

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2019 r. przez **Wykonawcę – M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MK M. K.**, ul. Ogrodowa 32, 32-064 Rudawa w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Trzebinia**, ul. Marszałka Piłsudskiego 14, 32-540 Trzebinia

przy udziale

Wykonawcy – J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GARDEN J. P., ul. Kościuszki 80, 32-540 Trzebinia, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 1 kwietnia 2019 r. polegającą na wyborze w sektorze E oferty GARDEN J. P. oraz nakazuje powtórzyć czynność weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym nakazuje wezwać Wykonawcę GARDEN J. P. do złożenia wykazu osób oraz uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w sposób umożliwiający ustalenie zakresu udostępnionych zasobów oraz sposobu ich udostępnienia. Zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty (nr 1, 2 i 3) i wykluczenia Wykonawcy Garden J. P. (nr 4, 5, 7) nie uwzględnia.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Trzebinia i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MK M. K. w Rudawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego – Gminy Trzebinia na rzecz Wykonawcy – M. K. (MK M. K.), kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Gminę Trzebinia, na *utrzymanie terenów zieleni miejskiej w gminie Trzebinia w sektorach A,B,C,D,E,F,G* (nr postępowania: GK.KGK.271.1.2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.01.2019 r., 2019/S 020-043679, wobec czynności dotyczących zamówienia w sektorze E i polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej (Garden J. P.) Wykonawca – M. K. (MK M. K.) wniósł w dniu 12 kwietnia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 679/19).

W dniu 17.04.2019 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca J. P. (GARDEN J. P.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz zaniechanie odrzucenia oferty Garden J. P. pomimo, że wyjaśnienie potwierdzają, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego sektorem E;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Garden J. P., której treść nie odpowiada treści siwz;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Garden J. P. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Garden J. P. pomimo, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 16) lub – co najmniej – który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Garden J. P. w sektorze E, który należąc z innym wykonawcom do wspólnej grupy kapitałowej w rozumieniu UOKiK, złożyli odrębne oferty częściowe i nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ewentualnie, art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Garden J. P. z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwania Garden J. P. do uzupełnienia oświadczeń i

- dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym zobowiązania do udostępnienia zasobów, z którego jednoznacznie i wyczerpująco wynikać będzie zakres udostępnionych zasobów oraz sposób ich udostępnienia;
- 7) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania Garden J. P. za odrzuconą w sektorze E;
 - 8) art. 26 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Garden J. P. w sektorze E do złożenia wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego;
 - 9) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór wykonawcy Garden J. P. w sektorze E pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty, ewentualnie wykluczenia wykonawcy z postępowania, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów wymaganych w postępowaniu;
 - 10) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty, ewentualnie wykluczenia wykonawcy z postępowania, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów wymaganych w postępowaniu;
 - 11) innych przepisów przywołanych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Garden J. P. w sektorze E, dokonania ponownego badania i oceny ofert w sektorze E, odrzucenia oferty Garden J. P., wykluczenia wykonawcy Garden J. P. z postępowania w sektorze E, ewentualnie wezwania wykonawcy Garden J. P. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w sektorze E (oferty Odwołującego).

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz w zw. z art. 90 ust. 1-2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał na złożone w sektorze E oferty: Garden J. P. (78.800 zł – 37,63 % szacunkowej wartości zamówienia), Odwołujący (136.109,16 zł brutto – 64,99 % wartości szacunkowej zamówienia), LUCMARK L. W. (172.800 zł brutto – 82,51% wartości szacunkowej zamówienia). Odwołujący zakwestionował złożone wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, jako niewiarygodne, wzajemnie

sprzeczne, nie ujmuje wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia. Nie odnoszą się do żadnych indywidualnie przysługujących wykonawcy czynników, które uzasadniałyby tak znaczne zniżenie ceny oferty. Nie odnoszą się również do wszystkich elementów objętych wezwaniem Zamawiającego z dnia 7.03.2019 r. Co więcej Zamawiający bezpodstawnie wezwał wykonawcę do wyjaśnienia dodatkowych okoliczności, ponieważ już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca jest zobowiązany podać wszelkie informacje niezbędne dla wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i obalenia domniemania rażąco niskiej ceny wynikającego z wezwania z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W konsekwencji wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska, co obliguje do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i art. 90 ust. 1-2 Pzp.

Odwołujący podważał poprawność założeń przyjętych do wyliczenia ceny, tj. porównania z wyceną sektora B (zrealizowanego w poprzednim roku przez A. P. - podwykonawcę), które różni się zakresem prac podyktowanym uwarunkowaniami terenowymi (odległościami oraz ukształtowaniem terenu). Odwołujący, który był wykonawcą usługi w sektorze E posiada wiedzę i doświadczenie, których nie posiada J. P., który swoją działalność rozpoczął na dwa dni przed terminem składania ofert. Nie sposób tym samym dać wiary wyjaśnieniom wykonawcy, że dokonał wyceny zamówienia w sektorze E zgodnie z wymogami określonymi przez gminę Trzebinia w oparciu o przedmiar robót w sektorze E, stanowiący załącznik do SIWZ i będący integralną częścią umowy, jak również oględziny w przedmiotowym terenie ze szczególnym uwzględnieniem ukształtowania terenu, ilości zieleni do pielęgnacji w okresie wegetacyjnym.

Zgodnie z pkt 3.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wszyscy pracownicy wykonujący zamówienie (pracownicy fizyczni) byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Nawet koszt podany przez wykonawcę dotyczący jednego pracownika jest znacznie zniżony, ponieważ nie uwzględnia kosztów pracodawcy, a jedynie wynagrodzenie netto w wysokości 1806,25 zł ($1806,25 \text{ zł} \times 16 = 28.900 \text{ zł}$). Tymczasem łączny koszt pracodawcy to 2710,81 zł, co łącznie daje kwotę 43.372, 96 zł ($2710,81 \text{ zł} \times 16 = 43.472, 96 \text{ zł}$). **Oznacza to zniżenie kosztów pracowniczych 1 osoby na poziomie 14.472, 96 zł.**

Ponadto, jak wskazano powyżej, Zamawiający wymagał dysponowania minimum 3 osobami. W związku z tym wymaganiem Zamawiający w piśmie z 25.03.2019 r. wystosował do wykonawcy wniosek o sprecyzowanie wysokości kosztów pracowników zatrudnionych przy realizacji przedmiotowej usługi, ponieważ zostały uwzględnione tylko koszty jednej osoby. W odpowiedzi z 25.03.2019 r. wykonawca wskazał, że drugą osobą będzie on sam, a trzecią ze strony podwykonawcy właściciel osobiście. Wykonawca nie uwzględnił żadnych kosztów związanych z obciążającym go ZUS (nawet w obniżonej wysokości i za niepełny okres).

Ponadto powyższe oświadczenie pozostaje w sprzeczności z treścią złożonej oferty, ponieważ swoje osobiste zaangażowanie w realizację zamówienia wykonawca ograniczył do wykonywania transportu na składowisko odpadów zielonych oraz śmieci. Pozostały zakres prac miał zostać zlecony podwykonawcy - FFHUT OL-TRANS A. P. Niezależnie zatem od zasadniczych wątpliwości, czy warunek udziału w Postępowaniu (wraz z wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę) w zakresie potencjału kadrowego mógł być spełniony w ten sposób, że jednym z pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia mógł być sam wykonawca, kalkulacja nie uwzględnia ograniczenia zakresu jego zaangażowania wynikającego z oferty. Oznacza to zatem, że w wycenie nie została ujęta jeszcze jedna osoba, która będzie wykonywała zakres wymagany w SIWZ, przekraczający transport.

Co do trzeciej osoby wskazanej ze strony podwykonawcy jako właściciel osobiście, to powyższe oświadczenie budzi zasadnicze wątpliwości. Zakres prac objęty przedmiotem zamówienia obejmuje uciążliwą pracę fizyczną, która nie jest co do zasady wykonywana przez kobiety. Ponadto A. P., według wiedzy Odwołującego, zatrudniona jest na pełen etat w administracji publicznej, stąd z pewnością nie będzie wykonywała pracy objętej przedmiotem zamówienia. Należy nadto zauważyć, że A. P. złożyła ofertę na sektor A i B, stąd sama dysponować musi co najmniej 6 dodatkowymi osobami do realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę, że Garden J. P. poza sektorem E złożył ofertę na sektor G, gdzie FFHUT OL-TRANS także użyczył mu zasoby w postaci doświadczenia, zatem będzie uczestniczyć w realizacji usług jako podwykonawca, podmiot ten musi dysponować 12 osobami do wykonania zamówienia. Według wiedzy Odwołującego nie posiada on personelu w takiej liczbie.

W konsekwencji - poza zaniżeniem kosztów wynagrodzenia 1 osoby o ponad 14 000 zł, wykonawca w ogóle nie uwzględnił kosztów zatrudnienia trzeciej osoby. Nie sposób uwzględnić w tym zakresie oświadczenia o możliwości skorzystania z subsydiowanego zatrudnienia czwartej osoby, ponieważ wykonawca wskazał jedynie na taką możliwość, a nie na fakt, że zostało to uwzględnione w wycenie. Jego twierdzenia odnoszą się do sytuacji hipotetycznej. Określoną liczbą osób miał on dysponować w terminie składania ofert. Ponadto nie zostało w żaden sposób udowodnione, że taka możliwość w ogóle istnieje. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na to, że pozyskał takiego pracownika i nim dysponuje. Jest to tym bardziej wątpliwe z uwagi na treść oferty obejmującą zakres podwykonawstwa oraz fakt założenia działalności gospodarczej na 2 dni przed terminem składania ofert. Wyjaśnienia dodatkowe są w tym przypadku całkowicie gołosłowne.

Wykonawca w wyjaśnieniach w ogóle nie odniósł się do kosztów podwykonawcy. Nie załączył żadnej umowy podwykonawczej, pomimo że Zamawiający wymagał przedłożenia dowodów potwierdzających elementy kosztotwórcze.

W wyjaśnieniach wykonawca nie wskazał żadnych kosztów sprzętu ani jego użytkowania, pomimo że dysponowanie nim stanowiło warunek udziału w postępowaniu, jak również stanowią istotny dla niego koszt, choćby z tego względu, że wykonawca dopiero rozpoczynał działalność gospodarczą. Zamawiający w piśmie z 25.03.2019 r. zwrócił się o uszczegółowienie informacji, czy sprzęt wykorzystany do realizacji zamówienia jest własnością wykonawcy, czy jest dzierżawiony. W odpowiedzi wykonawca złożył oświadczenie, że wymagany sprzęt wykorzystywany do realizacji zadania w sektorze E jest jego własnością, a samochód do 3,5 tony i traktorek będzie dzierżawiony. Załączył wykaz narzędzi potwierdzający powyższe i fakturę z dnia 15.03.2019 r. dokumentującą zakup sprzętu. Żadna umowa dzierżawy nie została jednak załączona, toteż oświadczenie wykonawcy pozostaje całkowicie gołosłowne i niewiarygodne, biorąc choćby pod uwagę fakt, że rejestracja działalności nastąpiła 4.03.2019 r.

Wykonawca nie prowadził wcześniej działalności, był osobą bezrobotną, która otrzymała dofinansowanie z UP na rozpoczęcie działalności w kwocie 19 000 zł. Do umowy z UP dołączonej do wyjaśnień z 11.03.2019 r. nie został wprawdzie załączony wniosek, ale z zakresu działalności wykonawcy wskazanej w umowie z UP można domniemać, że faktura przedstawiona Zamawiającemu została opłacona z otrzymanego wsparcia. Należy jednak zwrócić uwagę, że wykonawca złożył także ofertę w sektorze G, gdzie były wymagane narzędzia w ilości, która łącznie z sektorem E nie znajduje pokrycia w złożonej fakturze. W wykazie narzędzi dla sektora G złożonym w dniu 14 marca 2019 r. (zatem wcześniej niż w przypadku sektora E) wykonawca zadeklarował, że dysponuje na własność narzędziami: kosą spalinową 2 szt., kosiarką spalinową 1 szt., nożycami spalinowymi do żywopłotu 1 szt., dmuchawą do liści 1 szt., piłą spalinową 1 szt. W zakresie samochodu i traktorka zadeklarował najem. Zgodnie z treścią przedłożonej faktury obejmuje ona 3 kosi spalinowe (brakuje 1), 2 szt. kosiarek spalinowych (brakuje 1), 1 nożyce spalinowe do żywopłotu (brakuje 1), 2 dmuchawy do liści (brakuje 1), piłę spalinową (brakuje 1). Pomijając datę zakupu wszystkich narzędzi po terminie składania ofert, jest wysoce wątpliwe, że wykonawca istotnie dysponuje wszystkimi niezbędnymi narzędziami, w tym że dysponuje nimi na własność. Koszt brakującego sprzętu nie został nigdzie ujęty. Przypomnieć należy, że Zamawiający wykluczył możliwość, aby wykonawca wykorzystywał te same narzędzia w więcej niż 1 sektorze. Wykonawca musiał dysponować tyłoma kompletami narzędzi, na ile sektorów złożył ofertę - w tym przypadku 2. Nie mógł zatem wykorzystać ani ująć w wykazie dla sektora E tych samych narzędzi co w wykazie dla sektora G (i to złożonym wcześniej).

Uwzględnić także należy w wycenie koszt drobnych napraw sprzętu, który podlegał będzie intensywnej eksploatacji. Koszt ten oszacować należy na około **4 500 zł**.

Wskazać należy, że koszt dzierżawy traktorka to około 2000 - 2200 zł miesięcznie. Licząc 5 miesięcy, nie został uwzględniony koszt na poziomie **10.000 zł**. Z kolei koszt dzierżawy samochodu to około 3.500 zł miesięcznie, 9 miesięcy to koszt **31.500 zł**.

Założenia dotyczące cen paliwa są całkowicie nierealne. Wykonawca przyjął do kalkulacji, że w okresie realizacji zamówienia cena paliwa wynosić będą: 4,6 zł za 1 litr benzyny Pb i 5,20 zł za litr ON. Tymczasem faktyczne ceny za 1 litr benzyny wynoszą ponad 5 zł za litr i wskazują na tendencję wzrostową.

Ponadto wykonawca całkowicie pominął sposób kalkulacji kosztu paliwa w okresie realizacji zamówienia. Został on ujęty łącznie wraz z innymi kosztami (str. 4 wyjaśnień): „Koszty paliwa, oleju, żyłki i inne 7000 zł”. Wykonawca nie wskazał żadnego podziału tych kosztów, w tym nie wskazał, jaki koszt stanowi paliwo. Nie podał także, co ujmuje jako „inne koszty” i jaka wartość dotyczy innych kosztów.

W kosztorysie wykonawcy pominięto całkowicie koszty zgrabienia trawy po skoszeniu. Konieczność ujęcia takich kosztów wynika z warunków realizacji przedmiotu zamówienia (została ujęta w przedmiarze). Także treść wyjaśnień Garden J. P. potwierdza, że tylko część (około 30%) terenu będzie koszone sprzętem zbierającym trawę, konieczne było zatem doliczenie kosztów osobowych zgrabienia trawy po skoszeniu. Zgodnie z doświadczeniem Odwołującego czas pracy osoby grabiącej jest równoważny z czasem pracy kosiarza. Tymczasem Garden J. P., pomimo takiej konieczności, w ogóle w kosztorysie zawartym w wyjaśnieniach nie zawarł wyceny kosztów zgrabienia skoszonej trawy.

Wykonawca Garden J. P. przyjął, że koszenie trawy to 7 etatów. Nawet przyjmując przedmiotowe założenie i uwzględniając, że grabienie trawy dotyczyć będzie 70% powierzchni koszonej, konieczne było uwzględnienie kosztów w wymiarze 4,9 etatu (70% x 7 etatów). Koszt 1 etatu miesięcznie to 2710,81zł. Tym samym w wycenie należało ująć **13.282,97 zł**, których brakuje.

Przedmiotem zamówienia objęty został wywóz trawy. Wywóz skoszonej trawy wymaga uprzedniego załadowania skoszonej trawy (z udeptaniem lub ubiciem), co wynika z przedmiaru robót w sektorze E. Z uwagi na konsystencję skoszonej trawy jest to zajęcie pracochłonne. Tymczasem koszty załadunku trawy na samochód zostały całkowicie w wyjaśnieniach pominięte. Przyjmując na podstawie doświadczenia, że załadunek skoszonej trawy to około 20% (0,2) czasu pracy kosiarza, który wykonawca szacował na 7 etatów, brakujący koszt obejmuje 1,4 etatu. W konsekwencji w wycenie należało ująć **3 794,25 zł**.

Przedmiotem zamówienia objęty został także wywóz liści. Wywóz liści, podobnie jak skoszonej trawy, wymaga uprzedniego załadowania liści z udeptaniem lub ubiciem, co

wynika z przedmiaru robót w sektorze E. Jest to zadanie bardziej pracochłonne niż załadunek trawy, zatem na podstawie doświadczenia przyjęć należy wymiar około 0,4 etatu. Firma Garden J. P. przyjęła 3 etaty do czynności grabienia wiosennego i jesiennego, zatem załadunek to około 1,2 etatu. Brakujący koszt to **3 252, 21 zł**.

Wykonawca w treści wyjaśnień w ogóle nie uwzględnił wyceny kosztów transportu trawy, liści, gałęzi do miejsca ich zagospodarowania (instalacji BM Recykling w Chrzanowie). W wyjaśnieniach Garden J. P. uwzględniono wyłącznie koszt utylizacji we wskazanej instalacji, natomiast całkowicie pominięto koszty transportu. Jest to około 64 kursów (64 kursów wynika z przedmiaru robót poz. KNP 13/1272/2 - 52 kursy oraz 13/1269/6 - 2 kursy x 6 sołectw) po 30 km (odległość) wywóz po każdym skoszeniu, to jest łącznie 1920 km. Koszt 1 wozokilometra to około 3 zł, co daje **5.760 zł**. W przypadku transportu śmieci wykonawca przewidział ich zagospodarowanie w instalacji w Balinie, jednak nie ujął kosztu transportu do tej instalacji. Szacowana ilość kursów to 40 (zgodnie z SIWZ raz w tygodniu), czyli 1200 km. Stanowi to **3.600 zł** nie ujętych kosztów.

Realizacja zamówienia w sektorze E obejmuje 6 sołectw z odległościami pomiędzy nimi od 5 do 15 km. Miesięczny koszt transportu pracowników i sprzętu to około 500 zł, to jest za 9 miesięcy 4500 zł. Koszt ten został całkowicie pominięty. Ponadto konieczność przemieszczania pracowników i sprzętu wpływa na założenia godzinowe ich wykorzystania przy realizacji zamówienia.

Wykonawca nie ujął w ogóle w wycenie kosztów zakupu ziemi, sadzonek i kwiatów, które są niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia. Koszt ten należałoby oszacować na około **500 zł**.

Brak wyceny wskazanych wyżej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia objętego SIWZ stanowi także sprzeczność treści oferty wykonawcy Garden J. P. z treścią SIWZ i obliguje Zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp**. Wykonawca wbrew wymaganiu SIWZ nie dokonał bowiem wyceny pełnego zakresu zamówienia. W konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Garden J. P. i wybór tej oferty w sektorze E pomimo że wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska i nie obejmuje wyceny całego zakresu świadczonej usługi uzasadnia także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp z zw. z przywołanymi wyżej regulacjami Pzp.

Czyn nieuczciwej konkurencji, wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp

W przedmiotowej sprawie zaoferowana została cena dumpingowa, skalkulowana poniżej kosztów świadczenia usług, w celu eliminacji konkurencji. Celem wykonawcy Garden J. P. było pozbawienie możliwości konkurowania innych przedsiębiorców i uniemożliwienie im pozyskania zamówienia.

Ponadto, wykonawca Garden J. P. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5) UZNK poprzez uczestniczenie w porozumieniu z innym wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, które miało na celu „(...) wymuszenie wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy”.

Zamawiający ograniczył liczbę sektorów, na które wykonawcy mogli złożyć ofertę do 2. Tymczasem wykonawca Garden J. P. i powiązany z nim rodzinie wykonawca FFUHT OL-TRANS A. P. złożyli oferty na łącznie 4 sektory, przy czym wykonawca FFUHT OL-TRANS A. P. został wskazany przez wykonawcę Garden J. P. w sektorze E i G do realizacji niemal całości przedmiotu zamówienia, jako podwykonawca. Taka konstrukcja miała umożliwić obejście ograniczenia ustalonego przez Zamawiającego co do liczby sektorów, na które mogły być złożone oferty, a przez to zwiększyć szanse na uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy złożyli oferty na taką liczbę sektorów, jaka wynika z ograniczenia w SIWZ. W razie wygranej pozwoliłoby to dodatkowo na realizację zamówienia na większą ilość zadań niż przewidziano w SIWZ dla jednego wykonawcy. W żadnym z sektorów wykonawcy ci nie konkurowali ze sobą, Garden J. P. założył działalność gospodarczą na dwa dni przed terminem składania ofert. FFHUT OL-TRANS A. P. udostępniła wykonawcy Garden J. P. zdolności pozwalające na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w celu złożenia ofert na dodatkowe dwa sektory, ponadto jest ona pełnomocnikiem wykonawcy Garden J. P. ujawnionym w CEliDG. Siedziba działalności Garden J. P. jest ta sama co FFHUT OL-TRANS A. P. Była ona także poręczycielem w odniesieniu do umowy z UP dotyczącej dofinansowania rozpoczęcia działalności gospodarczej obejmującej zagospodarowanie terenów zielonych (załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 11 marca 2019 r.). Nie sposób przyjąć za logiczny inny wniosek niż ten, że działania te były uzgodnione pomiędzy wykonawcami, w tym obejmowały ustalenie części zamówienia, na jakie złożą ofertę, jak również, że ich celem było ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu kosztem pozostałych wykonawców i wbrew jasno wyrażonej w SIWZ intencji Zamawiającego. Oczywiście jest, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji z uwagi na złożenie ofert częściowych przez wzajemnie powiązane podmioty w takiej konfiguracji, aby ze sobą nie konkurować i aby jednocześnie umożliwić szerszy udział w zamówieniu niż byłby on udziałem pozostałych wykonawców. Ponadto wykonawca Garden J. P. i powiązany z nim wykonawca FFHUT OL-TRANS A. P. wykorzystali w celu zakłócenia

konkurenci regulację Pzp umożliwiającą powołanie się na cudze zasoby. Przepis ten nie może być jednak wykorzystywany do podejmowania czynności niezgodnych z prawem, skutkujących zakłóceniem konkurencji. Powyższe uzgodnienie wypełnia także znamiona umowy przetargowej rozumianej jako ustalenie warunków składania ofert (art. 4 pkt 5 UOKiK), co stanowi wprost czyn sprzeczny z prawem (art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK).

Wskazane okoliczności faktyczne mogą być także kwalifikowane jako podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, tj. gdy oferty, w tym oferty częściowe na różne części składają podmioty powiązane, należące do tej samej grupy kapitałowej, naruszając ograniczenia w zakresie maksymalnej dopuszczalnej liczby części, na które można złożyć oferty zgodnie z SIWZ (por. wyrok KIO z 6 marca 2017 r. sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17). Grupa kapitałowa oparta na wywieraniu wpływu przez jednego przedsiębiorcę na drugiego może być utworzona także przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. Podkreślić nadto należy, że dla zaistnienia podstawy wykluczenia nie jest nawet wymagane wykazanie czynu nieuczciwej konkurencji, lecz samo jej zakłócenie. Wykonawcy nie wykazali żadnych okoliczności, które miałyby potwierdzać, że nie zakłócają konkurencji. Co więcej pominęli także fakt, że należą do wspólnej grupy kapitałowej. Tym samym niezależnie od dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji jako podstawy odrzucenia oferty, podlegają oni wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

Niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego (wprowadzenie w błąd).

Zamawiający w SIWZ wymagał, aby w sektorze E wykonawca dysponował 2 szt. kos spalinowych, 2 szt. kosiarek spalinowych, nożycami spalinowymi do żywopłotu 1 szt., dmuchawami do liści 2 szt., piłą spalinową 1 szt., samochodem o ładowności do 3,5 tony. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należało na wezwanie Zamawiającego złożyć wykaz narzędzi. Termin składania ofert upływał w dniu 6.03.2019 r. Wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w tym w zakresie potencjału technicznego zostało zawarte w JEDZ.

Wykonawca przedstawił wykaz narzędzi wraz z fakturą zakupu sprzętu. Dokumenty te potwierdzają, że na moment złożenia oferty nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, gdyż sprzęt został zakupiony dopiero po złożeniu oferty.

Z powyższego wynika zatem, że wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co miało charakter zamierzony, umyślny, ponieważ wykonawca, potwierdzając wstępnie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, posiadał pełną wiedzę o potencjale technicznym, którym dysponuje. W dacie upływu terminu

składania ofert wymaganym sprzętem nie dysponował, sprzęt ten nie był jego własnością. Tym samym jego oświadczenie zawarte w wykazie sprzętu także nie było zgodne ze stanem rzeczywistym. To samo dotyczy sprzętu, który został przez niego zadeklarowany jako wdzierżawiony. Odwołujący stoi na stanowisku, że w dacie upływu terminu składania ofert wykonawca takich umów dzierżawy nie posiadał. Co więcej jest wysoce wątpliwe, czy posiada je w chwili obecnej. Powyższe wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, obligując Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy Garden J. P. Nawet gdyby założyć, że działalnie wykonawcy nie było zamierzone, co najmniej można przypisać mu niedbalstwo lub lekkomyślność przy przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Postępowaniu, co zobowiązuje do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Oczywistym jest, że informacja dotycząca spełniania warunku udziału w Postępowaniu ma taki charakter.

Ponieważ Garden J. P. złożył ofertę również na sektor G, łącznie ilość sprzętu niezbędna do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mogła być zakupiona na podstawie faktury przedstawionej Zamawiającemu.

Wykonawca powinien na tej podstawie być wykluczony z postępowania, ewentualnie powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentu – wykazu narzędzi w trybie art. 26 ust.3 Pzp.

Brak wezwania do złożenia wykazu osób.

Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.5.1. ppkt 2) SIWZ wymagał, aby do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca dla sektora E dysponował min. 3 osobami. Osoby te nie mogły powtarzać się w żadnym z sektorów, na które wykonawca składał ofertę. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku na wezwanie Zamawiającego wykonawca miał przedłożyć dla danego sektora wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (pkt 6.1.5. ppkt 2) SIWZ).

Zamawiający nie wezwał wykonawcy Garden J. P. do złożenia wykazu osób potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Powyższe stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Przepis art. 26 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek wezwania do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika, że w okolicznościach faktycznych objętych tym przepisem zamawiający jest zobligowany przyporządkować do każdego określonego przez siebie warunku udziału w postępowaniu

odpowiednio oświadczenie lub dokument z rozporządzenia o dokumentach. Stosowne oświadczenia lub dokumenty zamawiający powinien wskazać w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz następnie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wezwać obligatoryjnie - przed udzieleniem zamówienia - do ich przedłożenia wykonawcę, który złożył najwyżej ocenioną ofertę.

Jak wynika z odpowiedzi wykonawcy Garden J. P. z 25.03.2019 r. na pismo Zamawiającego z tej samej daty wykonawca wskazał, że trzy osoby skierowane do realizacji zamówienia to: Ł. T., który będzie zatrudniony przez podwykonawcę, wykonawca osobiście oraz ze strony podwykonawcy właściciel osobiście, przy czym właścicielem FFHUT OL-TRANS A. P. jest A. P.. Po pierwsze z uwagi na wymaganie zatrudnienia pracowników realizujących zamówienie (pracowników fizycznych) na umowę o pracę, wątpliwe jest, czy jako potencjał kadrowy wykonawca mógł uwzględnić samego siebie. Niezależnie od powyższej wątpliwości, oświadczenie wykonawcy pozostaje w całkowitej sprzeczności z treścią złożonej oferty, ponieważ osobiste zaangażowanie w realizację zamówienia wykonawca ograniczył do wykonywania transportu na składowisko odpadów zielonych oraz śmieci. Pozostały zakres prac miał zostać zlecony podwykonawcy, zatem nie mógł być wykonywany przez niego samodzielnie. Co do trzeciej osoby wskazanej ze strony podwykonawcy jako właściciel osobiście, to powyższe oświadczenie także budzi zasadnicze wątpliwości. Zakres prac objęty przedmiotem zamówienia obejmuje uciążliwą pracę fizyczną, która nie jest co do zasady wykonywana przez kobiety. Ponadto A. P., według wiedzy Odwołującego, zatrudniona jest na pełen etat w administracji publicznej, stąd z pewnością nie będzie wykonywała pracy objętej przedmiotem zamówienia. Należy nadto zauważyć, że A. P. złożyła ofertę na sektor A i B, stąd sama dysponować musi co najmniej 6 dodatkowymi osobami do realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę, że Garden J. P. poza sektorem E złożył ofertę także na sektor G, gdzie FFHUT OL-TRANS A. P. użyczyła mu zasoby w postaci doświadczenia, zatem będzie uczestniczyć w realizacji usług jako podwykonawca, podmiot ten musiałby dysponować 12 osobami do wykonania zamówienia. Według wiedzy Odwołującego nie posiada on personelu w takiej liczbie. Ponadto z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wcale nie wynika, jaki zakres zasobów został udostępniony, w tym, że zakres udostępnionych zasobów obejmuje potencjał kadrowy.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału

Zobowiązanie do udostępnienia zasobów, które zostało złożone wraz z ofertą jest bardzo lakoniczne, ogranicza się do jednego zdania. Nie wynika z niego żadna z okoliczności, które zostały wskazane w pkt e SIWZ, jako obligatoryjna treść dokumentu potwierdzającego

udostępnienie zasobów. Zamawiający nie posiada zatem wiedzy, jaki zakres zasobów został faktycznie udostępniony wykonawcy oraz na jakich zasadach. Zamawiający pomimo oczywistej ogólnikowości zobowiązania nie wezwał wykonawcy do jego uzupełnienia tak, aby spełniało wymagania wynikające z art. 22a ust. 2 Pzp i § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich można żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126 ze zmianami). Powyższe stanowi naruszenie art. 22a Pzp i § 9 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w sytuacji uwzględnienia zarzutów uniemożliwiających wezwanie wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania), ewentualnie wezwania Garden J. P. do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z którego jednoznacznie i wyczerpująco wynikać będzie zakres udostępnionych zasobów oraz sposób ich udostępnienia. Zaniechania te potwierdzają w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z powołanymi przepisami.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 24.04.2019 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Ponieważ następstwem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w sektorze E była utrata możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, wniesienie odwołania stanowiło jedyną drogę do wzruszenia niekorzystnej decyzji w postępowaniu, co wypełnia przesłanki określone w Ustawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Garden J. P., a także wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie zieleni niskiej, sadzenie roślin jednorocznych, pielęgnacja nasadzeń jednorocznych i wieloletnich, pielęgnacja drzew, krzewów i żywopłotów. Zamówienie podzielone zostało na części – sektory od A do G, a oferty można było składać maksymalnie na dwa sektory. W przypadku gdy wykonawca składał ofertę na więcej, niż jedną część zamówienia, wymagania dotyczące spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami i sprzętem, musiał zapewnić oddzielnie na każdą część. Zamawiający nie dopuścił wskazania tych samych osób i sprzętu w więcej niż jednym sektorze (pkt 3.4 siwz).

Zgodnie z pkt 3.7 siwz wykonawca mógł powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcy i w takim przypadku w ofercie miał wskazać część zamówienia (zakres), której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy oraz nazwę/firmę podwykonawcy. W tym celu należało wypełnić odpowiednio formularz oferty (załącznik nr 1) oraz formularz JEDZ.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca mógł polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązania tych podmiotów. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogli polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te realizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (pkt 5.2 siwz).

W pkt 5.5.2 siwz Zamawiający wymagał potencjału kadrowego – dla sektora E – minimum 3 osoby do realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał dysponowania osobami osobno dla każdego sektora. W pkt 5.5.3 siwz Zamawiający wymagał sprzętu – dla sektora E – kosi spalinowe 2 szt., kosiarki spalinowe 2 szt., nożyce spalinowe do żywopłotu, dmuchawy do liści 2 szt., piła spalinowa, samochód o ładowności do 3,5 t. Zamawiający wymagał dysponowania sprzętem osobno dla każdego sektora.

W pkt 6.1.5 siwz Zamawiający wskazał oświadczenia/dokumenty (aktualne na dzień złożenia) składane na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu z pkt 5.5.1: wykaz, usług (załącznik nr 5 do siwz), wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 6), wykaz narzędzi (załącznik nr 7). Zgodnie z pkt 2 siwz postępowanie prowadzone jest w oparciu o zapisy art. 24aa ust. 1 Ustawy, co oznacza, że Zamawiający najpierw oceniał oferty, a następnie badał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wraz z ofertą wykonawcy składali między innymi zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. W celu oceny, czy wykonawca polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedłożyć miał dokumenty, które określałyby w szczególności: zakres dostępnych zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia przez wykonawcę, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy podmiot, na którego zdolnościach polega wykonawca zrealizuje usługę. Powyższe informacje mogły wynikać między innymi z umów cywilno-prawnych (np. zlecenia, najmu, dzierżawy) – pkt 6.2 siwz.

W pkt 14 siwz Zamawiający opisał formalności, jakich dopełnienia wymaga po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z ppkt 4 przed podpisaniem umowy wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza przedstawi Zamawiającemu dokument lub dokumenty, z których będzie wynikać uprawnienie do podpisania umowy, np. aktualne zaświadczenie z CEIDG, odpis z KRS. Nie później niż w dniu podpisania umowy wykonawca powinien przedstawić polisę lub inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 zł.

Zamawiający oszacował w oparciu o kosztorysy inwestorskie z dnia 14.12.2018 r. wartość zamówienia podstawowego w sektorze E na kwotę 193 909,53 zł netto (209.422,29 zł brutto), w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 stanowi kwota 25 369,55 zł netto (27.399,14 zł brutto). Przy otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w sektorze E – 209.422,29 zł. Po odliczeniu wartości przewidywanych zamówień, wartość szacunkowa zamówienie dla sektora E wyniosła 182.023,15 zł brutto.

Zgodnie z pkt 12 ppkt 2) i kolejne siwz *cena określona przez Wykonawcę stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia tj. za okres od podpisania umowy do 31.12.2019 r. Do wyceny przedmiotu zamówienia należy przyjąć okres początkowy od 01.04.2019 r. Cena ma być podana jako cena ryczałtowa netto, obowiązujący podatek VAT i cena ryczałtowa brutto, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wykonawca w cenie oferty winien przewidzieć z należytą starannością wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Nie ujęcie w cenie oferty wszystkiego co może się zdarzyć w trakcie realizacji nie będzie podstawą do dochodzenia dodatkowego wynagrodzenia.*

Termin składania ofert wyznaczony został do dnia 6.03.2019 r., do godziny 10:30.

Na sektor E złożone zostały trzy oferty: Garden J. P. (oferta nr 1 – cena 78.800,00 zł), FU Lucmark L. W. (oferta nr 2 – cena 172.800,00 zł.), MK M. K. (oferta nr 3 – cena 136.109,16 zł.). Wykonawca Garden J. P. złożył ofertę na jeszcze jeden sektor – G.

W wyjaśnieniach z dnia 11.03.2019 r. Garden odniósł się do ceny zaoferowanej, która wyniosła 78 800 zł netto i brutto, gdyż nie jest płatnikiem podatku VAT. Ponadto, w związku z otwarciem firmy w tym roku korzysta przez okres 6 miesięcy ze zwolnienia z opłacania składek ZUS, a od 7 do 30 miesiąca opłacanie składek jest na preferencyjnych warunkach. Dodatkowo wskazał na otrzymane dofinansowanie z Urzędu Pracy na rozpoczęcie działalności gospodarczej. Dokonując porównania z sektorem B (w zakresie ilości zieleni oraz krotności koszeń w 2018 r., gdzie usługę świadczyła firma rodzinna rodziców) przyjął mniejszą ilość zieleni do koszenia (teren mniejszy o ok. 2 HA), o 40% mniej zieleni wymagającej pielęgnacji. Poza tym sektor B jest mniej wymagający pod względem ukształtowania terenu (skarpy, ilości śmieci, itp.). Na tej podstawie przyjął ostrożnie cenę 78 800 zł wyższą o 800 zł od ceny, za jaką usługę świadczyła firma rodzinna w 2018 r. Wyliczenia kosztów dokonał na podstawie przedmiaru robót, pomiarów i oględzin w terenie ze szczególnym uwzględnieniem ukształtowania terenu i ilości zieleni w okresie wegetatywnym. W dalszej części szczegółowo odniósł się do kosztów koszenia na poszczególnych terenach (przyjmując dla poszczególnych miejsc od 1 do 3 osób oraz ilości godzin z uwzględnieniem rodzaju narzędzi – w wymiarze 290 roboczogodzin – 5,5 HA). Sumarycznie koszenie całego terenu przyjmując iloczyn krotności koszeń to w sezonie 21,74 HA (1 146,23 roboczogodzin) – co daje z ostrożności 7 pełnych etatów pracy. Na jeden etat przyjmuje 1 osobę – 168 godzin pracy. Dla pielęgnacji zieleni przyjął ostrożnie udział 1 osoby w wymiarze 168 godzin miesięcznie (we własnym zakresie). Zbieranie śmieci 1 raz w tygodniu – objazd całego terenu 10 godzin tygodniowo we własnym zakresie). Grabienie wiosenne 2 osoby (160 godzin, z ostrożności 1 pełny etat), grabienie jesienne max 2 osoby (352 godziny robocze, z ostrożności 2 pełne etaty). Podsumowując koszt robocizny przyjęte zostało 7 pełnych etatów pracy – koszenie (1147 roboczogodzin), 6 pełnych etatów pracy – pielęgnacja zieleni (1008 roboczogodzin), grabienie wiosenne/jesienne odpowiednio 1 i 2 pełne etaty. W sumie 16 pełnych etatów, gdzie 1 etat to 1 pełny miesiąc pracy dla 1 osoby (168 godzin). Koszty zatrudnienia 1 osoby na pełny etat z ewentualnymi nadgodzinami od 15.03.2019 r. do 31.12.2019 r. to 28900 zł. brutto. Pozostałe prace zostaną wykonane we własnym zakresie przez dodatkowe dwie osoby. Wykonawca przyjął koszt wywozu śmieci na poziomie 3.447,36 zł (362,88 zł/tona), koszt wywozu trawy, liści, gałęzi – 5.250 zł (210 zł/tona), koszty paliwa, oleju, żyli i inne – 7.000 zł. (litr paliwa Pb-4,60 zł a ON-5,20 zł). Sumarycznie koszty wykonania zadania określił na poziomie 44.597,35 zł.

W piśmie z 25.03.2019 r. Wykonawca Garden J. P. złożył w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 25.03.2019 r. oświadczenie, iż do wykonania zadania w sektorze E przewidział 3 osoby, tj. jedna zatrudniona na podstawie umowy o pracę (koszt całkowitego zatrudnienia w okresie realizacji zadania wyniesie 28.900 zł brutto) w okresie o 04.2019 do 12.2019 r., drugą osobę będzie przedsiębiorca, a trzecią osobą ze strony podwykonawcy właściciel osobiście. Ponadto, w razie potrzeby podwykonawca będzie dysponował czwartą osobą, która w razie takiej konieczności zostanie oddelegowana przez Urząd Pracy w Chrzanowie (koszt zatrudnienia czwartej osoby będzie po stronie Urzędu Pracy). Ponadto poinformował, że wymagany sprzęt wykorzystywany do realizacji zadania w sektorze E stanowi własność i został zakupiony, co potwierdza załączona faktura wraz z wykazem. Pojazd o DMC do 3,5 t. oraz traktorek ogrodowy będzie dzierżawiony. Załączona faktura została wystawiona w dniu 15.03.2019 r. na kwotę brutto 18.999,99 zł i obejmuje pilarkę spalinową (1 szt.), kosiarkę spalinową (1 szt.), kosiarkę (1 szt.), nożyce (1 szt.), wykaszarki (3 szt.), dmuchawę (2 szt.).

Pismem z dnia 29.03.2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Garden do złożenia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy, tj. wykazu usług (załącznik nr 5 do siwz). W wykazie usług z dnia 29.03.2019 r. Wykonawca powołał się na doświadczenie podwykonawcy, który wykonywał prace na sektorze E w 2018 r.

Pismem z dnia 1.04.2019 r. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania w sektorze E, wybrał ofertę Garden J. P. (przekazane w dniu 2.04.2019 r.).

Do oferty Garden załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego – FHUT OL-TRANS A. P. do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w trakcie jego wykonywania. W treści zobowiązania nie wskazano rodzaju zasobów, w szczególności nie określono czy dotyczy to doświadczenia i wiedzy, potencjału osobowego, czy też sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia. Nie ma również informacji o tym, w jaki sposób zasoby podmiotu trzeciego będą wykorzystywane. W formularzu JEDZ Wykonawca oświadczył, iż polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji (część II lit. C) oraz zamierza zlecić osobom trzecim – FHUT OL-TRANS A. P. podwykonawstwo (część II lit D). Do oferty załączył formularz JEDZ dla podwykonawcy

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie w części podniesionych zarzutów zasługiwało na uwzględnienie.

Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny wynikający z przeprowadzonych dowodów z dokumentów – siwz, oferty Garden oraz wyjaśnień tego

Wykonawcy i złożonych dokumentów stanowiących podstawę decyzji o wyborze tej oferty, jako najkorzystniejszej.

Izba uwzględniła odwołanie chociaż nie wszystkie zarzuty podniesione wobec oceny tej oferty znalazły uznanie w świetle ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania. W szczególności nie znalazły potwierdzenia zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Garden w sektorze E, które zostały sformułowane w oparciu o wskazane naruszenia przepisów Ustawy, tj.: art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Ustawy, jak również zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy. Izba uwzględniła wyłącznie te zarzuty, które powiązane były z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. zaniechania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Wykonawcy Garden do złożenia wykazu osób oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, które to dokumenty były niezbędne dla przeprowadzenia oceny zdolności Wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu uwzględnionego Izba uznała, iż Zamawiający nie przeprowadził pełnej analizy oferty wybranej, tj. nie wezwał do złożenia wykazu osób, które mają być skierowane do realizacji zamówienia, a tym samym nie mógł zgodnie z ustaloną procedurą badania ofert dokonać wyboru oferty Garden. Zamawiający przyjął deklarację wstępną Wykonawcy zawartą w formularzu JEDZ o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, chociaż zgodnie z pkt 6.1.5 siwz powinien wezwać Wykonawcę Garden, którego ofertę najwyżej ocenił, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu osób (załącznik nr 6 do siwz). Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, iż dopiero przy podpisaniu umowy taki wykaz zostanie złożony, co stało w opozycji do jednoznacznych zapisów siwz i prowadziło do niedopuszczalnej zmiany zasad, na jakich wybór oferty najkorzystniejszej mógł być dokonany. Zamawiający nie mógł odstąpić od procedury, jaką przewidział na podstawie art. 24aa Ustawy i zobowiązany był przed wskazaniem oferty najkorzystniejszej uzyskać potwierdzenie, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co istotne, bez wykazu osób Zamawiający nie mógł ustalić, nie tylko to czy ilość osób planowana do skierowania spełnia warunek z pkt 5.5.1.2 (minimum 3 osoby), ale także, czy oferta złożona na dwa sektory nie narusza warunku, aby osoby skierowane do realizacji każdego z sektorów nie były tymi samymi osobami. Wykonawca Garden złożył ofertę na dwa sektory, zatem Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić w sposób kompleksowy ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do każdego z tych sektorów. Przedmiotem zarzutu była ocena oferty Garden złożona wyłącznie na sektor E, stąd Izba nie

odnosiła się do dokumentów złożonych w związku z ofertą złożoną przez Wykonawcę Garden na sektor G.

Ponadto, słuszne były zastrzeżenia Odwołującego dotyczące zobowiązania podmiotu trzeciego, którego zasoby miały być udostępnione Wykonawcy w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Treść zobowiązania była lakoniczna i nie pozwalała na dokonanie oceny w sposób przewidziany w pkt 6.2 lit e) siwz, tj. zakresu dostępnych zasobów innego podmiotu, sposób ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia przez Wykonawcę, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego oraz czy podmiot, na którego zdolnościach polega wykonawca zrealizuje usługę. Ponieważ złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawierało żadnych szczegółowych informacji pozwalających uznać, że Garden posiadać będzie zasoby niezbędne do realizacji usługi, w szczególności nie było wiadome na jakich zasobach podmiotu trzeciego zamierza polegać i czy podmiot ten będzie uczestniczył w wykonaniu usługi, Zamawiający nie mógł poprzestać na przyjęciu takiego oświadczenia. W niniejszej sprawie ocena ta nabierała szczególnego znaczenia, gdyż Wykonawca Garden rozpoczął działalność gospodarczą na dwa dni przed terminem złożenia oferty, a zatem Zamawiający powinien dołożyć staranności przy ocenie jego zdolności do wykonania zamówienia, uwzględniając deklarację udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia.

Podsumowując, Zamawiający nie mógł poprzestać na analizie wstępnych oświadczeń Wykonawcy, jak również odstąpić od żądania dokumentów pozwalających ustalić, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie, gdyż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie mogła być uznana za przeprowadzoną zgodnie z ustalonym sposobem oceny oferty najwyższej ocenionej i nakazała w sentencji wezwać Wykonawcę Garden do złożenia wykazu osób oraz złożenia dokumentów, które pozwolą *ocenić, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.*

W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosząc się do zaferowanej ceny brutto 78.800 zł Izba uznała, iż złożone w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy wyjaśnienia odnosiły się do szczegółowych założeń, którymi Wykonawca kierował się kalkulując wysokość wynagrodzenia ryczałtowego, jakie miałby otrzymać w okresie świadczenia usługi, tj. do 31.12.2019 r. Ponadto wyjaśnienia, uwzględniały

szczególną sytuację podmiotową tego Wykonawcy, pozwalającą na obniżenie kosztów realizacji umowy, w stosunku do zasad, na jakich inni uczestnicy postępowania kalkulowali ceny, w tym również Odwołujący. Odwołujący zasadniczo w odwołaniu skupił się na wykazaniu, iż szczegółowa kalkulacja kosztów obciążona jest brakami, które uniemożliwiają przyjęcie, że cena nie jest rażąco niska. Odwołujący wymienił szereg dodatkowych kosztów, jakie powinny być uwzględnione, jak również odnosił się do ilości osób mających realizować umowę oraz niedostatecznych zasobów sprzętowych. Powyższe w ocenie Izby nie prowadziły do wniosków, jakie prezentował Wykonawca. W szczególności Izba miała na uwadze, iż kalkulacja Wykonawcy była podyktowana założeniem, iż jeden pracownik będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę, więc nie było zasadnym dowodzenie, że koszt zatrudnienia większej liczby pracowników nie został uwzględniony w kalkulacji. Garden wskazywał na samo zatrudnienie, jako przedsiębiorcy, który korzysta ze zwolnień od podatku VAT oraz preferencyjnych zasad i zwolnień od składki ZUS, co również podważało kalkulacje prezentowane przez Odwołującego, przy których nie uwzględniono tych uwarunkowań. Ponadto ilość etatów (16) przyjęta do wyliczenia kosztów, nie oznacza zwiększenia ilości pracowników powyżej trzech zakładanych w kalkulacji dla pełnego okresu realizacji usługi, w tym samo zatrudnienia przedsiębiorcy i udziału podwykonawcy (16 etatów przyjętych dla okresu 9 miesięcy oznacza średnio 1,7 etatu w miesiącu). Odnośnie samych wyjaśnień Izba miała na uwadze, iż cena oferty stanowiła wynagrodzenie ryczałtowe, a Zamawiający nie oczekiwał szczegółowych kalkulacji. Brak wskazania na pewne elementy kosztowe w wyjaśnieniach nie czynił samych założeń Wykonawcy nieadekwatnych do realiów, w jakich zamówienie będzie realizowane. Odwołujący nie kwestionował zgodności oferty Garden z siwz, chociażby wskazując na zaniżoną ilość pracy w stosunku do opisanej w siwz, stąd jego wyliczenia dotyczące odpadów, zieleni nie miały decydującego wpływu na ocenę wyjaśnień Garden. Zgodnie z siwz cena miała uwzględniać wszystkie koszty świadczenia usługi, na które przede wszystkim składają się koszty osobowe. Jak wskazano powyżej założenia Wykonawcy pozwalały na obniżenie kosztów zatrudnienia wyliczonych dla 1 pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Pozostałe etaty miały być pokryte w ramach samodzielnego wykonania prac oraz udziału podwykonawcy.

Odnośnie kosztów sprzętu założenia prezentowane w wyjaśnieniach dotyczyły kosztów pracy urządzeń, które zostały już zakupione, a zatem koszt zakupu nie musiał być pokryty z wynagrodzenia Wykonawcy. Zastrzeżenia, jakie w tym zakresie zgłaszał Odwołujący, dotyczące sprzętu, który miał być zaangażowany dla sektora G Izba pominęła, gdyż ani wyjaśnienia, ani zarzuty podniesione w odwołaniu, nie dotyczyły oferty złożonej na sektor G. Ponadto przedłożona faktura nie miała na celu wykazania dysponowania sprzętem niezbędnym do wykonania usługi, a jedynie uwiarygadniała możliwość wykonania usługi

według przyjętej ceny oferty. Ponadto stawki przyjęte w wyjaśnieniach nie odbiegały od stawek przyjętych przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach (dot. kosztów transportu i utylizacji).

W ocenie Izby nie można mówić o cenie dumpingowej, w sytuacji gdy przepisy dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy rozpoczynającego swoją działalność, stwarzają preferencyjne warunki, które mają na celu ułatwienie rozpoczęcia działalności. W tej sytuacji nie można porównywać ceny zaoferowanej przez Garden z ceną innych wykonawców, jak również z wartością szacunkową zamówienia. W przypadku tej drugiej należy mieć na uwadze, iż Zamawiający uwzględniał ceny z poprzedniego roku, jak również możliwość udzielenia w ramach zabezpieczonych środków zamówienia dodatkowego/podobnego (art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Ustawy). Stąd wartość ta odbiegała od wynagrodzenia z poprzedniego roku oraz od cen, jakie zaoferowali wykonawcy w postępowaniu. Wykonawca Garden odnosił się w swoich wyjaśnieniach do wynagrodzenia, jakie otrzymał podwykonawca w sektorze B, co mogło wyznaczać poziom ceny jaką sam zaoferował. Nie czyni to jego założeń z góry wadliwymi. Odwołujący nie wykazał, aby różnica pomiędzy sektorami czyniła takie porównanie błędnym, jak również nie zakwestionował wysokości wynagrodzenia, jakie było udziałem jego podwykonawcy w roku 2018. Prezentowane w odwołaniu wyliczenia kosztów Izba oceniła jako ukierunkowane na wykazanie stawianej tezy i nie zostały w żaden sposób poparte szczegółowymi wytycznymi z siwz. Stąd Izba pominęła te argumenty, jako nie mające waloru dowodowego w sprawie.

Odwołujący z okoliczności korzystania z potencjału innego podmiotu, który również złożył własną ofertę na dwa inne sektory (firma powiązana rodzinie z przedsiębiorcą) wywodził podstawę do wykluczenia Garden z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, tj. o której miało świadczyć złożenie ofert, w tym ofert częściowych na różne części przez podmioty powiązane, należące do tej samej grupy kapitałowej, naruszające ograniczenia w zakresie maksymalnej dopuszczalnej liczby części, na które można złożyć oferty zgodnie z SIWZ. Odnosząc się do tej argumentacji należy wskazać, iż dla stwierdzenia ewentualnej podstawy do wykluczenia z postępowania opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy konieczne było stwierdzenie, że oferty złożyły podmioty z grupy kapitałowej, a taka sytuacja nie wystąpiła w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi odrębne przedsiębiorstwa.

Na zakończenie Izba odniosła się do rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, do czego miało doprowadzić złożenie oświadczenia w JEDZ o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych narzędzi, którymi Wykonawca składając ofertę nie dysponował. Oddalając zarzut Odwołującego Izba miała na uwadze przedstawiony dowód w postaci faktury zakupu sprzętu, który miał być wykorzystany w celu wykonania usługi w sektorze E. Potwierdza ona, że w części sprzęt został zakupiony. Należy zauważyć, iż

Wykonawca rozpoczął działalność na dwa dni przed złożeniem oferty, a ewentualne wydatki na zakup narzędzi były podyktowane potrzebą właściwej realizacji usługi. Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając, iż sprzęt jakim zamierza wykonać usługę w części będzie stanowił jego własność, a w części będzie dzierżawiony. Należy uwzględnić, iż postępowanie prowadzone jest w procedurze odwróconej, co oznacza, że ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu prowadzona jest w ten sposób, że oświadczenie wstępne wymaga potwierdzenia dokumentami składanymi na wezwanie Zamawiającego. W momencie złożenia wykazu sprzętu (25.03.2019 r.) Wykonawca miał zakupiony sprzęt, więc nie można oceniać jego działania, jako zmierzającego do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Izba pominęła dowody w postaci umów: przedwstępnej dzierżawy samochodu z dnia 6.03.2019 r. oraz umowę dzierżawy samochodu z 08.04.2019 r., które nie stanowiły dokumentów złożonych w postępowaniu, na podstawie których Zamawiający oceniał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, Izba nie odniosła się do sprzętu, który został zadeklarowany przez Garden na potrzeby drugiej części (G), gdyż wykraczało to poza przedmiot zarzutu, który dotyczył oceny oferty złożonej na część E.

W świetle powyższego odwołanie podlegało uwzględnieniu w części. Izba nakazała unieważnić czynność wyboru oferty Garden, która wymaga uzupełnienia w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł, uwzględniające wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: