym nie potwierdził się główny zarzut odwołania.

Nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty odwołania postawione – jak zaznaczono w odwołaniu - z ostrożności procesowej, jako ewentualne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Zważywszy na treść odwołania, w szczególności sposób uzasadnienia zarzutów, w tym podnoszone zaniechanie wezwania wykonawcy ALBA do wyjaśnień ceny usług i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, na wstępie analizy wymaga argumentacja w tym zakresie.

Jak wynika z przytoczonego powyżej przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dla skutecznego postawienia zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień, wymagane jest wykazanie, iż w okolicznościach danego postępowania, zamawiający powinien powziąć podejrzenia, iż zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco

niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym budzą jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W sprawie nie jest kwestionowana całkowita cena oferty wykonawcy ALBA, a zatem nie wzbudza ona wątpliwości co do jej realności. Zarzuty odwołania odnoszą się natomiast do niektórych z 45 pozycji Załącznika nr IIB *Zestawienie kosztów zadania – zadanie nr 2*, przy czym ceny rażąco niskie, zdaniem Odwołującego ENERS odnoszą się do usług wymienionych w poz.5, 6 (jak wynika z petitum) oraz 7 (jak wynika z uzasadnienia), tj. usług oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej odpowiednio I, II i III kolejności oraz poz. 14 tj. zmiatanie jezdni w sezonie letnim. Na marginesie zauważenia wymaga, iż Odwołujący nie kwestionuje w tym zakresie innych pozycji (nr 11-13) również dotyczących zmiatania jezdni w sezonie letnim, gdzie cena w ofercie Przystępującego jest niższa niż w poz. 14.

Odwołujący ENERIS nie podniósł i nie wykazał, aby usługi wymienione w ww. poz. 5, 6, 7 i 14 stanowiły istotne części składowe zamówienia, pomimo, iż to na nim spoczywał ciężar dowodu. Zauważenia wymaga, iż przedmiot zamówienia, poza usługami wymienionymi w ww. trzech pozycjach, obejmuje m.in. akcje zimowego oczyszczania I, II i III kolejności, oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I,II i III kolejności, oczyszczanie ręczne jezdni w sezonie zimowym w technologii zamiennej, pozimowe oczyszczanie jezdni objętych zimowym utrzymaniem, zmiatanie jezdni w sezonie letnim (czego dotyczą pozycje 11-13 oraz ww. 14), oczyszczanie ręczne jezdni w sezonie letnim, zmywanie jezdni w sezonie letnim, oczyszczanie w sezonie letnim i zimowym chodników i ciągów pieszo-rowerowych oraz parkingów, przystanków, tramwajowych torowisk, zieleńców, wydzielonych ścieżek rowerowych, wskazanych przejść przejścia tunelowego pieszo-rowerowego i dla pieszych w sezonie letnim i zimowym, wynajem wskazanych koszy na odpady, usuwanie śniegu z pasa drogowego, prace interwencyjne, utrzymanie czystości i porządku na m.in. terenach zewnętrznych. W Zestawieniu kosztów zadania, podlegająca również wycenie, jako poz. nr 1 widnieje: Gotowość techniczna. Zatem trudno uznać za oczywiste, niewymagające szczegółowego wykazania, iż usługi wymienione w poz. 5, 6,7 i 14 stanowią istotne części składowe.

Niezależnie od powyższego, mając na uwadze treść odwołania, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż charakter usług wymienionych w kwestionowanych przez niego pozycjach załącznika IIB, nie pozbawia wykonawców uprawnienia do swobodnej kalkulacji ich cen jednostkowych, rozumianej jako indywidualna kalkulacja, uwzględniająca realia rynkowe oraz okoliczności danego zamówienia, a także pozwalająca na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia przy zagwarantowaniu zysku, której nie można utożsamiać z dowolną kalkulacją, która nie uwzględniałaby ww. elementów.

W ocenie Izby Odwołujący ENERIS, nie wykazał, że nie jest możliwe wykonanie tych usług za ceny podane w ofercie Przystępującego. Przedstawione przez niego wyliczenia zawarte w załączniku nr 8 do odwołania – „Zestawienie i analiza kosztów Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej i w sezonie letnim dla Zadania nr 2- Śródmieście” (dalej: „Zestawienie”) nie dowodzą, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do cen ww. usług, a w konsekwencji nie potwierdzają, że Zamawiający był obowiązany wystąpić do wykonawcy ALBA o wyjaśnienia w tym zakresie.

Zestawienie, jak wynika z jego treści, oparte jest na doświadczeniu oraz przyjętych założeniach przez Odwołującego ENERIS, który nie wykazał, aby dysponował większym i bardziej adekwatnym do przedmiotu zamówienia doświadczeniem, niż doświadczenie w wykonywaniu podobnych usług Przystępującego. Nadto nie wykazał, aby Zamawiający narzucił wykonawcom określone wymogi, jakie zostały przez niego przyjęte, jako założenia do wyliczenia pozycji cenowych, np. co do liczebności brygady ręcznej. Są to jego własne założenia, nieuwzględniające innej organizacji pracy, czy np. prędkości zamiatania, przekładającej się na wydajność brygady, na co na rozprawie zwrócił uwagę Zamawiający, wykazując swymi kalkulacjami wpływ prędkości zamiatania na wydajność dla powierzchni. Nadto nie zostały załączone dowody na potwierdzenie prawidłowości zastosowanych w Zestawieniu cen np. za zagospodarowanie odpadów, czy cen paliwa. Wyliczenia nie uwzględniają również okoliczności, iż Zamawiający nie wymagał wyłączności świadczenia usług.

W związku z tym Zestawienie przedłożone przez Odwołującego ENERIS, oparte na jego własnych, niekompletnych założeniach, nie może być uznane za przesądzące, że kalkulacja zastosowana przez Przystępującego prowadzi do zaferowania przez tego wykonawcę wykonania ww. usług za ceny rażąco niskie. Podobnie jak takiego dowodu nie stanowią opisane powyżej wyliczenia i stanowisko prezentowane przez Odwołującego SUEZ, które Odwołujący ENERIS na rozprawie poparł i uznał za własne. W związku z tym w analizowanej sprawie w odniesieniu do zadania nr 2 zachowuje aktualność powyżej przedstawione w tym zakresie stanowisko Izby.

Nadto zauważenia wymaga, iż jak wynika z Zestawienia cen jednostkowych dla zadania nr 2 – lata 2013, 2015, 2017, 2020, złożonego przez Zamawiającego, ceny jednostkowe usług wymienionych w poz. 5, 6,7 oraz 14 w ofercie Przystępującego są zbliżone do cen tych usług w trzeciej z ofert złożonych na zadanie nr 2 tj. w ofercie wykonawcy FBS, przy czym w poz. 14 są wyższe niż w ofercie FBS. Okoliczność zatem, iż ceny jednostkowe w ofercie Odwołującego ENERIS w tych pozycjach są zdecydowanie wyższe niż w obu pozostałych ofertach (przy jednoczesnym zastosowaniu zdecydowanie niższych cen, niż ceny obu

pozostałych ofert w innych pozycjach), sama w sobie nie przesądza o rażąco niskim charakterze cen w ofercie Przystępującego.

W związku z tym, należy uznać, iż w okolicznościach analizowanego postępowania nie zaistniały okoliczności powodujące, że cena usług ww. pozycji oferty Przystępującego jest rażąco niska i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do tego czy będzie możliwe wykonanie za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z postawionymi wymogami. Tym samym Zamawiający nie miał obowiązku wystąpienia do wykonawcy ALBA o wyjaśnienia cen tych usług, a w związku z tym nie jest uzasadnione stawianie zarzutu zaniechania w tym zakresie.

Jak zostało przedstawione powyżej w odniesieniu do odwołania w sprawie KIO 433/20, dla wypełnienia się przesłanek, o których mowa w 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp konieczne jest uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, bowiem w każdym przypadku badanie w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny następuje z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności danego zamówienia, w tym sposobu jego realizacji, jego wartości, uwarunkowań danego rynku.

W sytuacji, gdy Zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia do wykonawcy ALBA o wyjaśnienia w tym zakresie i nie zostało wykazane, aby miał taki obowiązek, to nie mogło nastąpić zastosowanie tych przepisów. Oznacza to, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia ww. przepisów.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej złożenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Jak wynika z treści przywołanego powyżej odwołania, argumentacja dotycząca tego zarzutu została przedstawiona w odwołaniu w sposób wskazujący na jej ścisły związek z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a więc zarzutem zaniechania zastosowania odrębnej przesłanki odrzucenia oferty tj. zastosowania rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Odwołujący ENERIS twierdzi, iż Przystępujący manipuluje ceną w ramach postępowania, z uwagi na to, iż „przerzucił” koszty pomiędzy odrębnie rozliczаныmi usługami, tj. koszty z pozycji cenowych, które są rażąco niskie, rozliczanych odpowiednio do ilości zleczanych przez zamawiającego - do innych pozycji cenowych, które są pozycjami stałymi, rozliczаныmi ryczałtem.

Jak wynika z Zestawienia cen jednostkowych dla zadania nr 2 - lata 2013, 2015, 2017, 2020 cena za gotowość techniczną w ofercie Przystępującego jest najniższa spośród cen zawartych w pozostałych ofertach, złożonych w zadaniu nr 2, natomiast ceny Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności (poz. 2-4) wbrew stanowisku Odwołującego ENERIS, nie

wynosiły we wcześniejszym postępowaniu 2,00 zł, lecz 1,30 zł, a zatem w ofercie Przystępującego są utrzymane na tym samym poziomie, co w postępowaniu z 2017 r., a nie jak twierdzi prawie dwukrotnie zmniejszone. Z zestawienia tego wynika również, iż ceny te, podobnie jak ceny usług wymienionych w poz. 5, 6 i 7 są bardzo zbliżone do cen podanych w ofercie wykonawcy FBS, wynoszących 1,40 zł w poz. 2-4, zaś w poz. 5, 6 i 7 - 2,90 zł, podczas gdy cena w ofercie Przystępującego wynosi 2,75 zł. Odnośne pozycje cenowe Odwołującego ENERIS są zdecydowanie wyższe (odpowiednio 2,43 zł i 4,50), co jednak nie przesądza, że to ceny w ofercie Odwołującego ENERIS są miarodajne i są zaproponowane na poziomie rynkowym tych usług.

Podobnie jeśli chodzi o pozostałe usługi ceny w ofercie Odwołującego ENERIS nie potwierdzają jego argumentacji. Ceny usług wymienionych pozycjach: 8, 9, 10 w ofertach Przystępującego i ofercie wykonawcy FBS są takie same, przy czym są nieznacznie wyższe od cen w ofercie Odwołującego ENERIS (w poz. 9 różnica wynosi 50 gr), w poz. 15 oraz 21-24, 39-40, 45 cena w ofercie wykonawcy FBS jest wyższa, niż w ofercie Przystępującego, w poz. 17 i 18 różnice cen w poszczególnych ofertach są nieznaczne, przy czym ceny Przystępującego są jedynie odpowiednio o 5 gr i 20 gr wyższe niż w ofercie Odwołującego ENERIS oraz odpowiednio o 30 gr i 15 gr niższe niż w ofercie FBS, w poz. 20, 27, 29, 30, 32 ceny w ofertach Przystępującego i ofercie wykonawcy FBS są takie same, natomiast w poz. 38 cena w ofercie Przystępującego jest niższa niż w ofercie Odwołującego ENERIS. Natomiast w poz. 25-26, 33 i 44 ceny w ofercie Przystępującego są najwyższe spośród złożonych ofert, z tym, że w poz. 25 różnica pomiędzy drugą w kolejności ceną wynosi 16 zł, w poz. 26 - 18 gr, w poz. 33 - 10 zł, a w poz. 44 - 4,50 zł. Trudno zatem uznać, iż ceny ww. usług w ofercie Przystępującego są zawyżone.

Tym samym za nieuzasadnione należy uznać stanowisko Odwołującego ENERIS jakoby Przystępujący dokonał manipulacji cenami Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności (poz. 2-4) która może nie zostać w ogóle zlecona, oraz oczyszczania jezdni w technologii zamiennej w okresie zimowym (poz. 5, 6, 7) w ten sposób, iż wartość ww. prac zaniżył, a zawyżył wartość za część stałą, jaką jest gotowość techniczna (poz. 1) oraz usługi wymienione w ww. poz. 8, 9, 10, 15, 17, 18, 20-24, 25-27, 29, 30, 32, 33, 38-40, 44, 45.

Skoro nie potwierdził się zarzut dotyczący zastosowania przez Przystępującego rażąco niskich cen, jak również nie zostało potwierdzone, iż Wykonawca ten zaniżył celowo jedne wskazane przez Odwołującego ENERIS ceny i instrumentalnie, w sposób wypełniający znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, zawyżył inne ww. pozycje cenowe, to nie można uznać argumentacji dotyczącej manipulacji cenowej za potwierdzoną.

W konsekwencji za pozbawione uzasadnienia należy uznać stanowisko Odwołującego ENERIS, iż jest to przykład działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej, zagrażające interesowi innych przedsiębiorców i Zamawiającego.

Nie zostało wykazane, aby Przystępujący wypełnił znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zauważenia przy tym wymaga, iż Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, który z czynów nieuczciwej konkurencji ma na myśli, jak również nie wykazał wypełnienia przesłanek wskazujących na jego popełnienie.

Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego ENERIS naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nastąpiło poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na to, iż nastąpiło nieuprawnione udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. W tym zakresie, w podsumowaniu uzasadnienia odwołania zawierającego argumentację dla pozostałych ww. zarzutów, Odwołujący ENERIS podał jedynie: *„W takich okolicznościach wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej był nieuzasadniony. Takie działanie Zamawiającego doprowadziło także do naruszenia art. 7 Pzp, przez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.”* Wskazuje to, iż zarzut ten został postawiony w konsekwencji pozostałych zarzutów.

Skoro nie potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy ALBA oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, a nie jest sporne, iż oferta ta znajduje się na pierwszej pozycji w rankingu ofert, to również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia. Wybór oferty złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania, która nie podlega odrzuceniu oraz uzyskała najwyższą ilość punktów, jest konsekwencją przeprowadzonego postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 433/20 i KIO 435/20 orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądając od

Odwołujących na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocników stron na podstawie faktur złożonych przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....