

Sygn. akt: KIO 1586/21
KIO 1587/21

WYROK
z 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 24 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 maja 2021 r. przez:

1. T. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-III T. O. z siedzibą w Aleksandrii Drugiej (KIO 1586/21),
2. B. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-II B. O. z siedzibą w Częstochowie (KIO 1587/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne JES M. S. z siedzibą w Częstochowie, J. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne JES J. S. z siedzibą w Częstochowie oraz Zakład Urządzania, Utrzymania Zieleni Sp. z o.o. z siedzibą w Dzięgielowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1586/21 i KIO 1587/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 1586/21 w zakresie zarzutów o numerach: 2, 3, 4,

6 lit. b oraz 8 oraz uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1587/21 w zakresie zarzutów o numerach 3 i 4 i nakazuje Zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach części I, II, V, VI i VII postępowania,

1.2 dokonanie ponownej czynności oceny ofert w ramach części I, II, V, VI i VII postępowania

1.3 odtajnienie złożonych w części VII postępowania wyjaśnień dotyczących ceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne JES M. S. z siedzibą w Częstochowie, J. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne JES J. S. z siedzibą w Częstochowie oraz Zakład Urządzania, Utrzymania Zieleni Sp. z o.o. z siedzibą w Dzięgielowie,

1.4 wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence i Zielone Miasto Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp oraz do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania warunku kwalifikacji zawodowych badanych doświadczeniem wykonawcy,

1.5 wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne JES M. S. z siedzibą w Częstochowie, J. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne JES J. S. z siedzibą w Częstochowie oraz Zakład Urządzania, Utrzymania Zieleni Sp. z o.o. z siedzibą w Dzięgielowie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp

1.6 odrzucenie na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp w ramach części VII postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne JES M. S. z siedzibą w Częstochowie, J. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne JES J. S. z siedzibą w Częstochowie oraz Zakład Urządzania, Utrzymania Zieleni Sp. z o.o. z siedzibą w Dzięgielowie.

2. W pozostałym zakresie oddala oba odwołania.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1586/21 obciąża w 3/8 odwołującego: T. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy

Fleur-III T. O. z siedzibą w Aleksandrii Drugiej i w 5/8 zamawiającego Gminę Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego – T. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-III T. O. z siedzibą w Aleksandrii Drugiej tytułem wpisu od odwołania,
- B. kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą poniesione przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika,
- C. kwotę 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt opłaty skarbowej uiszczonej przez odwołującego z tytułu udzielonego pełnomocnictwa,
- D. kwotę 546 zł 00 gr (pięćset czterdzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszt dojazdu i noclegu pełnomocnika odwołującego.

3.2 zasądza od zamawiającego: Gminy Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie na rzecz odwołującego – T. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-III T. O. z siedzibą w Aleksandrii Drugiej kwotę 11 977 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt siedem złotych zero groszy).

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1587/21 obciąża w 3/4 odwołującego: B. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-II B. O. z siedzibą w Częstochowie i w 1/4 zamawiającego Gminę Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego – B. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-II B. O. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,
- B. kwotę 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt opłaty skarbowej uiszczonej przez odwołującego z tytułu udzielonego pełnomocnictwa.

4.2 zasądza od zamawiającego: Gminy Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie na rzecz odwołującego – B. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-II B. O. z

siedzibą w Częstochowie kwotę 3 754 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt cztery złote zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1586/21
KIO 1587/21

Uzasadnienie

Gmina Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 2019 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Utrzymanie porządku i czystości, utrzymanie zimowe oraz pielęgnacja zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie”, numer: CUK.N.260.4.2, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 041-102607.

26 maja 2021 r. T. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-III T. O. z siedzibą w Aleksandrii Drugiej (Dalej: Odwołujący 1), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 1586/21 wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań zamawiającego w części II i VII postępowania, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz działanie niezapewniające prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, skutkujące zaniechaniem wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence i Zielone Miasto Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej: konsorcjum Drog-Bud) do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty (w odniesieniu do części II przedmiotu zamówienia) oraz wobec mimo istnienia w ofercie pozycji kosztorysowych nie pozwalających na wykonanie istotnych części zamówienia powyżej kosztów minimalnych,
2. art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) przez nieuzasadnione utajnienie wyjaśnień dotyczących ceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne JES M. S. z siedzibą w Częstochowie, J. S. prowadzącej

działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne JES J. S. z siedzibą w Częstochowie oraz Zakład Urządzania, Utrzymania Zieleni Sp. z o.o. z siedzibą w Dzięgielowie (dalej: Przystępujący), wobec nieudowodnienia, że informacje zawierały tajemnicę przedsiębiorstwa,

3. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp w zw. art. 117 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty Konsorcjum Drog-Bud wobec złożenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy oraz w związku z niezłożeniem innych dokumentów lub oświadczeń, jako że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązani są do dołączenia do oferty oświadczenia z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy (a to w związku z wymogiem dot. posiadania przez wykonawców określonego doświadczenia ustalonym przez zamawiającego w SWZ), a dokumentów tych nie złożono,
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Drog-Bud, mimo, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia w świadczeniu usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych o wartości tych usług co najmniej 250 000 zł brutto; wykonawca złożył referencje z których wynikało, że czynności pielęgnacyjne wykonywał wyłącznie w zakresie 30 sztuk drzew, a podana wartość realizowanej umowy nie odnosiła się do usług pielęgnacyjnych,
5. art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Drog-Bud do złożenia wyjaśnień dotyczących cen istotnych elementów składowych oferty, mimo że ceny oferowane przez tego wykonawcę w części II przedmiotu zamówienia spełniały przesłanki uznania za rażąco niskie,
6. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert:
 - a. Konsorcjum Drog-Bud (w odniesieniu do części II przedmiotu zamówienia)
 - b. Przystępującego (w odniesieniu do części VII przedmiotu zamówienia)mimo istnienia rażąco niskich cen w zakresie istotnych części zamówienia w ww. ofertach,
7. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk przez zaniechanie odrzucenia ofert:
 - a. Konsorcjum Drog-Bud (w odniesieniu do części II przedmiotu zamówienia)
 - b. Przystępującego (w odniesieniu do części VII przedmiotu zamówienia)mimo złożenia ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na celowej manipulacji cenami jednostkowymi danych pozycji kosztorysowych, w tym celowym zaniżeniu niektórych pozycji kosztorysowych poniżej kosztów wykonania

usługi, wyłącznie w celu osiągnięcia wysokiej punktacji w kryterium ceny oferty, a przez to eliminacji konkurencji w postępowaniu,

8. art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego (w odniesieniu do części VII przedmiotu zamówienia), mimo złożenia wyjaśnień nie uzasadniających podanej w ofercie ceny.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. ujawnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty Przystępującego nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
4. wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty Konsorcjum Drog-Bud, dotyczącej części nr II przedmiotu zamówienia;
5. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Drog-Bud dotyczącej części nr II przedmiotu zamówienia;
6. odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego dotyczącej części nr VII.

26 maja 2021 r. B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-II B. O. z siedzibą w Częstochowie (Dalej: Odwołujący 2), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 1587/21 wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań zamawiającego w części I, V i VI postępowania, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz działanie niezapewniające prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, skutkujące zaniechaniem wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty Konsorcjum Drog-Bud (w odniesieniu do części I i VI przedmiotu zamówienia) oraz wobec mimo istnienia w ofercie pozycji kosztorysowych nie pozwalających na wykonanie istotnych części zamówienia powyżej kosztów minimalnych,
2. art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 Uznk przez nieuzasadnione utajnienie wyjaśnień dotyczących ceny oferty Przystępującego, podczas gdy wykonawca nie udowodnił by utajnione informacje zawierały tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp w zw. art. 117 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego oraz Konsorcjum Drog-Bud

mimo złożenia ofert niezgodnych z przepisami ustawy oraz w związku z niezłożeniem innych dokumentów lub oświadczeń, jako że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązani są do dołączenia do oferty oświadczenia z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy (a to w związku z wymogiem dot. posiadania przez wykonawców określonego doświadczenia ustalonym przez zamawiającego w SWZ), a dokumentu tego nie złożono,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Drog-Bud, mimo że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania doświadczenia w świadczeniu usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a wartość tych usług powinna odpowiadać co najmniej wartości 250 000 zł brutto; wykonawca złożył referencje z których wynikało, że czynności pielęgnacyjne wykonywał wyłącznie w zakresie 30 sztuk drzew, a podana wartość realizowanej umowy nie odnosiła się do usług pielęgnacyjnych,
5. art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców: P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ready P. M. z siedzibą w Częstochowie (dalej: Ready) oraz Konsorcjum Drog-Bud do złożenia wyjaśnień cen istotnych elementów składowych ofert, mimo że ceny oferowane przez wykonawców w części V postępowania spełniały przesłanki uznania za rażąco niskie,
6. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert:
 - a. Konsorcjum Drog-Bud (w odniesieniu do części I i VI przedmiotu zamówienia)
 - b. Przystępującego (w odniesieniu do części V),
 - c. Ready (w odniesieniu do części V)

mimo zawierania rażąco niskich cen w istotnych częściach zamówienia,

7. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk przez zaniechanie odrzucenia ofert:
 - a. Konsorcjum Drog-Bud (w odniesieniu do części I i VI)
 - b. Przystępującego (w odniesieniu do części V),
 - c. Ready (w odniesieniu do części V)

mimo złożenia ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na celowej manipulacji cenami jednostkowymi danych pozycji kosztorysowych, w tym celowym zaniżeniu niektórych pozycji kosztorysowych poniżej kosztów wykonania usługi, wyłącznie w celu osiągnięcia wysokiej punktacji w kryterium ceny oferty, a przez to eliminacji konkurencji w postępowaniu,

8. art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego (w odniesieniu do części V przedmiotu zamówienia), mimo złożenia wyjaśnień nie uzasadniających podanej w ofercie ceny.

Odwołujący 2 wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty,
4. wezwania Konsorcjum Drog-Bud oraz Ready do złożenia wyjaśnień cen ofert w zakresie ich istotnych części składowych,
5. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Drog-Bud dotyczącej części zamówienia nr I i VI przedmiotu zamówienia,
6. odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w części zamówienia nr V postępowania;
7. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ready w części zamówienia nr V.

Odwołujący wnieśli ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na ich rzecz kosztów postępowań odwoławczych oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. ofert Konsorcjum Drog-Bud, Przystępującego oraz Ready na okoliczność złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę w odniesieniu do istotnych części zamówienia, oraz w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
2. oferty Konsorcjum Drog-Bud na okoliczność braku spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. porównania ofert ww. wykonawców oraz Odwołującego wraz z zestawieniem cen jednostkowych oraz cen zawyżonych i rażąco niskich, na okoliczność wykazania, że poszczególne elementy zamówienia stanowiły jego istotną część, a to z uwagi na wartość prac w ogólnej cenie zamówienia, zawieranie cen rażąco niskich w ofertach konkurencji oraz złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji przez celową manipulację oferowanymi cenami (przerzucanie kosztów między poszczególnymi pozycjami),
4. sprawozdań z realizacji zamówień Zamawiającego w latach ubiegłych - na okoliczność wykazania braku realizacji usług wycenianych poniżej granicy kosztów wykonania przez wykonawców świadczących usługi na rzecz Zamawiającego

w przeszłości, kalkulowania cen na etapie przetargu wyłącznie w celu wykluczenia konkurencji,

5. ofert cenowych zakupu nawozu Azofoska wymaganego przez Zamawiającego do wykorzystania w realizacji zamówienia istotnej części składowej zamówienia - na okoliczność wykazania oferowania przez konkurentów cen w poszczególnych pozycjach kosztorysowych poniżej granicy wytworzenia usługi.

W uzasadnieniu odwołań Odwołujący 1 i Odwołujący 2 przedstawili taką samą argumentację na poparcie zarzutów dotyczących Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego. Dodatkowo Odwołujący 2 w uzasadnieniu odwołania KIO 1587/21 przedstawił swoje stanowisko dotyczące oferty wykonawcy Ready.

1. Brak spełniania warunków udziału w postępowaniu - zarzuty w odniesieniu do oferty Konsorcjum Drog-Bud.

W ocenie Odwołujących ww. oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem od wykonawców udowodnienia legitymowania się odpowiednim doświadczeniem w wykonywaniu podobnych zobowiązań w przeszłości. Zgodnie z pkt 5 str. 8 SWZ wykonawca spełni warunek, jeżeli: „udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urządcom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne). Powyższy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250 000,00 zł brutto”.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni miejskiej, stąd też wymagane przez zamawiającego referencje odnosiły się do wykazania doświadczenia w zakresie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni urządzonej.

Na skutek wezwania do złożenia dokumentów, w toku badania i oceny ofert, Konsorcjum Drog-Bud złożyło referencje dla Drog-Bud Sp. z o.o. wystawione przez Stadion Śląski

Sp. z o.o. (dokument z 13 lutego 2018 r.), w których szczegółowo określono zakres wykonywanych prac. Usługi wykonywane przez tego wykonawcę w odniesieniu do „Zieleni” (str. 3 referencji), odnosiły się w przeważającej mierze do zadań związanych z zakładaniem zieleni, a nie jej pielęgnacją. Jedyne czynności pielęgnacyjne w zakresie zieleni odnosiły się do „Pielęgnacji drzew liściastych form naturalnych — 30 szt.”, przy czym rynkowa wartość tych usług nie przewyższała kwoty 3000 zł. Tego typu doświadczenie było niewystarczające. Ponieważ dokumenty złożone przez wykonawcę nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jego oferta winna podlegać odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp.

2. Brak złożenia oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp – zarzuty w odniesieniu do Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego.

W nawiązaniu do wymogu o którym mowa wyżej, brak spełniania przez Konsorcjum Drog-Bud warunków udziału w postępowaniu, był oczywisty, biorąc pod uwagę, że wymóg w zakresie posiadania określonego doświadczenia przez wykonawcę, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia, niósł za sobą konsekwencje w postaci obowiązku dołączenia do oferty oświadczenia, z którego wynikałoby, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy (art. 117 ust. 4 Pzp). Wymóg z art. 117 ust. 4 Pzp jest adresowany bezpośrednio do wykonawców, a obowiązek jego spełnienia nie zależy od tego czy zamawiający określi go w SWZ.

Brak spełnienia przez wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia wraz z ofertą spowodował, że zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania czy później dostarczone referencje złożone zostały przez tego z członków konsorcjum, który będzie później wykonywał usługi objęte zakresem referencji.

W ramach złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (patrz pkt 5.3.2.SWZ), narzędzia te pozostawały w dyspozycji wykonawcy Zielone Miasto Sp. z o.o., który nie dysponował stosownymi referencjami wymaganymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazali, że wymaganego dyspozycją art. 117 ust. 4 Pzp oświadczenia nie złożył również Przystępujący. Przystępujący złożył referencje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie odpowiedniego do realizacji przedmiotu zamówienia doświadczenia. Brak oświadczenia powodował jednak, że Zamawiający nie mógł wiedzieć który z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Przystępującego będzie odpowiadał ze realizację poszczególnych części przedmiotu zamówienia. W konsekwencji

Zamawiający nie mógł zweryfikować, czy deklarowane przez Przystępującego doświadczenie w realizacji odpowiednich usług zostanie w należyty sposób wykorzystane przy realizacji przedmiotowego zadania.

3. Rażąco niskie ceny ofert – zarzuty dotyczące ofert Przystępującego, Konsorcjum Drog-Bud oraz Ready.

Wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia rozliczane będzie kosztorysowo, na podstawie cen jednostkowych wskazanych przez wykonawcę i ilości prac faktycznie wykonanych w toku realizacji umowy. Przedmiot zamówienia nie stanowił jednej zorganizowanej całości, która wymagać będzie łącznego ukończenia w celu osiągnięcia określonego efektu, ale sumę indywidualnych zleceń, które mogą być realizowane samodzielnie i w oderwaniu od pozostałych. Wobec tego, każda ze świadczonych grup usług stanowić będzie osobny koszt, którego kalkulacja powinna uwzględniać co najmniej minimalny koszt wykonania danej usługi z uwzględnieniem konieczności opłacenia pracownikom/zleceniobiorcom co najmniej wynagrodzenia według stawek minimalnych oraz zakupu materiałów niezbędnych do wykonania danej usługi. Poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę, czy też inne elementy składowe ceny ofertowej, podlegają badaniu w kontekście ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny oraz na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący zawarli w odwołaniach kalkulacje i porównanie wybranych cen jednostkowych z ofert własnych oraz z ofert ww. trzech wykonawców. Odwołujący wskazali, że zaniżone zostały między innymi następujące ceny jednostkowe:

1. koszenie trawników (rejon VII): Odwołujący 1: 0,15 zł/m² (przy zmniejszonych kosztach 0,12 zł/m²), Przystępujący - 0,06 zł/m²
2. koszenie trawników bez wywożenia biomasy (rejon VII): Odwołujący 1: 0,10 zł/m² (przy zmniejszonych kosztach 0,08 zł/m²), Przystępujący - 0,03 zł/m²
3. cięcie żywopłotów (rejon VII): Odwołujący 1: 0,90 zł/m² (przy zmniejszonych kosztach 0,70 zł/m²), Przystępujący - 0,15 zł/m²,
4. nawożenie pogłównie Azofoską w dawce 50 g/m² (rejon II i VII): Odwołujący 1: 0,50 zł/m² (przy zmniejszonych kosztach 0,46 zł/m²), Przystępujący - 0,06 zł/m²
5. uzupełnienie zrębkami ściółki w obrębie skupiny do grubości 10 cm (rejon II i VII): Odwołujący 1: 0,70 zł/m² (przy zmniejszonych kosztach 0,53 zł/m²), Przystępujący - 0,07 zł/m²,
6. podlewanie roślin (rejon VII): Odwołujący 1: 0,40 zł/m² (przy zmniejszonych kosztach 0,31 zł/m²), Przystępujący - 0,03 zł/m².

Odwołujący wyjaśnili, że kalkulacje cen jednostkowych zawarte w ich ofertach uwzględniają niezbędne koszty pracy, koszty transportu i w odpowiednich przypadkach (nawożenie Azofoską) koszty materiałów. W ocenie Odwołujących niemożliwym było zaoferowanie cen tak znacząco odbiegających od ich cen w przypadku prawidłowej wyceny oferty. Odwołujący podkreślili, że mają świadomość, iż inni wykonawcy mogli zastosować inne, większe oszczędności (np. korzystając z większych upustów przy zakupie nawozu), ale w takiej sytuacji ceny nie różniłyby się więcej niż o kilkanaście procent.

Odwołujący wskazali, że o ile przytoczone przykłady dotyczyły głównie oferty Przystępującego, to rażąco zaniżenie cen jednostkowych wystąpiło również w ofertach Konsorcjum Drog-Bud i Ready.

4. Czyn nieuczciwej konkurencji – zarzuty dotyczące ofert Przystępującego, Konsorcjum Drog-Bud i Ready.

Odwołujący wskazali, że ww. wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji przez złożenie ofert zawierających ceny jednostkowe skalkulowane poniżej kosztów realizacji usług. Celem działania wykonawców było wyłącznie pozyskanie wyższej punktacji w kryterium ceny, co doprowadziło do bezzasadnego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W celu zrekompensowania sobie faktu dokonania wycen poszczególnych pozycji kosztorysowych w stopniu rażąco niskim, wykonawcy dokonali znaczącego zawyżenia cen jednostkowych w stawkach wskazanych dla innych elementów prac. Pozwoliło to na uzyskanie cen całkowitych ofert na poziomie nieodbiegającym w istotnym stopniu od cen pozostałych ofert w postępowaniu.

Działanie wykonawców miało charakter świadomy i umyślny, w celu eliminacji Odwołujących z postępowania. Zarówno bezzasadne różnice w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych w różnych częściach zamówienia, jak i ich wyraźne i znaczące zaniżenie potwierdzało, że działanie wykonawcy miało charakter przemyślany i nieprzypadkowy. Brak było innego racjonalnego powodu, dla którego ceny tak wielu usług kalkulowane miałyby być poniżej kosztów ich wytworzenia. Manipulowanie cenami jednostkowymi przez wykonawców doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafalszowany. Złożenie ofert wypełniających znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, oraz zaniechanie odrzucenia tych ofert przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

5. Niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – zarzut dotyczący Przystępującego.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, składając przedmiotowe wyjaśnienia, Przystępujący zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Udostępniając dokumenty Odwołującemu, Zamawiający w sposób bezpodstawny zataił merytoryczną treść wyjaśnień, mimo że Przystępujący nie wykazał, aby jego oferta zawierała informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołujących przesłanki pozwalające na utrzymanie wyjaśnień Przystępującego w tajemnicy nie zostały wypełnione, co z kolei obliżowało Zamawiającego do ich odtajnienia.

Uzasadnienie utajnienia wyjaśnień przedstawione przez Przystępującego, jakkolwiek bogate w odniesienia do orzecznictwa i stanowisk doktryny, miały charakter sztamkowy i mogłyby w równej mierze posłużyć uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym innym przypadku. Przystępujący nie wykazał, że informacje, które zastrzegł nie zostały wcześniej upublicznione, choćby już przez możliwość legalnego do nich dostępu. Nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa informacje, które osoba zainteresowana mogła uzyskać w zwykłej, dozwolonej drodze.

6. Niewystarczające wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny, odmienne traktowanie oferty Przystępującego w różnych częściach postępowania.

Mimo utajnienia wyjaśnień Przystępującego Odwołujący wskazali, że nie mogły one być dla Zamawiającego wystarczające. Zamawiający dał temu z resztą wyraz odrzucając ofertę Przystępującego w części II postępowania, z powodu jej rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślili, że w postępowaniu odwoławczym KIO bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Rozstrzygnięcie sprawy wymagać będzie zatem ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

W ocenie Odwołującego, nie sposób było wyjaśnić racjonalności skalkulowania ceny w niektórych pozycjach dotyczących części V przedmiotu zamówienia, we wskazanych tam kwotach. Ceny te nie tylko znacząco odbiegały od cen zaoferowanych za te same usługi przez konkurencję, ale również stanowiły ceny oferowane poniżej granicy kosztu wytworzenia usługi.

Odwołujący wskazali, że biorąc pod uwagę wymogi Zamawiającego (np. obowiązek zastosowania nawozu Azofoska) oraz wymogi wynikające z przepisów prawa pracy (płace minimalne) niemożliwe było prawidłowe uzasadnienie ceny oferty Przystępującego. Gdyby

Przystępujący prawidłowo skalkulował obowiązkowe elementy oferty to nie zaoferowałby zaniżonych cen. Ponieważ ceny te jednak nosiły znamiona rażąco niskich to Przystępujący nie mógł ich w we właściwy sposób uzasadnić.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron złożył pisemną odpowiedź na oba odwołania wnosząc o ich oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wobec Przystępującego (w części V postępowania), Konsorcjum Drog-Bud i Ready.

W ocenie Zamawiającego nie było podstaw w ww. zakresie do kierowania wezwań do wyjaśnień. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budżą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ceny ofert kwestionowanych przez Odwołujących nie odbiegały w sposób istotny od pozostałych ofert złożonych w odpowiednich częściach postępowania. Stąd też ceny te nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, co z kolei skutkowało brakiem wezwań do wyjaśnień skierowanych do wykonawców.

Zastosowane przez Odwołujących porównanie poszczególnych cen i zarzut zawarcia w ofertach pozycji kosztorysowych nie pozwalających na wykonanie istotnych części zamówienia powyżej kosztów minimalnych nie był zasadny. Odwołujący postawili zarzut rażąco niskiej ceny wyłącznie w oparciu o wyliczenie ich zdaniem wyższych kosztów realizacji zamówienia od określonego w ofercie wynagrodzenia, stawiając tezę, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie pozwoliłaby na prawidłową realizację umowy. Samo wskazanie różnic między cenami ofertowymi Odwołujących, a innych wykonawców nie mogło stanowić podstawy do uznania ceny zaoferowanej przez tych wykonawców za rażąco niskie.

Zamawiający podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołujących wynagrodzenie, co do zasady, nie będzie w stosunku do całości zadania rozliczane kosztorysowo na podstawie cen jednostkowych wskazanych przez wykonawcę i ilości prac faktycznie wykonanych w toku realizacji umowy. Taki sposób naliczenia wynagrodzenia dotyczy wyłącznie czynności pielęgnacji zieleni na terenach miejskich, natomiast zgodnie z SWZ i projektem umowy realizacja prac utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na przystankach

komunikacji miejskiej zlokalizowanych w Częstochowie, jak również realizacja prac utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na terenach miejskich, rozliczana będzie w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, a nie kosztorysowego.

Zarzut nieuzasadnionego utajnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty Przystępującego.

W ocenie Zamawiającego spełnione zostały wszystkie przesłanki pozwalające Przystępującemu skutecznie zastrzec wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniały przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowiły one know-how podmiotu, posiadały wartość handlową i gospodarczą, obrazowały bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Ujawnienie tych informacji mogłoby wywołać negatywne konsekwencje dla wykonawcy. Przykładowo podmioty konkurencyjne względem niego mogłyby osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących oferowanego rozwiązania.

Przystępujący wskazał także na realne ryzyko poniesienia szkody w wyniku udostępnienia informacji szerokiemu gronu odbiorców, co biorąc pod uwagę ujawnienie informacji o cennikach czy marżach, narażałoby na szkodę także jego kontrahentów (dostawców).

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp pkt 2 lit. c w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego oraz Konsorcjum Drog-Bud wobec złożenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy oraz w związku z niezłożeniem oświadczenia, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający uznał, że skoro biorące udział w postępowaniu konsorcja nie złożyły oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, to domniemać należało, że ich członkowie wykonywać będą wszystkie elementy zamówienia wspólnie, bez dokonywania podziału zadań na poszczególnych uczestników konsorcjum.

Z ostrożności procesowej Zamawiający zastrzegł, że niezłożenie oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 Pzp stanowi uchybienie o małym stopniu istotności, zatem nie powinno ono stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Oświadczenie przewidziane w art. 117 ust. 4 Pzp należałoby zakwalifikować do podmiotowych środków dowodowych ze wszystkimi tego konsekwencjami, w szczególności co do możliwości uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczenia na podstawie art. 128 Pzp. Koresponduje to z § 7 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji

elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Tym samym w razie niezłożenia oświadczenia wraz z ofertą, co do zasady, będzie istniała możliwość jego uzupełnienia. Sankcja w postaci odrzucenia oferty z powodu tego typu uchybienia byłaby przedwczesna i niewspółmierna.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Drog-Bud z uwagi na okoliczność, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia był nietrafny.

Zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w zakresie świadczenia usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a wartość tych usług powinna odpowiadać co najmniej kwocie 250 000 zł brutto. Konsorcjum Drog-Bud złożył referencje udzielone przez Stadion Śląski Sp. z o.o. potwierdzające wykonanie usług o wartości przekraczającej kwotę 250 000 zł, obejmujące szeroki zakres usług z zakresu utrzymania zieleni, w tym zakładaniem, pielęgnacją i utrzymaniem zieleni na terenach publicznie dostępnych (Parku Śląskiego w Chorzowie). Złożone referencje zostały podzielone na trzy części — w części drugiej „Zieleń” wyszczególniono roboty o wartości 942 454,87 zł, a wśród nich następujące: pielęgnację drzew liściastych form naturalnych (30 szt.), ułożenie ekranu przeciwkorzeniowego (212 m²), ułożenie zestawu nawadniającego wokół drzew (20 szt.), wykonanie trawników dywanowych siewem z nawożeniem i ręczną pielęgnacją (31 039,52 m²), sadzenie krzewów liściastych form naturalnych (9 930 szt.) oraz sadzenie drzew liściastych form naturalnych.

Zamawiający uznał złożone referencje jako satysfakcjonujące, mając na uwadze kompleksowy charakter świadczonych usług kwalifikowanych jako zamówienia o wspólnym charakterze. O takim traktowaniu wymienionych w referencjach usług z zakresu szeroko rozumianego utrzymania zieleni świadczy okoliczność, że usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych są kwalifikowane w ramach jednego kodu CPV - 77310000. Biorąc pod uwagę szeroki zakres i dużą skalę prowadzonych prac w ramach zadania potwierdzonego referencjami przez Stadion Śląski Sp. z o.o., jak również wartość zamówienia przekraczającą znacznie oczekiwane przez zamawiającego potwierdzenie doświadczenia w realizacji zadań objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym o wartości 250 000 zł brutto, Zamawiający uznał, że wykonawca posiadał wymagane doświadczenie i będzie w stanie zrealizować powierzone mu zadanie.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum Drog-Bud w odniesieniu do części I i VI, Przystępującego w odniesieniu do części V oraz Ready w odniesieniu do części V postępowania, jako zawierających rażąco niską cenę w zakresie istotnych części zamówienia był zdaniem Zamawiającego bezpodstawny. Ponadto, w zakresie dotyczącym oferty Przystępującego Zamawiający wskazał, że zarzut był przedwczesny. Zamawiający nie

odtajnił treści wyjaśnień ceny oferty Przystępującego, zatem na moment złożenia odwołania Odwołujący nie dysponowali wiedzą co do tych wyjaśnień i zawartej tam argumentacji.

Zarzut zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Drog-Bud w odniesieniu do części I i VI, Przystępującego w odniesieniu do części V oraz Ready w odniesieniu do części V mimo złożenia ich w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji był w ocenie Zamawiającego bezpodstawny.

Zadaniem Zamawiającego było dokonanie oceny całości oferty, w tym całościowego wynagrodzenia wykonawcy bez porównywania poszczególnych pozycji kosztorysowych składających się na cenę przedstawioną w ofertach. Cena za przedmiot zamówienia to cena całościowa, która zawierała w sobie m. in. ceny poszczególnych elementów składających się przedmiot zamówienia. Zadaniem wykonawcy było takie skonstruowanie oferty, aby cena końcowa, obejmująca sumę wszystkich pozycji kosztorysowych, była nie tylko konkurencyjna, ale i realna.

Aby doszło do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. dany podmiot musiał utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz sprzedaż ta musiała mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym nie wystarczy stwierdzenie, że dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu. Samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy nie wyczerpywało ww. znamion - niemożliwym było zarzucanie wykonawcy rzekomej manipulacji cenami jednostkowymi, kiedy różnice cenowe między ofertami Odwołujących, a ww. wykonawców nie pozostawały w znaczącej dysproporcji.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp w odniesieniu do części V przedmiotu zamówienia był niezasadny.

Zamawiający nie wzywał Przystępującego do wyjaśnień ceny oferty w tej części postępowania. Opierając się zatem na analizie oferty Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie zaproponowana przez Przystępującego cena nie nosiła znamion rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 ani ust. 2 Pzp, zatem nie widział potrzeby wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec żadnego z odwołań nie została wypełniona żadna, z wynikających z art. 528 Pzp, przesłanek ustawowych skutkujących jego odrzuceniem.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała oba odwołania uznając, że zasługują one na częściowe uwzględnienie.

Odwołania dotyczyły następujących części postępowania i złożonych w nich ofert:

1. 1586/21:

- a) część II – oferta Konsorcjum Drog-Bud,
- b) część VII – oferta Przystępującego,

2. 1587/21:

- a) część I - oferta Konsorcjum Drog-Bud,
- b) część V – oferta Przystępującego oraz Ready,
- c) część VI - oferta Konsorcjum Drog-Bud.

W postępowaniu, w zakresie objętym zarzutami odwołań oferty złożyli:

Część I

- 1. Odwołujący 2, cena 2 955 742,96 zł
- 2. Konsorcjum Drog-Bud, cena 2 937 504,32 zł.

Część II

- 1. Odwołujący 1, cena 2 010 558,13 zł
- 2. Konsorcjum Drog-Bud, cena 1 925 617,97 zł
- 3. Zakład Usługowy AGRO J. G. z siedzibą w Częstochowie, cena 1 861 067,24 zł,
- 4. Green Park Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku, cena 3 194 521,48 zł,
- 5. Przystępujący, cena 844 958,35 zł.

Część V

- 1. Odwołujący 2, cena 1 765 275,60 zł,
- 2. Ready, cena 1 318 811,36 zł,
- 3. Przystępujący, cena 1 294 690,55 zł,
- 4. Firma Usługowa AGA z siedzibą w Łaziskach Górnych, cena 1 833 382,03 zł.

Część VI

- 1. Odwołujący 2, cena 2 838 277,67 zł,
- 2. Konsorcjum Drog-Bud, cena 2 573 665,83 zł,
- 3. Firma Usługowa AGA z siedzibą w Łaziskach Górnych, cena 3 320 623,54 zł.

Część VII

1. Odwołujący 1, cena 703 648,06 zł,
2. Green Park Sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku, cena 1 057 005,00 zł,
3. Przystępujący, cena 518 299,40 zł,
4. Firma Usługowa AGA z siedzibą w Łaziskach Górnych, cena 892 128,38 zł.

Z godnie z informacją z 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający przeznaczył na realizację ww. części przedmiotu zamówienia następujące kwoty brutto:

1. część I - 785 804,79 zł,
2. część II - 365 490,60 zł,
3. część V - 438 588,72 zł,
4. część VI - 646 918,36 zł,
5. część VII - 175 435,50 zł.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny ofert wykonawców Konsorcjum Drog-Bud, Ready w częściach I, II, V, VI i VII oraz Przystępującego w części V Izba stwierdziła, że nie zostały wypełnione przesłanki wskazane w art. 224 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Przytoczony przepis jasno wskazuje, że obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie cen ofert realizuje się wobec zamawiającego w przypadku, gdy wystąpią przesłanki wskazane w punkcie 1 lub 2 art. 224 ust. 2 Pzp, przy czym przesłanki te mają dotyczyć cen całkowitych ofert, nie zaś cen ich określonych elementów.

Możliwość wezwania do wyjaśnień dotyczących cen istotnych części składowych oferty przewiduje art. 224 ust. 1 Pzp, który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Tym samym decyzja o ewentualnym wezwaniu do wyjaśnień w zakresie cen częściowych ofert została – co do zasady – pozostawiona zamawiającemu. To zamawiający decyduje czy określone ceny częściowe budzą jego wątpliwości, zatem to zamawiający jest uprawniony zadecydować o skierowaniu stosownego wezwania do wykonawcy. By móc skutecznie zarzucić Zamawiającemu zaniechanie obowiązku do wezwania do wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych oferty Odwołujący musieliby wykazać, że ceny częściowe zawarte w ofertach ww. wykonawców były tak rażąco niskie (nierealne), że Zamawiający działając z należytą starannością nie mógłby tego faktu przeoczyć.

W ocenie Izby Odwołujący nie zdołali jednak wykazać, że ceny jednostkowe zawarte w ofertach wykonawców uniemożliwiały należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący próbowali poddać w wątpliwość niektóre ceny jednostkowe zawarte w kosztorysach ofertowych ww. wykonawców, twierdząc w oparciu o własne kalkulacje, że niemożliwa jest należyta realizacji umowy za zaoferowane stawki. Odwołujący założyli przy tym, że każda ze wskazanych w uzasadnieniach odwołań cena jednostkowa powinna być traktowana jako istotna część składowa oferty. Twierdzenia takiego Odwołujący jednak nie poparli żadnymi, wiarygodnymi argumentami. Ponadto – co było decydujące dla oddalenia omawianych zarzutów odwołań – Odwołujący nie uprawdopodobnili twierdzenia co do niemożliwości należytej realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowane przez ww. wykonawców ceny jednostkowe. Odwołujący oparł się na własnych kalkulacjach i własnych możliwościach skonstruowania i wyceny oferty. W ocenie Izby nie ma podstaw do stwierdzenia, że kalkulacje te zostały sporządzone przez Odwołującego w sposób nierzetelny, ale nie ma również podstaw do uznania, że pozostali biorący udział w postępowaniu wykonawcy musieli kalkulować swoje oferty tak samo jak Odwołujący. Co za tym idzie Izba uznała, że sam fakt zaoferowania niższych cen jednostkowych ofert niż Odwołujący nie dowodził rażąco niskich cen ofert pozostałych wykonawców.

W konsekwencji powyższego ustalenia Izba uznała za niezasadne również zarzuty zaniechania odrzucenia ofert Przystępującego (w części V) postępowania oraz Konsorcjum Drog-Bud i Ready jako zawierających rażąco niskie ceny.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Podstawą argumentacji Odwołujących było twierdzenie o zaniżeniu i zawyżeniu niektórych cen jednostkowych ofert. Zarzut zaniżenia cen jednostkowych nie potwierdził się, co czyniło zarzut dotyczący czynu

nieuczciwej konkurencji niezasadnym. Odwołujący twierdzili, że ww. wykonawcy dopuścili się tzw. inżynierii cenowej, czyli celowej manipulacji cenami jednostkowymi tak, by w sposób nieuczciwy uzyskać przewagę konkurencyjną w postępowaniu. Odwołujący w toku rozprawy wskazali również, że prawidłowa kalkulacja poszczególnych cen jednostkowych (w postępowaniu, którego znaczącą część stanowi szeroko rozumiana pielęgnacja i utrzymania w należyтым stanie trawników i zieleni miejskiej) uzależniona jest od uwzględnienia wielu czynników. Odwołujący wskazali, że planując realizację zamówienia należy uwzględnić np. ewentualne susze, które mogą spowodować konieczność rzadszego koszenia trawników ale częstszego ich podlewania. Stanowisko to w ocenie Izby świadczy niezbicie, że kalkulując ceny ofert wykonawcy musieli w sposób należyty skalkulować ryzyko związane z realizacją zamówienia w znacznym stopniu uzależnionego od warunków pogodowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że brak podstaw do uznania, że Odwołujący choćby uprawdopodobnili, że ww. wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji w sposób opisany w odwołaniach. Ponadto Izba przeprowadziła dowód z kosztorysów ofertowych wykonawców i stwierdziła, że przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

Potwierdziły się dotyczące Konsorcjum Drog-Bud zarzuty niewykazania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zawarł w SWZ następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji zawodowych badanych doświadczeniem wykonawcy:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urządnom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne).

Powyższy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250.000,00 zł brutto”.

Zamawiający wskazał, że warunek powyższy odnosi się do części I – VIII przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie jego spełniania, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum Drog-Bud złożyło referencje z 23 lutego 2018 r. wystawione przez Stadion Śląski Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: Stadion Śląski).

W treści referencji Stadion Śląski potwierdził, że Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence należycie wykonał przedmiot zamówienia o łącznej wartości robót brutto wynoszącej 6 896 315,12 zł, w ramach których prace związane z zielenią miały wartość 942 454,87 zł. Zakres dotyczących zieleni był następujący:

1. Pielęgnacja drzew liściastych form naturalnych - 30 szt.
2. Ułożenie ekranu przeciwkorzeniowego - 212,00 m²,
3. Ułożenie zestawu nawadniającego wokół drzew - 20 szt.
4. Przemieszczenie spycharkami mas ziemnych – 4 083,416 m³,
5. Formowanie i zagęszczanie nasypów – 4 083,416 m³,
6. Roboty ziemne – 31 039,52 m³,
7. Rozścielenie ziemi urodzajnej spycharkami na terenie płaskim – 31 039,52 m³,
8. Wykonanie trawników dywanowych siewem z nawożeniem i ręczną pielęgnacją - 31 039,52 m²,
9. Sadzenie krzewów liściastych form naturalnych – 9 930,00 szt.
10. Sadzenie drzew liściastych form naturalnych - 46 szt.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że potwierdziło się stanowisko Odwołującego, który twierdził, że treść referencji nie odpowiada przytoczonemu wyżej warunkowi udziału w postępowaniu.

Zamawiający w jasny sposób określił, że na potrzebę wykazania się spełnieniem ww. warunku wykonawcy będą musieli udowodnić realizację usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej. W zakres usług nie mogły wchodzić zatem roboty budowlane polegające na urządzeniu terenów zieleni miejskiej. Zamawiający wskazał w treści warunku przykładowe usługi jakie uzna za odpowiadające wymogom: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne. Zdecydowana większość robót wykazanych w referencji Konsorcjum Drog-Bud to roboty budowlane, w tym roboty ziemne. Jedynie pielęgnacja 30 sztuk drzew liściastych form naturalnych nie budzi wątpliwości, co do spełniania wymogów określonych w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu.

Niezasadne jednak jest stanowisko Odwołujących dotyczące skutków złożenia przez Konsorcjum Drog-Bud referencji niepotwierdzających spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący twierdzili, że obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Konsorcjum Drog-Bud jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Izba jednak wskazuje, że wobec ustalonego stanu faktycznego obowiązkiem Zamawiającego w postępowaniu jest, zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, wezwanie wykonawcy odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów na potwierdzenie spełniania dotyczącego kwalifikacji

zawodowych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający błędnie uznał referencje wystawione przez Stadion Śląski za prawidłowe, nie wzywał zatem Konsorcjum Drog-Bud do stosownego uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów. W tej sytuacji wykonawcy przysługuje prawo do jednokrotnego uzupełnienia złożonych dokumentów.

Potwierdziły się zawarte w obu odwołaniach zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c Pzp w zw. art. 117 ust. 3 i 4 Pzp dotyczące niezłożenia wraz z ofertami przez Przystępującego oraz Konsorcjum Drog-Bud oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 Pzp.

Art. 117 stanowi:

Ust. 3: W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Ust. 4: W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Obaj wykonawcy nie zastosowali się do dyspozycji art. 117 ust. 4 Pzp i nie złożyli stosownych oświadczeń wraz z ofertami, mimo, że w świetle przytoczonych przepisów byli do tego obowiązani. Wbrew twierdzeniu Odwołujących nie obligowało to Zamawiającego do natychmiastowego odrzucenia ofert Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego. O ile oświadczenie powinno być złożone razem z ofertą to nie oznacza to, że nie podlega ono uzupełnieniu. Oświadczenie jest powiązane z wykazaniem spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro dopuszczalne w świetle art. 128 ust. 1 Pzp dopuszczalne jest uzupełnienie lub poprawa złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu to oświadczenie wskazane w art. 117 ust. 4 Pzp również należy traktować jako uzupełnialne. Z tego też względu Izba nakazała wezwanie Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego Izba ustaliła, co następuje.

9 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do „udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w postępowaniu

na zadanie pn. „Utrzymanie porządku i czystości, utrzymanie zimowe i pielęgnacja zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie” w Części II Rejon II Tysiąclecie, Części VII Rejon VII Parki w odniesieniu do łącznej ceny brutto złożonej oferty”. Wbrew zarzutom nr 2 i 8 zawartym w odwołaniu KIO 1587/21 Zamawiający nie wzywał Przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty złożonej w Części V postępowania. Konsekwencją było oddalenie obu tych zarzutów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 9 kwietnia 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia – osobne dla części II i VII postępowania. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba przeprowadziła dowód zarówno z uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa jak również informacji objętych zastrzeżeniem i uznała, że nie ma podstaw by uznać, że zachodziły przesłanki pozwalające na odstępstwo od zasady jawności postępowania i utrzymanie ww. wyjaśnień jako tajnych. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica obciąża zastrzegającego je wykonawcę. Podkreślenia wymaga jednak, że uzasadnienie zastrzeżenia ma odnosić się do konkretnych informacji i służyć ma wykazaniu, że te konkretne informacje spełniają wymogi pozwalające utrzymanie ich w tajemnicy. Uzasadnienie takie nie może mieć zatem charakteru ogólnego. Tymczasem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy Przystępującego, o ile rozbudowane, ma charakter ogólnikowy. W ocenie Izby słusznie stwierdzili Odwołujący zarzucając Przystępującemu posłużenie się „sztaampowym uzasadnieniem” zastrzeżenia tajemnicy. Przystępujący przytoczył m. in. orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uzasadniając za jego pomocą możliwość zachowania niektórych informacji w tajemnicy. Przystępujący nie odniósł się jednak w żaden sposób do konkretnych elementów utajnionych części wyjaśnień. Zdaniem Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy Przystępującego ma zatem charakter uniwersalny – w sposób pozorny pasuje do każdego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tego też względu Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nakazała odtajnić wyjaśnienia ceny oferty złożone przez Przystępującego w ramach części VII postępowania.

Izba uznała za zasadny również zarzut złożenia przez Przystępującego w ramach części VII postępowania wyjaśnień ceny oferty nieobalających domniemania, że cena ta jest rażąco niska. Izba przeprowadziła dowód z tych wyjaśnień oraz z wyjaśnień złożonych w ramach części II postępowania. Wyjaśnienia złożone w części II postępowania miały istotne znaczenia dowodowe ze względu na odrzucenie oferty Przystępującego w wyniku uznania przez Zamawiającego, że m.in. wyjaśnienia nie były w sposób należyty poparte odpowiednimi dowodami.

W ocenie Izby między treścią wyjaśnień Przystępującego złożonych w ramach części II i VII występują istotne podobieństwa i analogie. Zamawiający po ocenie wyjaśnień 19 kwietnia 2021 r. odrzucił ofertę Przystępującego. Zamawiający uznał, że w części II oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, czego zasadności Przystępujący nie kwestionował. Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w części VII postępowania nie znajduje więc uzasadnienia.

Izba oceniła również dowody złożone przez Przystępującego na potwierdzenie prawidłowości udzielonych wyjaśnień i uznała, że Przystępujący nie poparł zawartych w wyjaśnieniach twierdzeń na tyle kompletnymi i aktualnymi dowodami, by uznać, że sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp.

W konsekwencji Izba uwzględniła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. dokumentacji postępowania w tym SWZ oraz korespondencji Zamawiającego z wykonawcami.
2. ofert Konsorcjum Drog-Bud, Przystępującego oraz Ready wraz z dokumentami złożonymi razem z ofertą,
3. dokumentów złożonych przez Strony i Przystępującego w toku rozprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: