

WYROK
z dnia 13 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: M.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Designers, C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EKO-TRANS, ul. Poligonowa 2B/40, 20-817 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5, 20-031 Lublin,**

przy udziale wykonawcy: **K.A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Trade Projekt mgr inż. K.A., Bogucin 184a, 21-080 Garbów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę K.A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Trade Projekt mgr inż. K.A., Bogucin 184a, 21-080 Garbów,**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5, 20-031 Lublin, i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: M.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Designers, C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EKO-TRANS, ul. Poligonowa 2B/40, 20-817 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5, 20-031 Lublin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: M.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Designers, C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EKO-TRANS, ul. Poligonowa 2B/40, 20-817 Lublin**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Kompleksowe utrzymanie zieleni niskiej i wysokiej, sprzątnięcie oraz odśnieżanie parkingów na terenie wszystkich obiektów UMCS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 października 2015 r. pod nr 2015/S 203-369016.

W dniu 11 grudnia 2015 r. Zamawiający przesłał do wykonawców informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę K.A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą TRADE PROJEKT mgr inż. K.A..

Wykonawca, Konsorcjum: M.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Designers, C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EKO-TRANS C.K., wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TRADE PROJEKT, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę TRADE PROJEKT podlegającej odrzuceniu,
3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRADE PROJEKT, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trade Projekt, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Trade Projekt i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Pismem z dnia 8 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Trade Projekt do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia wynosi 1.000.000,00 zł (netto), tymczasem cena zaoferowana przez Odwołującego to 529.956,00 zł brutto, w tym utrzymanie zieleni w okresie obowiązywania umowy 358.572,00 zł brutto, sprzątnięcie 143.316,96 zł brutto, odśnieżanie parkingów 28.067,04 zł brutto (cena za odśnieżanie 1 m² 0,04 zł brutto). Nie ulega zatem wątpliwości, że fakt zaoferowania przez wykonawcę ceny na wskazanym poziomie mieści się w dyspozycji normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp, który obliguje Zamawiającego do żądania wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 10 grudnia 2015 r. wykonawca przedstawił okoliczności, które są jednak nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Przedstawione wyjaśnienia są lakoniczne i ogólnikowe - mają wydźwięk uniwersalny, nie zaś zindywidualizowany - odnoszący się do zindywidualizowanego zamówienia i przedstawiający rzeczywistą kalkulację kosztów niezbędnych do poniesienia przy realizacji przedmiotu zamówienia. Niektóre elementy przedmiotu zamówienia wykonawca wycenił - jak wynika z udzielonych wyjaśnień - wyłącznie w oparciu o własne doświadczenie, czemu nie towarzyszy pobieżne chociażby ustosunkowanie się do elementów kosztotwórczych. Inne zaś zostały skalkulowane poniżej kosztów niezbędnych do poniesienia. Dołączona kalkulacja nie obejmuje szeregu kosztów, które wykonawca winien ponieść w toku realizacji zamówienia, czym wykonawca potwierdził, że skalkulowana cena jest ceną rażąco niską, tj. nie zapewniającą należytego wykonania całego przedmiotu zamówienia, na odpowiednim poziomie jakości, w wymaganych terminach i wymiarze. Nie sposób również z ich treści wywieść okoliczności, które dowodziłyby, że istnieje rzeczywista możliwość tak drastycznego obniżenia ceny oferty, przy zapewnieniu, że zamówienie zostanie wykonane w całości, w sposób określony w opisie przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym zapewnieniu wykonawcy godziwego zysku. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę opisują szereg czynników, które nie tylko nie mają wpływu na kalkulację ceny w przedmiotowym postępowaniu, ale są wyabstrahowane od jego przedmiotu. Nie sposób zatem uznać, aby w tych okolicznościach wykonawca obalił powstałe domniemanie złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Przechodząc do analizy poszczególnych elementów przedstawionych w wyjaśnieniach, Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca upatruje możliwość obniżenia ceny we własnym doświadczeniu, zdobytym przy wykonywaniu usług koszenia wielkopowierzchniowego przy użyciu specjalistycznego sprzętu i wprowadzonym innowacyjnym systemie koszenia wielkopowierzchniowego. Okoliczność powyższa pozostaje jednak irrelevantna z punktu widzenia możliwości zaoferowania tak niskiej ceny w ramach

przedmiotowego zamówienia. Doświadczenie wykonawcy nie może być rozpatrywane w kategoriach sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, bowiem warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określony w SIWZ umożliwił ubieganie się o zamówienie wyłącznie wykonawcom doświadczonym w wykonywaniu usług analogicznych do przedmiotu niniejszego zamówienia.

Ponadto, usługa koszenia wielkopowierzchniowego stanowi niewielki zakres przedmiotu zamówienia, bowiem tereny, na który ma być świadczona usługa są rozproszone, rozdrobnione, jak również występuje na nich liczna roślinność oraz obiekty małej architektury. Stąd wyjaśnienia w tym zakresie nie przystają do realiów niniejszej sprawy, a co za tym idzie nie mogą stanowić racjonalnej i rzeczywistej podstawy do obniżenia kosztów, w sposób umożliwiający należyte wykonanie zamówienia.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1.2. do SIWZ „Wykaz powierzchni dla poszczególnych zakresów prac”, w rubryce „koszenie trawników” Zamawiający określił powierzchnie poszczególnych lokalizacji, w których świadczona ma być usługa na: 3000, 1000, 800, 6500, 24800, 1000, 2000, 3000, 600, 3000, 2000, 2800, 1500, 800, 100, 5360, 1000, 5700, 500, 300, 4500 metrów kwadratowych. Mając na uwadze warunki terenowe świadczenia usługi, jak również związane z tym szczegółowe wymagania Zamawiającego zawarte w treści postanowienia 1.1 Szczegółowego Opisu Prac na poszczególnych terenach UMCS, wykonywanie zamówienia to w większości prace osobowe ze względu na małe powierzchnie terenów i duże ich rozdrobnienie. W tym zakresie wszelkie próby obniżenia ceny ze względu na możliwość użycia oszczędnego sprzętu są bezcelowe i będą prowadziły do niedoszacowania kosztów personelu wykonującego pracę w większości ręcznie, drogimi w utrzymaniu kosami spalinowymi. Ze względu na wskazywaną przez Zamawiającego konieczność wykonywania prac z użyciem lekkiego i precyzyjnego sprzętu, wskazywana przez wykonawcę możliwość skoszenia 4,8 ha w ciągu jednego dnia pracy przez jednego pracownika - pozostaje irrelevantna dla uznania wiarygodności wskazywanych kalkulacji, bowiem przedmiot zamówienia wymaga użycia innego sprzętu w innych czasie, i z wykorzystaniem innej liczby operatorów.

Niewątpliwie również fakt wskazania przez wykonawcę określonego sprzętu służącego do wykonywania usługi zimowego utrzymania parkingów samodzielnie nie przekłada się na możliwość obniżenia ceny świadczonej usługi, zaś wykonawca nie zawarł szczegółowego uzasadnienia, dlaczego użycie tego określonego sprzętu wpływa korzystnie na możliwość obniżenia ceny. Posiadanie sprzętu odśnieżającego nie jest okolicznością, którą można rozpatrywać w kategoriach szczególnie sprzyjających warunków wykonania zamówienia, bowiem jest ona wspólna dla wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, stąd też jej wskazanie nie ujawnia w jaki sposób i w jakim zakresie mogło dojść do obniżenia kosztów.

Odnosząc się do kosztów paliwa, które wykonawca wycenił na 1000,00 zł miesięcznie, Odwołujący stwierdził, że są one nierealistyczne zważywszy, że przedmiot zamówienia obejmuje 23 oddalone od siebie lokalizacje. Dodatkowo, baza techniczna wykonawcy, jak wynika z decyzji w sprawie wydania zezwolenia na transport odpadów z dnia 24 lutego 2014 r., znajduje się w miejscowości Kolonia Krępiec, ul. Piasecka, oddalonej od miejsca świadczenia usługi o ok 16 km, co oznacza konieczność pokonania dodatkowo 32 km każdego dnia wykonywania usługi. Wskazane w rzeczonyj decyzji pojazdy do wywozu odpadów, tj. Mercedes Benz 308 2,3 D oraz Ford Transit 2,5 D mają średnie spalanie na poziomie 10 litrów/100 km bez ładunku. Do uwzględnienia w kosztach pozostaje również całodniowy przewóz pracowników - 10 osób odrębnym pojazdem.

Należy też uwzględnić koszt transportu odpadów zielonych (trawa, liście, gałęzie, przekwitłe kwiaty jednoroczne, odpady zielone z podcinania drzew i krzewów), gdyż Zamawiający w treści wyjaśnień SIWZ z dnia 10 listopada 2015 r. (pytanie 6) wprost wskazał, że nie przewiduje możliwości składowania odpadów na terenach do niego należących, jak również paliwo do maszyn: pił, kos, kosiarek 2-3,5 litra na godzinę pracy.

Koszty personelu zostały także rażąco zaniżone. Wykonawca przewiduje wykonanie usługi przy udziale 10 osób, zaś kalkulacja została przedstawiona wyłącznie dla 6 osób wykonujących usługi na podstawie umowy zlecenia. Wykonawca nie udowodnił, że będzie faktycznie w całym okresie wykonywania zamówienia dysponował 3 stażystami z urzędu pracy, bowiem skierowanie na staż uzależnione jest od posiadania środków finansowych przez urząd pracy. Zgodnie z przepisem art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2015 r., poz. 149 z późn. zm.), możliwe jest uzyskanie stażu na okres do 6 albo do 12 miesięcy, w zależności od wieku stażysty. Brak jest jakichkolwiek gwarancji, że do wykonawcy co roku skierowani zostaną stażyści w takiej samej liczbie, bądź w ogóle. Zatem możliwość wykonywania zamówienia przez 24 miesiące przez 3 osoby w sposób nie generujący po stronie wykonawcy kosztów wynagrodzenia jest niepewna. W tym zakresie wykonawca nie udowodnił, że koszty osobowe w całym okresie realizacji zamówienia będą utrzymywały się na wskazanym w kalkulacji poziomie (uwzględniającym jedynie 6 osób). Brak skierowania stażystów podwyższa miesięczne koszty osobowe do 19.656 zł brutto, co powoduje — przy uwzględnieniu założonego miesięcznego zysku - stratę w wysokości 3.975.50 zł miesięcznie.

Ponadto, skoro wniosek o skierowanie stażystów z urzędu pracy został przez wykonawcę złożony dopiero w dniu 30 listopada 2015 r. - w dniu składania ofert, to nie sposób uznać, że okoliczność zaangażowania 3 stażystów z urzędu pracy była podstawą kalkulacji oferty. Nawet w przypadku, gdyby stażyści zostali skierowani do wykonawcy, to stosownie do przepisu art. 53 ust 7a ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, należy uwzględnić ich prawo do dni wolnych w wymiarze 2 dni za każde 30 dni

kalendaryzowych odbywania stażu. Zatem w okresie wykonywania zamówienia zajdzie konieczność zastąpienia stażystów pracownikami wynagradzanymi w wysokości 13 brutto za godzinę pracy, co w przypadku 3 stażystów, powoduje konieczność odliczenia od miesięcznego zysku kwoty 624 zł brutto (13 zł x 8 h x 6 dni).

Dodatkowo, przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia kosztów zapewnienia profilaktyki zdrowotnej pracowników, odzieży roboczej i środków ochrony indywidualnej, posiłków i wody oraz szkoleń bhp i ppoż.

Przedstawiona przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny przykładowa umowa o staż przewiduje w § 12 obowiązek zatrudnienia stażysty po odbyciu stażu na podstawie umowy zlecenia na okres nie krótszy, niż czas odbywania stażu.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w postanowieniu 2.1. i 2.2. Szczegółowego Opisu Prac na poszczególnych terenach UMCS przewidział, że usługi w zakresie prac porządkowych i całorocznych mają być świadczone codziennie, podczas gdy kalkulacja zakłada wykonywanie usług wyłącznie przez 21 dni w miesiącu, zatem nie uwzględnia kosztów wykonywania usług w pozostałe dni miesiąca.

Odnosząc się do korzystania w pełnym wymiarze czasu z pomocy małżonka Przystępującego, Odwołujący wskazał, że taka współpraca również generuje dla wykonawcy koszty, bowiem osoba współpracująca, zgodnie z przepisem art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 121 z późn. zm.), podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalnemu i rentowemu. Powołując się na przepis art. 13 ust. 5 i art. 4 pkt 2 lit. r przedmiotowej ustawy wskazał, że ww. koszty opłacenia składek na ubezpieczenie w wysokości 1092,28 zł obciążają wykonawcę.

Kalkulacja przedstawiona przez wykonawcę nie uwzględnia także kosztu telefonu komórkowego, do posiadania którego Zamawiający zobowiązał osobę nadzorującą wykonywanie umowy ze strony wykonawcy w postanowieniu § 4 1 pkt 3 wzoru umowy.

Brak jest również uwzględniania kosztu obligatoryjnego najmu pomieszczeń od Zamawiającego, co zostało przewidziane w postanowieniu 3.6. SIWZ, jak również realnych kosztów podwykonawstwa.

Wszystkie przedstawione powyżej okoliczności niezbicie wskazują, że wykonawca złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, która nie uwzględnia niezbędnych do poniesienia kosztów wykonania zamówienia. Wykonawca, konstruując wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, potwierdził podejrzenia Zamawiającego, bowiem przyjęte założenia nie przekładają się na tak niską cenę, jaka została zaoferowana. Jednocześnie złożone wyjaśnienia potwierdzają, że kalkulacja oparta na tych założeniach powoduje niemożność wykonania przedmiotu zamówienia bez ryzyka związanego z niepowodzeniem, bądź też poniesieniem przez wykonawcę straty przekraczającej założone zyski, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Niezależnie od rażąco zaniżonej kalkulacji ceny oferty, oferta ta winna podlegać odrzuceniu również z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Złożona oferta zawiera bowiem zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia przy udziale 10 osób, jednak w celu zmaksymalizowania swojej przewagi cenowej nad innymi uczestnikami rynku, tj. wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, nie przewiduje uiszczania obowiązkowych składek do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, które to działanie jest wprost sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Jednocześnie wykonawca skalkulował koszty oferty bez uwzględnienia pełnych kosztów osobowych, zakładając realizację zamówienia przy udziale stażystów skierowanych z urzędu pracy, mimo braku gwarancji skierowania wskazanych osób do odbycia stażu w przedsiębiorstwie wykonawcy. Działanie takie utrudnia innym wykonawcom dostęp do przedmiotowego zamówienia, bowiem prowadzi do przyjęcia nierynkowej stawki roboczogodziny pozostałych i będących w dyspozycji wykonawcy osób z personelu (tak uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r. KIO/KD 17/15).

Tym samym, złożenie tej oferty wypełnia przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, skutkuje bowiem zaoferowaniem usług poniżej kosztów ich świadczenia, w szczególności poniżej kosztów własnych wykonawcy (tak KIO w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r. KIO 2466/14).

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp

Zaniechanie odrzucenia oferty Trade Projekt mgr inż. K.A. doprowadziło do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty, podlegającej odrzuceniu oraz do zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, co stanowi o naruszeniu zasad określonych w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 23 grudnia 2015 r. wykonawca, K.A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Trade Projekt mgr inż. K.A., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 8 stycznia 2015 r. złożył na posiedzeniu odpowiedź na

odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie określa liczby osób, które powinny wziąć udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w oparciu o dotychczasowe doświadczenie pozostawił wykonawcom koncepcje i sposób wykonania zamówienia, zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, bez znaczenia pozostają zarzuty dotyczące liczby 10 pracowników, którymi zamierza się posłużyć Przystępujący przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie Zamawiającego, przedstawiony przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2015 r. (złożonych Zamawiającemu w dniu 10 grudnia 2015 r.) sposób realizacji zamówienia, przy użyciu nowoczesnych, wydajnych maszyn, uzasadnia zaoferowanie ceny na poziomie, który wskazał Przystępujący. Użycie powołanych przez Przystępującego maszyn pozwala zoptymalizować koszty realizacji zamówienia. Odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Tym samym nie sposób mówić o rażąco niskiej cenie w przypadku, gdy wykonawca nie zaoferował ceny nierealistycznej, nierynkowej, nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia, poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rynkową wartość ceny zaoferowanej przez Przystępującego potwierdza fakt, że jej wysokość nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Nawet w przypadku uznania, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego pozostawiały pewne wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia za tę cenę, to zachodzi możliwość powtórzonego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty w tej sytuacji należy uznać za przedwczesny. Odwołujący wywodzi uzasadnienie do odrzucenia oferty nie z merytorycznej treści wyjaśnień, a z istniejących jego zdaniem wątpliwości, co nie jest jednak wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zdaniem Zamawiającego, równie niezasadny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jest on związany z bezpodstawnymi uwagami dotyczącymi kosztów pracy, którym Odwołujący przypisuje, niewynikające z SIWZ w tym konkretnym postępowaniu, znaczenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację materialno-prawną, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającą do wniesienia odwołania.

Przystępująca, K.A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Trade Projekt mgr inż. K.A. – skutecznie przystąpiła do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Konsorcjum Odwołującego - Garden Designers M.D. i P.H.U. C.K. EKOTrans zaoferowało cenę – 743 532,20 zł, wykonawca Trade Projekt mgr inż. K.A. – 529 956,00 zł oraz wykonawca Architektura Zieleni Hortus R.C. – 685 170,04 zł (oferta została odrzucona).

Zamawiający przewidział kwotę 1 080 000,00 zł na sfinansowanie zamówienia. Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 1 000 000,00 zł.

Cena oferty złożonej przez Przystępującego Trade Projekt stanowi 52 % wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz zarazem 81 % średniej ceny wszystkich złożonych w tym postępowaniu ofert (wraz z ofertą Przystępującego).

Zamawiający wezwał wykonawcę Trade Projekt pismem z dnia 8 grudnia 2015 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający sformułował wezwanie w sposób szczegółowy, wskazując, że zaoferowana przez wykonawcę cena „nie daje podstaw do uznania, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.” Zamawiający wezwał do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty oraz do wykazania z przedstawieniem dowodów, że oferta obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia w całości, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, że szczególnym uwzględnieniem elementów, które wykonawca uważa za istotne i które miały wpływ na wysokość ceny, tj.: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne oraz dotyczące organizacji pracy, możliwość uzyskania pomocy publicznej, koszty transportu i użycia sprzętu przy realizacji zamówienia. Zamawiający poprosił także o przedstawienie charakteru stosunku prawnego, na podstawie którego osoby zaangażowane do wykonywania przedmiotu zamówienia będą świadczyły pracę/usługi oraz stosownych w tym zakresie obliczeń. Zamawiający pouczył także wykonawcę o możliwości przedstawienia dowodów dotyczących innych elementów oferty, które w jego ocenie mają wpływ na wysokość ceny oferty, co oznacza że nie ograniczył wykonawcy co do zakresu

składanych wyjaśnień.

Sam fakt zaoferowania przez wykonawcę ceny na poziomie, który uprawniał Zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie był kwestionowany przez żadną ze stron ani uczestnika postępowania odwoławczego.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 10 grudnia 2015 r. Wykonawca przedstawił wyjaśnienia w formie opisu o charakterze bardzo ogólnym. Wyjaśnienia nie zawierają konkretnych informacji odnoszących się do sposobu kalkulacji kosztów niezbędnych do poniesienia przy realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca wskazał w szczególności na swoje doświadczenie, na rodzaj posiadanego sprzętu, nie podając żadnych konkretnych ilości sprzętu, który będzie wykorzystany przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Podobnie w sposób ogólny opisany został sprzęt do zimowego utrzymania parkingów. Wykonawca wskazał także na obniżkę w 2015 r. ceny paliwa do maszyn i pojazdów w porównaniu z rokiem 2014 oraz możliwość hurtowego zakupu paliwa w cenie o 20 gr niższej za 1l paliwa. Wykonawca wskazał ponadto na niższe koszty pracy (o 4 etaty) z uwagi na możliwość zatrudnienia 3 stażystów z Powiatowego Urzędu Pracy oraz pomoc współmałżonka. W celu uwiarygodnienia swojej rzetelności wykonawca załączył do wyjaśnień listy referencyjne od kilku zamawiających. Ponadto, wykonawca wyjaśnił, że posiada zapasy materiałów z ubiegłego sezonu w postaci żyłki do kos spalinowych, oleju Husqvarna LS+ do mieszanki paliwowej, oleju do silników kosiarek. Jako kolejny atut wykonawca wskazał na fakt posiadania zezwolenia na transport odpadów, dzięki czemu nie korzysta z zewnętrznych usług w tym zakresie, a także pojazd do przewozu odpadów i umowy ze składowiskiem odpadów w Rokitnie i RIPOK Kom-EKO, co wpływa na konkurencyjność firmy na rynku. Wykonawca wyjaśnił, że posiada pojazd zwykłą do prac z drzewostanem, dzięki czemu koszty usług zewnętrznych są niskie. Wykonawca oświadczył, że kalkulując cenę oferty uwzględnione zostały takie czynniki jak np. zysk, koszty transportu, koszty uzgodnień, koszty pracy na podstawie umów cywilnoprawnych wg stawki 13 zł brutto za godz. oraz że jako firma rodzinna z pewnością ma mniejsze koszty stałe niż konkurencja. Wykonawca zagwarantował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową złożoną w postępowaniu, powołując się na zaufanie i dotychczasową dobrą współpracę w zakresie realizacji zadania w Ogrodzie Botanicznym. Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach „Uproszczony kosztorys na utrzymanie zieleni i sprzętanie na terenach UMCS”, składający się z 6 pozycji:

1. praca (6 os. x średnio 21 dni roboczych w miesiącu x 8 godz. x 13 zł brutto – 13104,00 zł
2. Paliwo 150L x 4,55 – 682,50 zł,
3. Usługi obce – 1000,00 zł,

4. Materiały (w tym rośliny, środki ochrony roślin i inne) – 1000,00 zł,
5. Utylizacja odpadów – 1000,00 zł,
6. Zysk netto – 2576,00 zł,

Wykonawca w ww. kalkulacji przedstawił koszty miesięczne uśrednione w okresie 24 miesięcy realizacji zamówienia w wysokości 19363,00 zł /mc.

Wykonawca załączył do wyjaśnień wniosek o organizację stażu dla bezrobotnych z dnia 30 listopada 2015 r., złożony w Powiatowym Urzędzie Pracy w Lublinie w dniu 1 grudnia 2015 r., przykładową umowę o staż, zaświadczenie o posiadanych uprawnieniach w zakresie inspektora nadzoru prac na terenach zieleni, dyplom KUL Wydział Matematyczno-Przyrodniczy, 12 szt. listów referencyjnych oraz ulotkę kosiarek Grillo, dowód rejestracyjny samochodu specjalnego Mercedes-Benz, zaświadczenie o wykonanych badaniach technicznych podestu ruchomego.

Jak wynika z wyjaśnień, niektóre elementy przedmiotu zamówienia wykonawca wycenił w oparciu o własne doświadczenie, bez przedstawienia jakichkolwiek składowych elementów kosztotwórczych. Przedstawiona przez wykonawcę „kalkulacja”, którą sam Przystępujący w toku rozprawy określił jako „wstępną”, nie odnosi się w sposób szczegółowy do części kosztów, które wykonawca musi ponieść w toku realizacji zamówienia, w szczególności w odniesieniu do pracowników, w tym stażystów i współmałżonka. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę opisują szereg czynników, których znaczenie dla obniżenia ceny oferty nie zostało przez wykonawcę w wymierny sposób określone. Wykonawca nie przedstawił racjonalnych i obiektywnych podstaw do obniżenia kosztów realizacji zamówienia dostępnych tylko temu wykonawcy, w odróżnieniu od przeciętnego wykonawcy w tej branży działającego na rynku. Nie przedstawił w sposób wymierny wpływu przedstawionych okoliczności na cenę złożonej oferty.

Wykonawca wskazał m.in. na możliwość obniżenia ceny ze względu na własne doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu usług koszenia wielkopowierzchniowego przy użyciu specjalistycznego sprzętu i wprowadzonym innowacyjnym systemie koszenia wielkopowierzchniowego. Okoliczność ta nie została wykazana, jako wyjątkowo korzystna właściwość, umożliwiająca obniżenie ceny oferty o konkretną wartość. Zauważyć należy, że odpowiedni poziom doświadczenia był wymagany przez Zamawiającego od wszystkich wykonawców, a ponadto, jak wynika z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego wraz z ofertą, doświadczenie własne Przystępującego nie było wystarczające do wykazania spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący posiłkuje się w tym zakresie doświadczeniem udostępnionym mu na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, przez podmiot trzeci, tj. firmę ABC- Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Przedstawiając możliwość wykonywania usługi koszenia wielkopowierzchniowego Przystępujący nie wykazał, w jakim stopniu powyższa okoliczność wpłynęła na możliwość

obniżenia ceny oferty. Wykonawca nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji w tym zakresie. Nie wyjaśnił także, jaki wpływ na poziom kosztów wykonania usługi będzie miało wykorzystanie innowacyjnego i oszczędnego systemu koszenia przy użyciu specjalistycznego sprzętu. Przystępujący nie wyjaśnił, jak się ma użycie takiego sprzętu do wymagań zawartych w treści postanowienia 1.1. Szczegółowego Opisu Prac na poszczególnych terenach UMMS, w którym Zamawiający wskazał wyraźnie, że: „Wykonawca powinien dysponować odpowiednim sprzętem umożliwiającym koszenie na obszarze zróżnicowanym pod względem ukształtowania terenu, występowania roślin towarzyszących, małej architektury ogrodowej. Koszenie powinno odbywać się za pomocą lekkiego sprzętu - kosiarek spalinowych ręcznych (pchanych) - w tym przynajmniej 1 kosiarki spalinowej, do precyzyjnego koszenia trawy przy rabatach wymagających szczególnej ostrożności, z uwagi na możliwość uszkodzenia roślin, kosiarek samojezdnych, kos spalinowych. Podczas wykonywania przedmiotu zamówienia należy szczególnie zadbać o nieuszkodzenie roślin znajdujących się na towarzyszących trawnikom rabat i rosnących na obszarze trawników”.

Wobec braku przedstawienia dowodów przez Przystępującego w powyższym zakresie nie można uznać, że prace te będą wykonane w sposób należyty, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Wykonawca wskazał także sprzęt służący do wykonywania usługi zimowego utrzymania parkingów samodzielnie, nie wyjaśniając, w jaki sposób przekłada się to na możliwość obniżenia ceny świadczonej usługi. Zauważyć przy tym należy, że wykonawca w swojej ofercie wskazał koszty wykonania ww. zakresu prac na poziomie wyższym niż Odwołujący, trudno zatem uznać, że poniesione przez Przystępującego koszty w tym zakresie mogą mieć wpływ na obniżenie ceny oferty.

Przystępujący wycenił koszty paliwa średnio na 682,50 zł miesięcznie. Wykonawca nie przedstawił rzeczywistych podstaw do wyliczenia tego kosztu, z uwzględnieniem okoliczności, że przedmiot zamówienia obejmuje 23 oddalone od siebie lokalizacje, a baza techniczna wykonawcy, jak wynika z decyzji w sprawie wydania zezwolenia na transport odpadów z dnia 24 lutego 2014 r., znajduje się w miejscowości oddalonej od miejsca świadczenia usługi o ok 16 km, a także z uwzględnieniem średniego spalania pojazdów do wywozu odpadów, w tym odpadów zielonych oraz przewozu pracowników i paliwa do narzędzi - pił, kos, kosiarek.

Z przedstawionej kalkulacji wynika, że Przystępujący uwzględnił koszty personelu na poziomie 6 osób, przyjmując jednak w swoich założeniach, że wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi przy udziale 10 osób. Wykonawca nie przedstawił dowodu, że w całym okresie wykonywania zamówienia będzie dysponował 3 stażystami z urzędu pracy, nie ponosząc przy tym żadnych kosztów z tego tytułu. Przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia

kosztów zapewnienia odzieży roboczej i środków ochrony indywidualnej, posiłków, wody oraz szkoleń bhp i ppoż. lub obowiązku zatrudnienia stażysty po odbyciu stażu na podstawie umowy zlecenia na okres nie krótszy, niż czas odbywania stażu w okresie dwóch lat realizacji zamówienia.

Jak wynika z wyjaśnień i kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego, zakłada on wykonywanie usług średnio przez 21 dni w miesiącu, co jest niezgodne z postanowieniem 2.1. i 2.2. Szczegółowego Opisu Prac na poszczególnych terenach UMCS przewidującym, że usługi w zakresie prac porządkowych i całorocznych mają być świadczone codziennie.

Przystępujący przewidział też pomoc współmałżonka w realizacji zamówienia - w pełnym wymiarze czasu pracy, nie przewidując w tym zakresie żadnych kosztów, w szczególności w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia emerytalnego, rentowego, chorobowego lub wypadkowego.

Złożone Zamawiającemu powyższe wyjaśnienia i kalkulacja ceny oferty nie pokrywają się w pełni z wyjaśnieniami i kalkulacją przedłożoną przez Przystępującego na rozprawie - w piśmie procesowym z dnia 9 stycznia 2016 r., co, w ocenie Izby, jest bardzo istotne z punktu widzenia rzetelności i wiarygodności tych wyjaśnień Przystępujący wyjaśnił na rozprawie, że kalkulacja przedstawiona Zamawiającemu była kalkulacją wstępną tzw. ostrożnościową (zawyżoną w zakresie paliwa, utylizacji śmieci) i przedstawił nowe wyliczenia na podstawie kalkulacji tzw. szczegółowej, załączonej do ww. pisma procesowego. Planowane koszty uległy zmianie we wszystkich pozycjach kalkulacji średnich kosztów miesięcznych. Przystępujący przyjął dodatkowo założenia, nieujęte w pierwotnych wyjaśnieniach - w zakresie przychodów z tytułu odśnieżania i sprzedaży zrębki, drewna, kompostu, materiałów recyklingowych. Przystępujący nie skalkulował jednak w tym zakresie żadnych kosztów, które musiałby ponieść, aby te przychody uzyskać. Przystępujący wyjaśnił dodatkowo, iż posiada inne nieruchomości na terenie Lublina, które może wykorzystać pod działalność gospodarczą, jako bazę techniczną lub też może wynajmować garaże na terenie uczelni, aby uniknąć kosztów codziennych dojazdów sprzętu. Przystępujący wyjaśnił, że liczba 10 pracowników została wskazana w pierwotnych wyjaśnieniach jako maksymalna, a w istocie do wykonania zamówienia wystarczająca jest liczba 6 pracowników. Ponadto, codzienne świadczenie usług dotyczy tylko sprzątnięcia zanieczyszczeń, alejek i trawników, które to prace są wykonywane do godz. 7.30 i według założeń wykonawcy będą one zajmowały tylko ok. 1-2 godziny, co mieści się w czasie pracy przewidzianym przez Przystępującego.

Przystępujący załączył do ww. pisma procesowego dowody w postaci:

- informacji sprzedawcy, serwisanta i producenta o ilości spalanej paliwa przez kosiarki spalinowe Husqvarna 545RX, Hitachi CG47EY-t oraz RideryR216,
- oświadczenia dostawcy soli drogowej o współpracy z Przystępującym w zakresie

dostawy soli drogowej po cenach indywidualnych,

- oświadczenia producenta materiału roślinnego o współpracy z Przystępującym w zakresie dostarczania materiału roślinnego po cenach indywidualnych,
- potwierdzenie PUP w Lublinie o zorganizowaniu stażu na okres 3 miesięcy dla trzech osób,
- umowę na przyjmowanie odpadów na składowisku w Rokitnie,
- umowę o współpracy w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych ze spółką KOM-EKO S.A.
- umowę na usługi telekomunikacyjne,
- oświadczenie sprzedawcy paliw o współpracy w dostawie paliw „po cenach hurtowych”,
- wydruki z Internetu odnośnie cen drewna opałowego,
- kopie aktów notarialnych potwierdzających posiadane przez Przystępującego nieruchomości na terenie Lublina.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba stoi na stanowisku, że wyjaśnienia składane Zamawiającemu przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, stanowią podstawę do oceny przez Zamawiającego w zakresie stwierdzenia, czy cena oferty jest cena rażąco niska. To na etapie postępowania przed Zamawiającym Przystępujący powinien wykazać realne uzasadnienie do obniżenia ceny oferty, do poziomu budzącego uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Dlatego też wyjaśnienia składane przed Izbą nie mogą zastępować tych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, a dowody składane w postępowaniu odwoławczym mogą mieć znaczenie jedynie pomocnicze.

W okolicznościach niniejszej sprawy dowody przedstawione przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym nie mają istotnego znaczenia dla potwierdzenia realności ceny oferty, gdyż nie potwierdzają konkretnych wartości poszczególnych składowych elementów kosztów, przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji ceny oferty. Oświadczenia o współpracy z poddostawcami wskazują jedynie na „ceny indywidualne”, które nie określają tym samym żadnego konkretnego poziomu cen dostaw (paliwa, soli drogowej, materiałów roślinnych), który mógłby wpłynąć na obniżenie ceny oferty. Pozostałe dowody również nie potwierdzają realności kosztów przyjętych do kalkulacji przedstawionej Zamawiającemu – Przystępujący nie wykazał ich wymiernego znaczenia dla obniżenia ceny oferty i w związku z tym nie dowodzą one rzetelności kalkulacji ceny oferty. Należy stanowczo podkreślić, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie mogą stanowić „kalkulacji wstępnej”, jak to wyjaśnił Przystępujący w niniejszym postępowaniu. To właśnie wyjaśnienia składane Zamawiającemu muszą być wiarygodne i rzetelne, a jednocześnie stanowcze i przekonujące Zamawiającego, że cena podana w ofercie jest skalkulowana na konkretnych, wymiernych, przeanalizowanych i pewnych danych. Wyjaśnienia złożone

Zamawiającemu przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu nie mają takiego charakteru, co potwierdza zebrany w sprawie materiał dowodowy.

Reasumując powyższe, należało stwierdzić, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia na etapie oceny ofert wskazują, że wykonawca złożył ofertę zawierającą cenę, która nie uwzględnia wszystkich niezbędnych do poniesienia kosztów wykonania zamówienia, a zatem należy uznać, że cena tej oferty jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia potwierdzają taki wniosek, gdyż wykonawca nie przedstawił dowodów wskazujących jednoznacznie, że kalkulacja ceny oferty została przeprowadzona przez Przystępującego w sposób rzetelny, z uwzględnieniem wszystkich kosztów, które są konieczne do prawidłowego zrealizowania zamówienia. Tym samym należało uznać, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że przyjęta przez wykonawcę w ofercie cena nie zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia bez ryzyka, że zamówienie nie zostanie wykonane w sposób należyty, a wykonawca poniesie stratę, która przekroczy założony zysk. Powyższe skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp. Jednocześnie w ocenie Izby nie ma podstaw do ponownego wzywania Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż dodatkowe wyjaśnienia zostały przedstawione przez Przystępującego na rozprawie, a zatem kolejne wezwanie ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień należałoby pochylić jako niedozwolone i naruszające równe traktowanie wykonawców negocjacje pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

W ustalonym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła spełnienia się przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, do odrzucenia oferty. Odwołujący wywodził, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., poz. 1503 tj. ze zm.), jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W uzasadnieniu faktycznym podnosił, że oferta Przystępującego zawiera zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia przy udziale 10 osób, jednak w celu zmaksymalizowania swojej przewagi cenowej nad innymi uczestnikami rynku, tj. wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, nie przewiduje uiszczania obowiązkowych składek do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, które to działanie jest wprost sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca skalkulował zatem koszty oferty bez uwzględnienia pełnych kosztów osobowych, zakładając realizację zamówienia przy udziale stażystów skierowanych z urzędu pracy, mimo braku gwarancji skierowania wskazanych

osób do odbycia stażu w przedsiębiorstwie wykonawcy, które to działanie takie utrudnia innym wykonawcom dostęp do przedmiotowego zamówienia, bowiem prowadzi do przyjęcia nierynkowej stawki roboczogodziny pozostałych i będących w dyspozycji wykonawcy osób z personelu. Odwołujący nie przeprowadził jednak dowodu, który potwierdzałby fakt nieodprowadzania przez Przystępującego składek do ZUS, co stanowiłoby o naruszeniu obowiązujących przepisów prawa. Sam fakt braku uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty tych kosztów nie stanowi dowodu na okoliczność, że takie składki faktycznie nie są lub nie będą odprowadzane. Odwołujący nie wykazał zatem, że sposób skalkulowania ceny oferty w zakresie kosztów osobowych stanowi naruszenie jakiegokolwiek przepisu obowiązującego prawa. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że powyżej opisane działanie wykonawcy miało na celu utrudnienie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, tj. stanowiło zamierzone działanie utrudniające swobodę działalności gospodarczej, zrealizowane za pomocą środków, które nie znajdują oparcia w mechanizmach konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, 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 odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Tym samym, złożenie oferty Trade Projekt nie wypełnia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp

Zaniechanie odrzucenia oferty Trade Projekt mgr inż. K.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp doprowadziło do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej, co przesądza w konsekwencji - o naruszeniu zasady określonej w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając ustalony w toku postępowania stan rzeczy, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: