

Sygn. akt: KIO 619/19

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę: **A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A.Z. 01-355 Warszawa, ul. Konarskiego 8**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kancelarię Sejmu 00-902 Warszawa, ul. Wiejska 4/6/8**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Zieleni Sp. z o.o. 00-163 Warszawa, ul. Kozielska 4/38**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża odwołującego A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. 01-355 Warszawa, ul. Konarskiego 8, i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kancelaria Sejmu w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - dalej zwanej również „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Całoroczne utrzymanie porządku na obszarach utwardzonych oraz całoroczne utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni przy budynkach będących w zarządzie Kancelarii Sejmu”; nr referencyjny: BIT 3021-74/18/AP – dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2019/S 003-003415 w dniu 4 stycznia 2019 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27 marca 2019 r. zamawiający poinformował wykonawcę **A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. 01-355 Warszawa, ul. Konarskiego 8** (dalej zwany „odwołującym” lub „Gamma”) o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez **Zakład Zieleni Sp. z o.o. 00-163 Warszawa, ul. Kozielska 4/38** (w dalszej części zwany „przystępującym” lub „Zakład Zieleni”). Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

5 kwietnia 2019 r. odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, naruszającej interes prawny odwołującego, polegającej na odrzuceniu jego oferty w wyniku bezpodstawnego stwierdzenia, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca w swoich wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego nie wykazał, co spowodowało obniżenie zaoferowanej ceny, jak też nie potwierdził, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. W ocenie odwołującego dokonane przez zamawiającego czynności, naruszają przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności:

1. art. 89 ust 1 pkt 4 – poprzez odrzucenie oferty Gamma, pomimo iż oferta ta nie spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 – poprzez odrzucenie oferty Gamma, pomimo że jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 – przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Gamma w sposób wskazujący zakres stwierdzonych nieprawidłowości;
4. art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 – przez pominięcie czy niedostateczne rozważenie przy weryfikacji ceny zaoferowanej przez odwołującego wskazanych w tych przepisach czynników, mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla firmy Gamma, a także pomocy publicznej udzielonej odwołującemu na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych;
5. art. 90 ust. 2 i 3 – przez błędne uznanie, że odwołujący nie złożył wyjaśnień, które wykazują, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
6. art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy ma ona taki przymiot przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia odrzucenia oferty Gamma;
2. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Zieleni;
3. powtórzenia czynności badania ofert, ich oceny oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Zgodnie z pkt 11 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie kryterium Cena (C) o wadze 100% (100 pkt). Ponadto w pkt 11.1. SIWZ określono sposób obliczania wartości punktowej w kryterium Cena (C). dalej zamawiający w SIWZ przewidział, że roczne koszty wykonania każdej usługi wykonawca powinien podać w Formularzu oferty. Oferta, która uzyska największą ilość punktów w kryterium Cena zostanie wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Usługa całorocznego utrzymania porządku na obszarach utwardzonych oraz całorocznego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni przy budynkach Kancelarii Sejmu, której zaoferowania oczekuje zamawiający, jest identyczna dla wszystkich Wykonawców. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Dodatkowo w pkt 12 SIWZ Zamawiający opisał sposób obliczania ceny. Wskazał, że w formularzu oferty Wykonawca powinien podać ceny (stawki) jednostkowe oraz koszty w okresie rocznym, według sposobu wskazanego odpowiednio w pkt 1) - 5) tego formularza, tj. obliczone jako iloczyn zaoferowanych cen (stawek) jednostkowych za poszczególne usługi i wielkości zamówienia danej usługi. Zaoferowane ceny powinny zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z wymogami zawartymi w Rozdziale II SIWZ „Opis przedmiotu

zamówienia” (m.in. sprzęt, środki chemiczne, transport). W załączniku do oferty: „Kalkulacja cenowa dla usługi pielęgnacji terenów zielonych” Wykonawca powinien podać ceny jednostkowe poszczególnych czynności ogrodniczych (kolumna 5) oraz koszty roczne wykonania tych czynności (kolumna 6). Podane wartości, ilości oraz krotności, oznaczone „*”) w Formularzu oferty i Załączniku do oferty „Kalkulacja cenowa dla usługi pielęgnacji terenów zielonych” są orientacyjne i służą do określenia ceny ofertowej. Dane zostały określone na podstawie danych statystycznych za rok 2017. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany wartości, ilości oraz krotności podczas realizacji zamówienia.

W dalszej części odwołujący wskazywał, że zamawiający pismem z dnia 20 lutego 2019 roku, działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, celem ustalenia czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. W treści pisma podnosił, że cena oferty odwołującego, obliczona na podstawie wzoru opisanego w pkt 11.1. Rozdziału I SIWZ, wynosi 681 160,86 zł. i jest niższa o 32,82% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu. Z tego powodu zamawiający ma obowiązek wszcząć procedurę wyjaśniającą. Zamawiający oczekiwał wykazania w wyjaśnieniach, co spowodowało skalkulowanie cen na zaoferowanym poziomie, jakie obiektywne czynniki cenotwórcze miały wpływ na wysokość cen. Odwołujący powinien wyjaśnić elementy składowe ceny, ze szczególnym uwzględnieniem rocznego kosztu pielęgnacji terenów zieleni, który od pozostałych cen zaoferowanych przez Wykonawców w tym zakresie różni się aż o 70,75%. W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 25 lutego 2019 roku, złożył stosowne wyjaśnienie potwierdzające, że skalkulowana przez niego cena wynosząca 681 160,86 zł brutto rocznie (2 724 643,44 zł brutto w ciągu 4 lat) w złożonej ofercie jest rzetelna i gwarantuje wykonanie zamówienia w należyty sposób, bez obniżenia jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia przez wymagany okres oraz zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz w umowie. Odwołujący podkreślił, że zaproponowana przez niego cena praktycznie odpowiada oszacowaniu wartości zamówienia jakiego dokonał zamawiający przez badanie rynku przed określeniem wartości zamówienia. W planie postępowań, IV kwartał 2018 r., orientacyjna wartość zamówienia, poz. 31 - 2 800 000,00 zł., w związku z tym ciężko mówić o rażąco niskiej cenie. Kolejna oferta – złożona przez Zakład Zieleni różni się tylko o 10,8% od oferty odwołującego, więc nie można stwierdzić, aby była to duża różnica. Średnią wartość ofert zawiąza oferta firmy GNOM Łódź, która zaoferowała cenę ponad dwukrotnie wyższą niż przewidywana wartość zamówienia. Może to wynikać z faktu, że jest to firma spoza Warszawy i koszty obsługi kontraktu mogą być znacząco wyższe niż firm lokalnych.

Odwołujący podkreślał, że był już wykonawcą tej usługi w latach ubiegłych i w sposób

należyty wykonał powierzone prace. Cena, jaka została zaoferowana w tegorocznym postępowaniu przetargowym, została skorygowana i dopasowana do realnych kosztów wykonania poszczególnych czynności na podstawie doświadczeń oraz finansowej analizy kosztów przedmiotowych usług. W okresie kiedy odwołujący wykonywał zamówienie poznał w pełni charakter prac związanych z przedmiotem zamówienia, oraz wymagań stawianych Wykonawcy przez zamawiającego, a także wypracował rozwiązania techniczne i organizacyjne, pozwalające obniżyć koszty wykonania świadczonych usług. Metody te pozwoliły z kolei na wyliczenie ceny i miały wpływ na jej wysokość. Przy uwzględnieniu dotychczasowego doświadczenia odwołujący mógł w sposób bardzo dokładny i realny ocenić koszty wykonywania przedmiotu zamówienia. Zaproponowanie zaoferowanej ceny było możliwe z uwagi na oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla odwołującego.

W dalszej części odwołujący uzasadniał, iż posiada stałe upusty dotyczące zakupu materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotowego zamówienia takich jak np. chlorek czy sól drogowa, na dowód czego w załączeniu do wyjaśnień przedstawił pismo BSM Salt w tym zakresie. W dalszej kolejności podkreślił, iż uwzględniając aspekt społeczny oraz wsparcia w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych, celem ich dalszego rozwoju oraz aktywizacji zawodowej i rehabilitacji społecznej, zamierza skierować konkretne osoby niepełnosprawne które nie stanowią dużego obciążenia finansowego z powodu dofinansowań PFRON do lekkich prac ogrodniczych nie wymagających specjalnych kwalifikacji takich jak np.: koszenie trawy, podlewanie, pielenie itp. Miało to znaczący wpływ na możliwość zaoferowania atrakcyjnych cen ofertowych. W załączeniu do wyjaśnień odwołujący przedstawił skan przykładowego wniosku (zanonimizowane) złożonego do PFRON o dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych dla przykładowych dwóch pracowników oraz wniosek okresowy ogólny Wn-D PFRON. Kwota dofinansowań na dwie osoby wynosi 3 525,00 zł. miesięcznie, co obniża koszt wykonania niektórych usług o ponad 50%. Odwołujący planuje skierować do realizacji zamówienia 4 takie osoby. Pozwoli to uzyskać kwotę 84 600,00 zł. rocznie dofinansowania. Odwołujący wskazał, iż obecnie zatrudnia 9 osób niepełnosprawnych. Przy kalkulacji ceny zostały uwzględnione koszty minimalnej stawki godzinowej ustalone na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zgodnie z przepisami prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Szacunkowy koszt prac związanych z eksploatacją maszyn i urządzeń w trakcie realizacji zamówienia został policzony w sposób bardzo precyzyjny, zapewniający prawidłową i zgodną z SIWZ realizację tej usługi, a także pokrywa koszty jej wykonania i zapewnia firmie Gamma zysk. Odwołujący odwołał się do swojego doświadczenia

w wykonywaniu tego rodzaju usług oraz faktu, że posiada na własność cały sprzęt do wykonania usługi. Został on zakupiony i zamortyzowany, a jego koszt nie stanowi obciążenia dla obecnej kalkulacji, co spowodowało obniżenie ceny z uwagi na znaczne obniżenie kosztów wykonania usługi średnio o ponad 20 %. Jest to sprzęt nowoczesny i wydajny i w całości jest własnością odwołującego.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, iż koszty usługi wycinki drzew i krzewów oraz prac utrzymania zieleni wynikają także z odpowiedniego zarządzania personelem, który wykonuje wymaganą pracę. Odwołujący wskazał, że ma zamiar skierować do wykonania przedmiotu zamówienia osoby, których doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju usług wynosi od 3 do 15 lat. Ma to wymierny wpływ na szybkość i jakość wykonywanych prac, takich jak np. cięcie formułujących, wycinek drzew i krzewów, oraz innych czynności zawartych w zestawieniu cenowym do oferty. Przy wykonywaniu czynności cięcia formułujących krzewów, wycinki drzew, firma Gamma także używa nowoczesnego sprzętu mechanicznego, co pozwala na optymalizację kosztów o 10%. Dodatkowo odwołujący wskazał, że uzyskuje dodatkowe przychody ze sprzedawanych odpadów drzewnych. W tym zakresie ma zawarte umowy sprzedaży i odbioru wskazanych surowców. Zgodnie z treścią umowy to kupujący ma obowiązek odbioru sprzedawanych surowców z miejsca wskazanego przez odwołującego. Taka organizacja wykonywania zamówienia pozwala obniżyć koszty pracy oraz koszty sprzętu i jego eksploatacji oraz zapewnia firmie dodatkowy zysk z wykonania usługi jak również pomniejsza koszty związane z ich wywozem o ok. 50 zł. za m³. W dalszej treści odwołania wykonawca Gamma, powołując się na złożone zamawiającemu wyjaśnienia przedstawił szczegółowe kalkulacje elementów zaoferowanej ceny, które miały wpływ na jej wysokość oraz szczegółowe wyliczenie ceny, uwzględniające wyżej wymienione czynniki. Ponadto zaprezentował sposób w jaki dokonał szczegółowego wyliczenia ceny ofertowej za pielęgnację terenów zielonych. W zakresie ceny ofertowej za pielęgnację terenów zielonych odwołujący podkreślił także, że również ceny jednostkowe wskazane w formularzu oferty do tego zakresu zostały skalkulowane na podstawie wieloletniego doświadczenia firmy oraz przy założeniu, że odwołujący posiada na własność sprzęt do wykonania usługi (zakupiony i zamortyzowany, który nie stanowi obciążenia obecnej kalkulacji). Odwołujący przedstawił także kosztorys dla ceny jednostkowej jednej z usług wskazanych w formularzu oferty, tj. koszenia trawników, wymieniając poszczególne elementy składające się na koszt tej pozycji. Wskazywał również, że w swoich wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu przedstawił opis maszyny (planowanej do realizacji zamówienia), określający wydajność koszenia na godzinę na poziomie 8000 m² na godzinę, przy czym wskazał, iż założył realną wydajność (uwzględniająca specyfikę obiektu oraz topografię terenu na poziomie 640 m² na godzinę) i na podstawie tej wydajności określił kalkulację ceny danej usługi. Odwołujący wskazał, iż w powyższy sposób były kalkulowane poszczególne czynności ogrodnicze

złożone w ofercie.

Podsumowując powyższe odwołujący wskazał, iż nie można stwierdzić, aby zaoferowana cena była rażąco niska bądź budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tymczasem w dniu 27 marca 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Zakładu Zieleni, informując jednocześnie o odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 3 tej ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, że na cenę składa się 5 podstawowych elementów usługi wyspecyfikowanych przez niego w SIWZ, w tym usługa pielęgnacji terenów zielonych. Zaoferowana przez odwołującego roczna cena za ten element świadczenia usług wynosi 130 734,00 zł. brutto i jest niższa aż o 70,75% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tym zakresie. W ramach usługi pielęgnacji terenów zielonych zamawiający wymienił w kalkulacji cenowej 34 czynności ogrodnicze. Wykonawca zaoferował dla poszczególnych czynności ceny znacznie poniżej 30% od średnich arytmetycznych cen wszystkich złożonych ofert dla tych czynności, a dla 25 pozycji poniżej 63%. Zamawiający podnosił, że odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w dniu 25 lutego 2019 r. nie wykazał, co spowodowało obniżenie zaoferowanej ceny za pielęgnację terenów zielonych i nie potwierdził, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Zamawiający stwierdził, że złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne i lakoniczne, zawierają ogólne stwierdzenia i zapewnienia, a przedłożone dowody są nieprzekonujące. Zamawiający tymczasem zaznaczył w swoim piśmie z 20 lutego 2019 r., że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający argumentował, że zgodnie z pkt 7.6 Rozdziału IV SIWZ, wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy będzie miało charakter kosztorysowy, a rozliczenie będzie dokonywane na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie. Wynagrodzenie będzie płatne tylko raz w miesiącu. Zamawiający, odnosząc się do wyjaśnień odwołującego w zakresie wpływu na cenę pomocy publicznej, o której mowa w art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a konkretnie zatrudnienia osób niepełnosprawnych, dla których Wykonawca posiada dofinansowanie z PFRON, wskazał że nie może się zgodzić z taką kalkulacją. Wykonawca przyjął, że dofinansowanie takie otrzymają 2 osoby niepełnosprawne, które mają wykonywać lekkie prace ogrodnicze nie wymagające specjalnych kwalifikacji, takie jak np. koszenie trawy, podlewanie, pielnie. Z załączonych dowodów (wniosków do PFRON o dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych oraz okresowego ogólnego Wn-D PFRON) wynika, że osoby, których zatrudnienie planuje Wykonawca przy realizacji przedmiotowej usługi, posiadają znaczny lub umiarkowany

stopień niepełnosprawności. Tymczasem do wykonywania części prac ogrodniczych nie jest możliwe zatrudnienie osób z taką niepełnosprawnością - dotyczy to niektórych czynności z wykorzystaniem specjalistycznego sprzętu mechanicznego, w tym do pracy na wysokościach. Dalej zamawiający wskazał, że w kalkulacji odwołującego nie został uwzględniony m.in. koszt operatorów tego sprzętu (np. podnośnika koszowego, kosiarki), pilarzy czy alpinistów. Nie można uznać wyjaśnień Wykonawcy jako przekonujących także w innych kwestiach: (1) Wykonawca zapewnia, że posiada całkowicie zamortyzowany sprzęt mechaniczny, jednak nie wykazuje tego sprzętu, jedynie załącza do wyjaśnień ulotkę kosiarki samojezdnej, którą planuje wykorzystać do realizacji zamówienia; (2) Wykonawca podając cenę za koszenie trawników wskazuje zastosowanie ciężkiej kosiarki samojezdnej, tymczasem z rozpoznania zamawiającego wynika, że niezbędne będzie użycie ręcznej kosiarki spalinowej i podkaszarki a dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z pkt 1.1. ppkt 4 Rozdziału IV SIWZ Wykonawca będzie każdorazowo uzgadniał z zamawiającym użycie sprzętu mechanicznego w zależności od konkretnego miejsca, na którym ma być wykonywane koszenie (nie w każdym miejscu możliwe jest użycie ciężkiej kosiarki); (3) czynności ogrodnicze ujęte w poz. 6-13 ww. tabeli wymagają użycia sprzętu mechanicznego, a w przypadku pielęgnacji drzew starszych (poz. 13) należy zastosować koszowy podnośnik samochodowy; (4) wykonanie wymaganego w SIWZ zakresu prac przy użyciu sprzętu mechanicznego spowoduje znacznie większe zużycie paliwa niż wskazuje Wykonawca. Na koniec zamawiający wskazał, że zaoferowanie cen za pielęgnację terenów zielonych na tak niskim poziomie w oderwaniu od cen rynkowych, ma bezpośredni wpływ na przyznanie punktów w kryterium „Cena” i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie takie ogranicza i zakłóca rynkowe reguły uczciwego konkurencji, narusza interes innych przedsiębiorców. Zamawiający poinformował także, że do realizacji zamówienia w zakresie czynności likwidujących skutków zimy nie dopuszcza zastosowania soli drogowej. Stałe upusty zakupu tego środka posiadane przez odwołującego i poparte referencjami firmy BSM Salt Sp. z o.o. nie mają znaczenia, nie dotyczą bowiem przedmiotowego zamówienia.

W ocenie odwołującego zamawiający nie miał podstawy odmówić wiarygodności wyjaśnieniom odwołującego oraz uznać, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a w dalszej kolejności, że odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Dla rozpoznania niniejszej sprawy w pierwszej kolejności znaczenie ma sposób przyjętego przez zamawiającego systemu oceny ofert według kryterium ceny, zgodnie z którym decydujące znaczenie miała łączna cena wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Biorąc to pod uwagę nie można uznać, że obniżenie ceny któregośkolwiek elementu przedmiotu zamówienia mogło stanowić nieuczciwą manipulację w celu uzyskania lepszej punktacji według przyjętego systemu oceny ofert w kryterium ceny. Oczywistym jest przy tym, że niska cena jednego z elementów przedmiotu zamówienia miała przełożenie na cenę łączną,

stanowiącą podstawę do oceny ofert, ale samo tylko to nie świadczy o intencyjnym zaniżaniu ceny jednego z elementów. W konsekwencji zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako rzekomo stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący, odnosząc się do argumentów zamawiającego z pisma z dnia 20 lutego 2019 roku wskazywał, iż nie można się zgodzić z negatywną oceną złożonych przez niego wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, co niewątpliwie ma wpływ na ocenę oferty odwołującego, że średnia arytmetyczna cen złożonych ofert została zdecydowanie zawyżona przez firmę GNOM Sp. z o.o. Tymczasem gdyby oceniać ofertę odwołującego względem oferty Zakładu Zieleni, która wygrała niniejsze postępowanie wskutek bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, to różnica 10% pomiędzy tymi ofertami nie uzasadniałaby nawet obligatoryjnego wszczęcia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej zgodnie z art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp. Gdyby nie wskazana oferta firmy GNOM Sp. z o.o. również odniesienie oferty odwołującego do średniej arytmetycznej nie uzasadniałoby wszczęcia ww. procedury wyjaśniającej.

Odwołujący w pełni rozumie obowiązek Wykonawcy wynikający z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak na ocenę wyjaśnień Wykonawcy powinno mieć wpływ porównanie innych złożonych w postępowaniu ofert, różnice pomiędzy zaproponowanymi cenami a także, co oczywiste, powołane w wyjaśnieniach argumenty i dowody wskazujące na przyczyny umożliwiające obniżenie ceny, przy uwzględnieniu zasad logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego w tym zakresie. Odwołujący stwierdza, iż zamawiający całkowicie pominął powyższe zasady oceny nie dając wiary wyjaśnieniom odwołującego w zakresie wpływu zatrudnienia osób niepełnosprawnych na cenę oferty. Wyjaśnienia wymaga, iż odwołujący jako dowód prowadzenia w swojej firmie polityki promocji zatrudnienia osób niepełnosprawnych przedstawił w załączeniu do pisma z dnia 25 lutego 2019 r. przykładowe wnioski do PFRON, co nie jest jednoznaczne z tym, że wnioski te dotyczyły osób, które zostaną skierowane do wykonywania usług w ramach umowy zawartej po zakończeniu niniejszego postępowania. Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż uprawnienie zamawiającego do oceny znacznego stopnia niepełnosprawności względem prac, które nie mogą być wykonywane doznaje uszczerbku, bowiem zdecydowana większość czynności związanych z usługą pielęgnacji terenów zielonych stanowi jednak proste prace, które może wykonać także osoba posiadająca znaczny stopień niepełnosprawności. Skoro do usług pielęgnacji zieleni zamawiający wymagał skierowania dwóch osób, a nie postawił dodatkowych wymogów w zakresie ich zdrowia, to uprawnieniem Wykonawcy jest decyzja o skierowaniu bądź nie do wykonywania tych czynności osób posiadających określony stopień niepełnosprawności, zgodnie z decyzją lekarza medycyny pracy. Tożsamo negatywnie

należy ocenić odwołanie się przez zamawiającego do niemożności zlecenia prac na wysokości osobom niepełnosprawnym. Trzeba z całą stanowczością podkreślić, iż w pkt. 2.2.3. ppkt 2) SIWZ (str. 4) zamawiający dokładnie określił wymogi zdolności technicznej i zawodowej osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia w zakresie utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych. Nie ma wśród wskazanych wymogów posiadania specjalistycznych uprawnień w zakresie prac na wysokości. Niezależnie od tego odwołujący zwraca uwagę, iż istnieją różne metody wykonywania pracy związanych z wycinką drzew i krzewów powyżej 3 m, bo tylko tego rodzaju czynności ogrodnicze dotyczą prac na wysokości. Nie we wszystkich metodach konieczne jest użycie podnośników koszowych czy posiadanie dodatkowych uprawnień do prac na wysokościach. Niezależnie od powyższego podkreślić należy, iż skoro zamawiający przewidział skierowanie do wykonywania czynności ogrodniczych 2 osoby to należy przyjąć, że każda z tych osób może wykonywać inne czynności. Nie zasługują na uwzględnienie także dalsze argumenty zamawiającego, związane ze sprzętem mechanicznym, kolejno: jego wykazaniem, użyciem kosiarki samojezdnej w miejsce kosiarki spalinowej i podkaszarki, zastosowania koszowego podnośnika samochodowego oraz kosztu paliwa tego sprzętu mechanicznego. Zamawiający przedwcześnie założył, bez uprzedniego umożliwienia odwołującemu rozwiania wątpliwości, że nie polega na prawdzie jego twierdzenie o posiadaniu takiego sprzętu, a oświadczenie Wykonawcy w tym zakresie również stanowi środek dowodowy.

W zakresie faktycznej możliwości użycia kosiarek zadeklarowanych w wyjaśnieniach wskazywał, iż odwołujący zdaje sobie sprawę z zastrzeżenia dokonanego w SIWZ, że wykonawca ma każdorazowo uzgadniać z zamawiającym wykonywanie prac przy użyciu sprzętu mechanicznego, więc ten może się po prostu nie zgodzić na użycie tej kosiarki. Tym niemniej nie można, dokonując oceny wyjaśnień odwołującego, pozbawić go prawa do poczynienia założeń, które stanowią podstawę do wykonania kalkulacji. Według najlepszej wiedzy odwołującego do utrzymania terenu Kancelarii Sejmu, pomimo wewnętrznego charakteru i zróżnicowania powierzchniowego, w zdecydowanej większości wystarczy użycie wysokowydajnej kosiarki samojezdnej (wynika to z doświadczenia odwołującego, który w ten sposób świadczył już usługę na tym terenie). Z tego powodu odwołujący nie przypuszcza aby zamawiający, bez uzasadnionej podstawy, odmówił możliwości użycia tego rodzaju sprzętu.

Jako nieuzasadniony przyjąć należy także argument zamawiającego odnoszący się do bezprzedmiotowości dla niniejszego zamówienia referencji firmy BSM Salt Sp. z o.o., które wskazują na posiadane przez odwołującego upusty, z uwagi na brak dopuszczenia przez zamawiającego użycia soli drogowej w zakresie usługi likwidacji skutków zimy. Wyjaśnienia przy tym wymaga, iż referencje te odnoszą się do upustów soli drogowej, przemysłowej, technicznej. Wskazać przy tym należy, iż dopuszczany przez zamawiającego chlorek wapnia nazywany jest również solą, co potwierdza wydruk ze strony internetowej

wskazanej firmy. Dodać przy tym trzeba, że wskazany argument wydaje się dla zamawiającego poboczny, bowiem z treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wprost wynika, iż zamawiający kwestionuje de facto cenę odwołującego za pielęgnację terenów zielonych.

Odwołując się do powyższej tezy o konieczności uwzględnienia założeń odwołującego w kalkulacji, należy dalej wskazać, że podobnie wygląda kwestia wyceny innych czynności z zakresu usług pielęgnacji terenów zielonych. Zamawiający przyjmuje kosztorysowy charakter wynagrodzenia za usługę pielęgnacji terenów zielonych, czyli na etapie realizacji zamówienia wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie kosztorysowe, będące iloczynem tych stawek i liczby faktycznie wykonanych jednostek miary, w których wyrażona jest dana usługa. Jednakże przy badaniu wystąpienia rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na manipulowaniu cenami, ocenianym w ramach kryterium oceny ofert, w przypadku usługi pielęgnacji terenów zieleni znaczenie ma również, a nawet przede wszystkim, łączna cena wyliczona zgodnie z tabelą zawartą w pkt 2 formularza ofertowego, czyli szacunkowy koszt wykonywania w okresie roku wszystkich czynności w wymiarze określonym w tej tabeli. Ponieważ w tym przypadku przewiduje się, że taki właśnie zakres czynności będzie zrealizowany w ciągu roku, należy brać pod uwagę realność wyceny tego zbioru jako całości, bowiem to właśnie ta cena jest brana pod uwagę w świetle kryteriów oceny ofert (tak: wyrok KIO z 10 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 587/15, KIO 599/15). Wskazany charakter cen za usługę pielęgnacji terenów zielonych potwierdza tezę o możliwości, a nawet konieczności poczynienia założeń do ich wyceny. Wskazane założenia odwołujący szczegółowo przedstawił w wyliczeniu ceny w swoich wyjaśnieniach, przedstawiając kalkulację zarówno dla łącznej ceny usługi, jak również przykładowej czynności (koszenie trawy). Nie można zgodzić się z negatywną oceną tej kalkulacji przez zamawiającego, bowiem za wyjątkiem wskazanych powyżej zarzutów (dot. użycia osób niepełnosprawnych, sprzętu mechanicznego oraz zniżek dot. soli drogowej) nie przedstawił innych argumentów przeciwnych prawidłowości przedstawionej przez odwołującego kalkulacji. Wskazać należy, iż oferta odwołującego w zakresie pielęgnacji terenów zielonych jest niższa nieco ponad dwukrotnie. W ocenie odwołującego nie jest to różnica, która a priori uzasadnia twierdzenie o zastosowaniu rażąco niskiej ceny, zwłaszcza jeśli dokładnie przeanalizuje się wskazane przez wszystkich Wykonawców ceny jednostkowe w formularzu oferty. Analiza ta prowadzi do wniosku, że w zakresie usługi pielęgnacji terenów zielonych pomiędzy ofertami występują olbrzymie dysproporcje (w tym miejscu odwołujący wskazał przykładowo ceny zaproponowane przez wykonawców w ofertach za niektóre z czynności objętych przedmiotem zamówienia). Powyższe porównanie, w jego ocenie, wskazuje na zdecydowane różnice pomiędzy cenami Wykonawców (nie tylko odwołującego) za poszczególne czynności, które sięgają nawet kilkunastokrotności. Dla przykładu

wskazywał na rozbieżność w cenach Zakładu Zieleni (oferty wybranej jako najkorzystniejsza) w stosunku do cen innych wykonawców, gdzie różnice sięgają 2, 3 - krotności, aż do ponad 10-krotnie niższej ceny za renowację trawnika w stosunku do cen Wykonawcy AG Complex oraz GNOM Sp. z o.o. Uzasadnia to twierdzenie odwołującego, że w przypadku tego rodzaju usług, w zależności od wybranej metody prac oraz innych czynników, tego rodzaju różnice występują normalnie. Zwracał w ten sposób uwagę na wybiórczą, w jego opinii, ocenę zamawiającego, który nie przeanalizował powyższych różnic w cenach poszczególnych Wykonawców, przy uwzględnieniu tego, iż każda z cen za czynności usługi pielęgnacji zieleni z formularza powinna stanowić cenę rynkową. Narusza zasadę równości w postępowaniu zarzucanie jedynie odwołującemu rażąco niskiej ceny, skoro powyżej wykazano, że ceny innych Wykonawców mogły mieć charakter rażąco niskich. Podobnie sytuacja przedstawia się w zakresie wysokości stawki narzutu, która w ofercie Zakładu Zieleni wynosi 1%, a w ofercie odwołującego wynosi 5%, Remondis - 15%, GNOM - 5%, AG - COMPLEX - 10%, a zatem różnica pomiędzy stawkami jest wielokrotna, co jednak nie wzbudziło zastrzeżeń zamawiającego.

Zamawiający, w dniu 8 kwietnia 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, w dniu 11 kwietnia 2019 r. wykonawca: **Zakład Zieleni Sp. z o.o. 01-163 Warszawa, ul. Kozielska 4 lok. 38**, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2019 r., złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości, uznając przedstawione przez odwołującego zarzuty jako całkowicie bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty odwołującego, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a odwołującym w przedmiocie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie,

w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Zakład Zieleni uznając jednocześnie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę a w konsekwencji podlega odrzuceniu. Takie działanie zamawiającego pozbawiło odwołującego możliwości dokonania wyboru jego oferty ocenionej najwyżej, zgodnie z kryteriami oceny ofert, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty odwołującego, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym w przedmiocie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, kopii pisma odwołującego zawierającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – sporządzona przez Izbę na rozprawie (załącznik do protokołu z posiedzenia i rozprawy z dnia 17 kwietnia 2019 r.) oraz treści pism procesowych złożonych przez zamawiającego i przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale II SIWZ jest świadczenie usługi w zakresie całorocznego utrzymania porządku na obszarach utwardzonych na terenie będącym w zarządzie Kancelarii Sejmu (chodnikach, schodach, jezdniach, parkingach, podjazdach dla osób niepełnosprawnych) o łącznej powierzchni 24 190 m², z zastrzeżeniem, że obszar o powierzchni 1 227 m² jest wyłączony z zakresu usługi najpóźniej do dnia 31.12.2019 r. oraz całorocznego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni o łącznej powierzchni 25 934 m², z zastrzeżeniem, że obszar o powierzchni 483 m² jest z zakresu usługi wyłączony, najpóźniej do dnia 31.12.2019 r. W dalszej części zamawiający opisał zakres prac objętych niniejszym zamówieniem wskazując, że do zadań wykonawcy będzie należało:

1. Utrzymanie porządku w sezonie letnim oraz zimowym na obszarach utwardzonych (zgodnie z załącznikami 1B, 2B i 3B do opisu przedmiotu zamówienia), w tym: usuwanie ręczne i maszynowe wszelkich zanieczyszczeń z terenów utwardzonych (jezdni, chodników, schodów, parkingów, podjazdów dla niepełnosprawnych, itp.); usuwanie

wszelkich zanieczyszczeń z okładzin kamiennych ściennych budynków, cokołów i murów oporowych, znaków drogowych, tablic informacyjnych zewnętrznych; usuwanie plam i zacieków z powierzchni utwardzonych oraz okładzin kamiennych ściennych budynków, cokołów i murów oporowych, znaków drogowych, tablic informacyjnych zewnętrznych; likwidacja odrastających traw, chwastów i mchów z terenów utwardzonych (jezdni, chodników, krawężników, podjazdów dla niepełnosprawnych, itp.); zbieranie wszelkich nieczystości z terenów zielonych; opróżnianie zewnętrznych koszy na śmieci i zewnętrznych popielnic, zlokalizowanych przy następujących wejściach: BII, BVI, BIII, DII, DIII, DV, FI, FIII, GI, HI, HIII, KV, LI, ŁV, ŁVII, MI, NI, SI, TI, UI oraz utrzymywanie ich we właściwym stanie czystości; utrzymywanie we właściwym stanie czystości altan śmietnikowych i miejsc do składowania odpadów, zlokalizowanych przy nw. budynkach: EF (altana wewnątrz budynku) — wjazd od ul. Frascati, K (altana zewnętrzna) — wjazd od ul. Wiejskiej, L (altana zewnętrzna) — wjazd od ul. Górnośląskiej, L (altana zewnętrzna) — wjazd od ul. Górnośląskiej, M (altana zewnętrzna) — wjazd od ul. Zagórnej, N (altana zewnętrzna) — wjazd od al. Na Skarpie, T (altana zewnętrzna) — wjazd od ul. Solec, U (altana wewnątrz budynku) — wejście od ul. Pięknej. Utrzymanie porządku na terenach utwardzonych odbywa się od poniedziałku do piątku od godziny 8⁰⁰ do godziny 16⁰⁰ przez zapewnienie co najmniej dwóch osób (2 pracowników - pracownicy utrzymania terenów utwardzonych) w dyspozycji Zamawiającego.

2. Usuwanie skutków zimy (zgodnie z załącznikami 1C, 2C i 3C do opisu przedmiotu zamówienia) poprzez: usuwanie śniegu ręcznie lub mechanicznie. Przy obfitych opadach śnieg należy przyznawać. Pryzmy śniegu nie mogą być wyższe niż 1,5 m i nie mogą być przeszkodą dla ruchu kołowego oraz pieszego, nie mogą także zamykać dostępu do nieruchomości. Nie wolno sypać pryzm w bezpośredniej bliskości terenów zielonych i drzew. W przypadku stwierdzenia składowania śniegu na pryzmach o wysokości wyższej niż 1,5 m lub stanowiących przeszkodę dla ruchu kołowego i pieszego, Zamawiający może podjąć decyzję o wywozie nadmiaru śniegu. Nadmiar śniegu będzie wywożony na życzenie Zamawiającego. O liczbie i kolejności wywożenia decyduje Zamawiający. Zwalczanie śliskości zimowej, poprzez usuwanie z nawierzchni lodu, zlodowaciałego lub ubitego śniegu ręcznie lub poprzez zastosowanie środków chemicznych oraz zapobieganie śliskości poprzez posypywanie oczyszczonej nawierzchni środkiem chemicznym. Wykonawca do likwidacji skutków zimy będzie używał środków nie gorszych niż chlorek wapnia. Pod pojęciem „nie gorsze niż” należy rozumieć wpływ stosowanego środka chemicznego na degradację środowiska naturalnego. Przez śliskość zimową rozumie się: a) gołoledź — tworzenie się cienkiej warstwy lodowej (do 1mm), która powstaje wówczas, gdy na nawierzchnię

o temperaturze 0 st. C lub niższej spadają krople mgły roszącej, mżawki lub deszczu, lodowicę - pokrywą lodu o grubości od kilku milimetrów do kilku centymetrów, tworzącą się na skutek zamrożenia nieusuniętej z nawierzchni wody, pochodzącej z roztopionego śniegu, lodu lub deszczu, zlodowacenie i ubicia śniegu - powstające z niedokładnie oczyszczonej ze śniegu nawierzchni np. pod wpływem ruchu kołowego, kiedy śnieg zostaje ubity a jego warstwa lodowacieje lub przymarznięta do nawierzchni pozostałość nieusuniętej warstwy śniegu grubości kilku milimetrów, kilku centymetrów lub przymarznięta do nawierzchni zlodowaciała lub ubita warstwa śniegu o znacznej grubości. W okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do usuwania skutków zimy z chodników publicznych przyległych do granic nieruchomości Zamawiającego. Sprzęt mechaniczny służący do usuwania skutków zimy musi być odpowiednio oznakowany nazwą firmy świadczącej usługę oraz wyposażony w ostrzegawczy sygnał świetlny błyskowy barwy żółtej, zgodnie z ustawą Prawo o ruchu drogowym. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia bezpiecznych warunków poruszania się pojazdów i pieszych na obszarach utwardzonych w trakcie wykonywania prac, szczególnie w trakcie usuwania skutków zimy. W przypadku ustąpienia skutków zimy należy utrzymywać porządek, zgodnie z pkt. 2. I .

3. Pielęgnacja zieleni na terenie będącym w zarządzie Kancelarii Sejmu. Wykaz roślinności przedstawia zestawienie w załączniku 4A i 4B do opisu przedmiotu zamówienia. Czynności całorocznej pielęgnacji terenów zielonych przedstawia zestawienie w załączniku nr 5 do opisu przedmiotu zamówienia. Pielęgnacja terenów zielonych odbywa się od poniedziałku do piątku od godziny 8⁰⁰ do godziny 16⁰⁰ przez zapewnienie co najmniej dwóch osób (2 pracowników — pracownicy utrzymania terenów zieleni) w dyspozycji Zamawiającego. Do zadań koordynatora w zakresie utrzymania terenów zieleni będzie ustalanie zakresu prac ogrodniczych, wskazywanie czynności pielęgnacyjnych, nadzór nad jakością wykonywanych usług ogrodniczych, zgodności zabiegów pielęgnacyjnych ze sztuką ogrodniczą i stała współpraca z przedstawicielem Zamawiającego w zakresie wzajemnych miesięcznych rozliczeń i potwierdzanie zakupu materiału koniecznego do właściwej pielęgnacji i utrzymania terenów zielonych. Wykonywanie prac pielęgnacji zieleni przy użyciu sprzętu mechanicznego należy każdorazowo uzgodnić z Zamawiającym. Wykonawca zobowiązany jest do zakupu materiału roślinnego, materiału ogrodniczego, środków ochrony roślin i nawozów po akceptacji Zamawiającego. Za jakość użytego materiału roślinnego odpowiada Wykonawca.
4. Utrzymanie porządku na terenach utwardzonych. Do zadań koordynatora w zakresie utrzymania terenów utwardzonych będzie nadzór nad jakością wykonywanych usług porządkowych i stała współpraca z przedstawicielem Zamawiającego w zakresie

utrzymania terenów utwardzonych. Zamawiający informuję że funkcja koordynatora w zakresie utrzymania zieleni i koordynatora w zakresie utrzymania terenów utwardzonych może być łączona i wykonywana przez jedną osobę. Zamawiający dopuszcza aby w okresie zimowym, w przypadku opadów śniegu, osoby utrzymujące tereny zieleni wykonywały czynności osób utrzymujących tereny utwardzone.

W rozdziale I pkt 11 SIWZ w następujący sposób został opisany sposób oceny ofert w ramach ceny jako kryterium o wadze 100%: Liczba punktów przyznanych za cenę oferty zostanie wyliczona wg wzoru: $Cx (CKmin / CKx) \times pkt$ gdzie: x - numer badanej oferty; Cx - liczba punktów przyznanych za cenę badanej ofercie; CKmin - najniższa cena brutto wśród ważnych ofert obliczona na podstawie wzoru; CKx - cena brutto badanej oferty obliczona na podstawie wzoru. Obliczenia będą wykonywane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena brutto oferty zostanie wyliczona wg wzoru: $CKx CTx + Czx + Csx + RGx + Nx$ gdzie: x - numer badanej oferty; CT - roczny koszt utrzymania porządku na terenie utwardzonym; Cz - roczny koszt pielęgnacji terenów zieleni; Cs - roczny koszt wywozu śniegu; RG - roczny koszt roboczogodzin; N - roczny koszt zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów i narzutu. W dalszej części zamawiający wskazał, że roczne koszty każdej usługi Wykonawca powinien podać w Formularzu oferty a oferta, która uzyska największą liczbę punktów w kryterium Cena zostanie wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

W tym samym Rozdziale SIWZ, pkt 12 zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty. Zapisał, że w Formularzu oferty Wykonawca powinien podać ceny (stawki) jednostkowe oraz koszty w okresie rocznym, wg sposobu wskazanego odpowiednio w pkt 1) - 5) tego formularza, tj. obliczone jako iloczyn zaoferowanych cen (stawek) jednostkowych za poszczególne usługi i wielkości zamówienia danej usługi. Ceny i koszty (netto i brutto) powinny być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do 0,01 zł. i wyższe od 0, a narzut zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów w procentach (%). Narzut zakupu materiału roślinnego, materiałów, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów powinien być wyrażony w procentach (%) z dokładnością do 1% i może wynosić 0%. Zaoferowane ceny powinny zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z wymogami zawartymi w Rozdziale II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” (m.in. sprzęt, środki chemiczne, transport). W Załączniku do oferty: „Kalkulacja cenowa dla usługi pielęgnacji terenów zielonych” Wykonawca powinien podać ceny jednostkowe poszczególnych czynności ogrodniczych (kolumna 5) oraz koszty roczne wykonania tych czynności (kolumna 6). Podane wartości, ilości oraz krotności, oznaczone „*”) w Formularzu oferty i Załączniku do oferty „Kalkulacja cenowa dla usługi pielęgnacji terenów zielonych” są orientacyjnie i służą do określenia ceny ofertowej. Dane zostały określone na podstawie danych statystycznych za rok 2017. Zamawiający zastrzega sobie

prawo do zmiany wartości, ilości oraz krotności podczas realizacji zamówienia.

Zamawiający, pismem z 20 lutego 2019 roku, działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, celem ustalenia czy złożona przez wykonawcę Gamma oferta zawiera rażąco niską cenę. W treści pisma podnosił, że cena oferty odwołującego, obliczona na podstawie wzoru opisanego w pkt 11.1. Rozdziału I SIWZ, wynosi 681 160,86 zł. i jest niższa o 32,82% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu. Z tego powodu zamawiający ma obowiązek wszcząć procedurę wyjaśniającą. Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień jakie okoliczności spowodowały skalkulowanie cen na zaoferowanym poziomie oraz jakie obiektywne czynniki cenotwórcze miały wpływ na wysokość cen. Odwołujący powinien wyjaśnić elementy składowe ceny, ze szczególnym uwzględnieniem rocznego kosztu pielęgnacji terenów zieleni, który od pozostałych cen zaoferowanych przez Wykonawców w tym zakresie różni się aż o 70,75%.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 25 lutego 2019 roku, złożył wyjaśnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Obowiązek zamawiającego wynikający z ww. przepisu nie jest całkowicie uznaniowy, a więc należy przyjąć, iż mogą zaistnieć okoliczności, w obliczu których zamawiający powinien takie wątpliwości powziąć (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17). Podkreślić również należy, że wątpliwości

zamawiającego mogą dotyczyć nie tylko ceny całkowitej lub kosztu całkowitego oferty, ale również ich istotnych elementów składowych. Powyższe znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich wyrokach wypowiadała się na temat dopuszczalności badania elementów składowych ceny, jeśli mają one istotny wpływ na wysokość ceny całkowitej oferty. Skierowanie zatem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest następstwem pojawienia się po stronie zamawiającego stanu niepewności co do rzetelności ceny lub jej istotnych elementów, który to stan może zostać usunięty w drodze złożenia przez wykonawcę rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, popartych stosownymi dowodami, odpowiednio do treści skierowanego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego co do tego, że jego założenie jest błędne. Zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Należy również podkreślić, że dla obalenia powstałego stanu niepewności nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, które wskazują w sposób ogólny czy zdawkowy jakie okoliczności miały wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty, lecz konieczne jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę. Celem wykonawcy składającego wyjaśnienia jest bowiem „przekonanie” zamawiającego, że wykonawca wyliczył cenę w sposób prawidłowy, ujmując wszystkie elementy składające się na cenę całkowitą lub też, w przypadku ceny jednostkowej, zawarł w niej wszystkie składowe tego elementu.

W niniejszej sprawie łączna cena zaproponowana przez odwołującego w ofercie wzbudziła wątpliwości zamawiającego. Zamawiający, w piśmie kierowanym do wykonawcy Gamma wskazał, że cena jego oferty skalkulowana na poziomie 681 160,86 zł. jest niższa o 32,82% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w tym postępowaniu ofert. Jednocześnie, wzywając do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej podkreślił, że obowiązkiem wykonawcy jest wyjaśnić elementy składowe ceny, ze szczególnym uwzględnieniem rocznego kosztu pielęgnacji terenów zieleni, który to od pozostałych cen zaoferowanych przez wykonawców składających oferty różni się o 70,75 %. Należy zatem zauważyć, że treść wezwania, skierowanego do wykonawcy Gamma, precyzyjnie określała, które elementy ceny wzbudziły wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Zamawiający, mając na względzie obecne brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis uprawnia do żądania złożenia wyjaśnień także odnośnie istotnych elementów ceny oferty, zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie.

W tym miejscu należy odnieść się do charakteru wynagrodzenia, jakie będzie przysługiwało wykonawcy za realizację zamówienia w tym postępowaniu. Odwołujący podkreślał, zarówno prezentując swoją argumentację w treści odwołania, jak też na

rozprawie, że skalkulowana przez niego w ofercie cena nie odbiega w sposób znaczący od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, zaś kolejna oferta, złożona przez wykonawcę Zakład Zieleni różni się od oferty odwołującego „tylko” o 10,8%. Umknęło jednak uwadze odwołującego, że zamawiający w SIWZ wymagał, aby dla usług pielęgnacji zieleni, każdy wykonawca składający ofertę sporządził szczegółową kalkulację cenową i załączył ją do oferty. W tabeli, stanowiącej kalkulację zaproponowanej ceny za ten element wykonania zamówienia, wyszczególnionych zostało 34 czynności ogrodniczych. W przypadku każdej z tych czynności wykonawcy zobligowani byli wskazać cenę jednostkową netto za 1 m² lub 1 szt. (w zależności od rodzaju czynności). Kolejne kolumny tabeli zawierały przybliżone powierzchnie (zakres do wykonania), przybliżone krotności wykonania czynności ogrodniczych w ciągu roku oraz, w kolumnie ostatniej, łączną wartość za wykonanie zamówienia, za rok wykonywania każdej z czynności, którą to zobligowany był wyliczyć wykonawca. Nie ulega zatem wątpliwości, że cena za ten element świadczenia usług ma charakter ceny kosztorysowej. Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że dane dotyczące zakładanej ilości prac do wykonania są orientacyjne i określone na podstawie danych historycznych za rok 2017. Zastrzegł sobie również prawo do zmiany wartości, ilości oraz krotności podczas realizacji zamówienia. Taki orientacyjny charakter mają również inne elementy składające się na wyliczoną przez wykonawcę w ofercie cenę jak: wskazana liczba metrów śniegu do wywiezienia, liczba roboczogodzin w roku oraz koszt zakupu materiału roślinnego (zgodnie z SIWZ zamawiający elementy te oznaczył „*”). Wspólną cechą wszystkich wymienionych cen jednostkowych za wskazane usługi oraz cen jednostkowych za poszczególne 34 czynności, objętych usługą polegającą na pielęgnacji terenów zieleni jest to, że mają charakter cen kosztorysowych. Wykonawcy wybranemu w postępowaniu będzie przysługiwało wynagrodzenie kosztorysowe czyli takie, które będzie stanowiło iloczyn określonych przez niego w ofercie stawek i liczby faktycznie wykonanych jednostek miary, w których wyrażona jest dana usługa. Z tego też względu uzasadnione jest stanowisko zamawiającego, że poszczególne ceny jednostkowe winny zostać skalkulowane przez wykonawców w sposób, aby mogły zostać uznane za realne i zapewniające rentowność wykonania każdej z usług, której wycenę stanowią. Każda z cen jednostkowych stanowić powinna samodzielną i rynkową wycenę usługi, do której się odnosiła, mając na względzie zakładane przez zamawiającego ilości prac do wykonania, mieszczące się w zakresie każdej z opisanych czynności.

Odwołujący, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, złożył wyjaśnienia, które zamawiający uznał za niewystarczające, w wyniku czego odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na podstawie

zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności biorąc pod uwagę treść złożonych przez wykonawcę Gamma wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp, Izba doszła do wniosku, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia o treści ogólnej, lakonicznej nie dają podstaw do uznania, że w ogóle zostały złożone. Co więcej pojawiające się w nich sprzeczności co do samych twierdzeń wykonawcy, w zestawieniu z załączonymi dowodami na ich poparcie, świadczą co najmniej o braku rzetelności w sporządzaniu kalkulacji przedmiotowej oferty.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wykonawca nie odniósł się w sposób wyczerpujący i szczegółowy do wszystkich elementów składowych ceny, co wynikało z treści wezwania zamawiającego, w szczególności nie przedstawił kalkulacji w zakresie kosztów pielęgnacji zieleni. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska odwołującego, który stwierdził, że nie było jego obowiązkiem zaprezentowanie w wyjaśnieniach kalkulacji ceny dla wszystkich czynności składających się na przedmiot zamówienia. Skoro uczynił to dla jednej z czynności – koszenia trawy, zamawiający winien uznać to za wystarczające i na tej podstawie stwierdzić, że wszystkie elementy składające się na poszczególne czynności zostały ujęte w cenach jednostkowych, a w efekcie w łącznej cenie oferty. Stanowisko takie nie znajduje oparcia ani w obowiązujących przepisach ustawy Pzp, albowiem obowiązek wykazania, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, ani też mając na uwadze treść wezwania zamawiającego, który w kierowanym do wykonawcy Gamma piśmie zwracał uwagę, że to elementy składające się na koszt pielęgnacji zieleni wzbudziły jego szczególne wątpliwości. Tym samym należy uznać, że nie przedstawiając szczegółowych wyliczeń dla wszystkich elementów odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że cena za ten zakres usług nie jest rażąco niska. Tym samym Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, wyrażone w piśmie z 27 marca 2019 r., że odwołujący nie wykazał co spowodowało obniżenie zaoferowanej ceny za pielęgnację terenów zielonych, nie potwierdził również, że możliwe jest realne i rzetelne wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący nie zgadzał się z negatywną oceną złożonych przez niego wyjaśnień stwierdzając, że wymienione przez niego w piśmie z 25 lutego 2019 r. okoliczności wraz z przedłożonymi dowodami, w sposób dostateczny wykazały, że cena zawarta w ofercie nie jest ceną rażąco niską. Stąd również uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty jest wynikiem błędnej oceny zamawiającego. Mając na uwadze argumentację odwołującego skład orzekający dokonał analizy poszczególnych elementów, które w swoim piśmie wskazywał zamawiający, polemizując z przyjętą przez wykonawcę Gamma metodą kalkulacji ceny ofertowej.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego argumentacji odnośnie jego doświadczenia w realizacji usługi na rzecz zamawiającego, dzięki czemu wykonawca

wpracował takie metody realizacji usług, które wpłynęły na sposób kalkulacji ceny i pozwoliły w maksymalnym stopniu obniżyć koszty wykonania zamówienia należy zauważyć, że jakkolwiek wcześniejsze doświadczenia w realizacji usług dla zamawiającego mogą mieć wpływ na kalkulację ceny ofertowej, nie ma to wpływu na konieczność jej sporządzenia w taki sposób, aby poszczególne ceny stanowiły rzeczywistą wartość usługi a nie były podyktowane innymi okolicznościami, nie znajdującymi odzwierciedlenia w treści SIWZ. Na marginesie zauważyć należy, że również wykonawca Zakład Zieleni świadczył wcześniej przedmiotowe usługi na rzecz zamawiającego, zatem nie jest właściwą jedynie dla odwołującego, a z pewnością nie jest to taka okoliczność, która jedynie odwołującemu pozwala „w sposób bardzo dokładny i realny ocenić koszty wykonania przedmiotu zamówienia”.

W zakresie okoliczności, która w ocenie odwołującego miała wpływ na możliwość obniżenia ceny, w postaci zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, Izba podzieliła argumentację zamawiającego w tym zakresie. Należy zauważyć, że odwołujący w swoich wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny deklarował, że zamierza skierować „konkretne” osoby niepełnosprawne do lekkich prac ogrodniczych nie wymagających specjalnych kwalifikacji takich jak „koszenie trawy, podlewanie, pielenie itp.” W dalszej treści wyjaśnień przedstawiał wyliczenie, że z powodu dofinansowania z PFRON oszczędności, wynikające z uzyskania dofinansowania dla czterech osób, które zamierza skierować do realizacji zamówienia, wyniosą 84 600,00 zł. rocznie. W dalszej części wywodził, że pozwala to na obniżenie ceny niektórych usług o ponad 50%. Ponadto, jako dowód na potwierdzenie swoich twierdzeń, przedstawił w załączeniu scan wniosku (zanonimizowany) do PFRON o dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych dla dwóch jego pracowników oraz wniosek okresowy ogólny Wn-D PFRON. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, który zakwestionował przedstawioną przez wykonawcę Gamma kalkulację. Przede wszystkim nie sposób stwierdzić, na podstawie tak zaprezentowanych informacji, ile faktycznie osób zostanie skierowanych do realizacji przedmiotowej usługi oraz jakie czynności te osoby będą wykonywały. Samo też lakoniczne stwierdzenie, że przełoży się to na możliwość obniżenia ceny o 50% dla niektórych z elementów zamówienia – jest gołosłowne. Nie sposób zresztą na podstawie wyjaśnień stwierdzić które ceny świadczonych usług zostały przez odwołującego obniżone, mając na uwadze uzyskane w ten sposób niższe koszty pracy. Skład orzekający podzieliła również formułowane przez zamawiającego zastrzeżenia co do faktu, że do części prac objętych postępowaniem nie będzie możliwe zatrudnienie osób niepełnosprawnych (dotyczy to niektórych czynności z wykorzystaniem sprzętu mechanicznego, w tym do pracy na wysokości). Nie przekonują w tym zakresie twierdzenia odwołującego, że to lekarz medycyny pracy podejmuje decyzję o możliwości wykonywania

określonych prac przez daną osobę. Należy również zgodzić się z zamawiającym, który zwracał uwagę na okoliczność, że zatrudnianie osób niepełnosprawnych uwarunkowane jest, mając na uwadze obowiązujące przepisy, z koniecznością zapewnienia: skróconego czasu pracy, dodatkowego urlopu wypoczynkowego, dłuższych przerw w pracy, a wykonawca Gamma nie ujął w swojej kalkulacji dodatkowych kosztów z tym związanych. Wprawdzie odwołujący zapewniał, że element ten został ujęty w pozycji: szacunkowe dodatkowe nieprzewidziane koszty pracodawcy w zakresie zatrudnienia (dodatkowy personel) w kwocie 800 zł., jednakże nie sposób stwierdzić jednoznacznie jakie elementy w tej pozycji zostały faktycznie wzięte pod uwagę przez odwołującego.

Kolejnym elementem wskazywanym przez wykonawcę Gamma, który wpływać miał na obniżenie ceny za usługi jest fakt, że firma posiada cały sprzęt niezbędny do wykonania tego rodzaju usług. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez odwołującego został on zakupiony i zamortyzowany a koszt jego zapewnienia nie stanowi obciążenia dla kalkulacji ceny ofertowej. W dalszej części odwołujący wywodził, że fakt posiadania rzeczonoego sprzętu spowodował obniżenie kosztów wykonania usługi średnio o ponad 20%. Pomijając kwestię, że odwołujący nie wskazał jaki sprzęt, który zostanie użyty do realizacji zamówienia, znajduje się w jego posiadaniu Izba zwraca uwagę na niekonsekwencje pojawiające się w składanych przez odwołującego wyjaśnieniach w zakresie tego elementu, który miał mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny a w rezultacie na jej obniżenie w stosunku do cen zaproponowanych przez innych wykonawców. W wyjaśnieniach, punkt pn. „Przykładowe wyliczenie szczegółowe ceny części składowych” wykonawca Gamma powtórnie stwierdza, że posiada na własność cały sprzęt do wykonania usługi. W dalszej części, do swoich wyjaśnień załącza opis maszyny, którą planuje użyć do realizacji zamówienia - GRILLO FD 450, zawierający jednocześnie ofertę zakupu tego sprzętu w firmie Agroservis. Sugeruje to, że nie posiada on całego niezbędnego sprzętu na własność, lecz zamierza go dopiero zakupić. Co więcej odwołujący na rozprawie złożył oświadczenie, że ulotka którą załączył do swoich wyjaśnień, przedstawiająca sprzęt do koszenia, nie znajduje się w posiadaniu odwołującego. Odwołujący dysponuje inną kosiarką, ale odnośnie tego sprzętu producent nie podaje informacji na temat jego wydajności. Ponieważ sprzęt posiadany przez odwołującego ma wydajność podobną, załączona ulotka miała jedynie na celu zobrazować zamawiającemu w jaki sposób sporządził swoją kalkulację pokazującą wydajność pracy dla tej maszyny – w konsekwencji jak została skalkulowana cena za wykonanie tego elementu świadczenia usług. Izba zwraca uwagę, że jest to kolejne, trzecie już oświadczenie odwołującego, o odmiennej treści, które ten składa w zakresie dysponowania przez niego sprzętem niezbędnym do realizacji usługi. Potwierdza to wątpliwości zamawiającego, które artykułował w swoim piśmie informującym o odrzuceniu oferty wykonawcy Gamma, zamawiający.

Skład orzekający podziela również argumentację zamawiającego co do tego,

że odwołujący nie przewidział, w odniesieniu do usługi polegającej na koszeniu trawników wszystkich elementów składających się na cenę świadczenia usług, w odniesieniu zaś do niektórych z elementów zaniżył prezentowane koszty. Jak już wcześniej wskazano jedynie dla tej pozycji odwołujący sporządził szczegółową kalkulację. Miała ona posłużyć jako przykładowa w takim znaczeniu, że wykonawca Gamma oświadczył, że w taki sposób kalkulował poszczególne czynności ogrodnicze, które będą wykonywane w ramach zamówienia. Odwołujący wycenił wartość wykonania jednego koszenia na kwotę 800,00 zł. netto, poniżej w wyjaśnieniach wyszczególniając elementy składające się na jej realizację. W jego ocenie wymienił wszystkie elementy składające się na koszt przedmiotowej usługi, tymczasem zauważenia wymaga, na co zwracał uwagę zamawiający a odwołujący przyznał to w toku rozprawy, że do koszenia trawników, oprócz użycia kosiarki samojezdnej, niezbędne będzie również użycie ręcznej kosiarki spalinowej i podkaszarki. Wprawdzie strony różniły się w ocenie w jakim zakresie ów lekki sprzęt będzie musiał zostać wykorzystany (zamawiający podnosił, czemu nie sposób nie dać wiary, gdyż to użytkownik terenu ma najlepszą wiedzę co do tego jak teren ten wygląda, że jest to obszar zróżnicowany powierzchniowo, o różnych nachyleniach terenu, charakteryzujący się rozrzuceniem fragmentów trawników, co w konsekwencji powoduje, że konieczne jest w dużej części używanie do koszenia kosiarek spalinowych ręcznych i podkaszarek żyłkowych ręcznych, zaś odwołujący uznawał, że ich wykorzystanie będzie marginalne), nie wpływa to jednak na fakt, że koszty użycia tego dodatkowego sprzętu nie zostały w ogóle przez odwołującego przewidziane w sporządzonej kalkulacji.

Ponadto odwołujący wskazywał w swoich wyjaśnieniach, że posiada stałe upusty dotyczące zakupu materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, takich jak np. chlorek czy sól drogową. W załączeniu przedłożył referencję od firmy BSM Salt, z treści której wynikało, że firma Gamma jest stałym klientem tej firmy w zakresie zakupu soli drogowej, przemysłowej, technicznej, niezbędnej do zabezpieczenia powierzchni zewnętrznych utwardzonych w okresie zimowym. Tymczasem z treści SIWZ wynika, co zamawiający wskazał w treści pisma informującego o odrzuceniu oferty odwołującego, że zamawiający nie dopuścił stosowania soli do utrzymania nawierzchni na swoim terenie (zgodnie z SIWZ do likwidacji skutków zimy wykonawca ma obowiązek używać środków nie gorszych niż chlorek wapnia). Biorąc powyższe pod uwagę, jak również fakt, że wykonawca Gamma nie wskazał w jakiej wysokości upusty cenowe otrzymuje od firmy BSM Salt oraz w jaki sposób wpływa to na kalkulację ceny i jakich pozycji o dotyczy, Izba doszła do przekonania, że ten element nie może zostać uznany jako szczególna okoliczność mająca wpływ na obniżenie ceny oferty tego wykonawcy.

W dalszej kolejności skład orzekający pragnie zwrócić uwagę, że nie sposób podzielić argumentacji odwołującego, że nie był on zobligowany do przedłożenia dowodów

potwierdzających, że sporządzona przez niego kalkulacja ceny oferty jest rzetelna, a zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Nadal pozostaje aktualne stanowisko wynikające z orzecznictwa, że norma art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych. W niniejszej sprawie zamawiający słusznie poddaje w wątpliwość wartość dowodową załączonych przez wykonawcę Gamma dokumentów w postaci wniosków osobowych (zanonimizowanych) miesięcznych kwot dofinansowania za dwóch pracowników niepełnosprawnych, opisu technicznego kosiarki oraz referencji wystawionej przez BSM Salt, albowiem żaden z nich nie stanowi potwierdzenia dla okoliczności wskazywanych przez wykonawcę, mających potwierdzać rzetelność kalkulacji ceny ofertowej a w rezultacie nie stanowi dowodu, że zaproponowane ceny nie są cenami mającymi cechy rażąco niskich.

Nie sposób również nie odnieść się do nieścisłości, które mają miejsce w prezentacji niektórych danych liczbowych, dokonanych przez odwołującego. Nie umknęło uwadze składu orzekającego, na co zwracał również uwagę zamawiający, że pomiędzy wyjaśnieniami złożonymi na wezwanie zamawiającego a kalkulacją zaprezentowaną w treści odwołania wykonawca dokonał zmian w niektórych kwotach. Odwołujący wyjaśniał na rozprawie, że powyższe jest wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej. Wprawdzie Izba bierze pod uwagę treść wyjaśnień składanych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie sposób jednak nie zauważyć, że treść odwołania ma zasadnicze znaczenie dla oceny zasadności podnoszonych przez odwołującego zarzutów. W tym przypadku, gdy odwołanie dotyczy kwestii rażąco niskiej ceny, sposób prezentacji danych w zakresie sporządzonej

przez odwołującego kalkulacji, jak też realności zaproponowanych kwot jest kluczowy dla oceny czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Wskazane powyżej okoliczności potwierdzają prawidłowość oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień jako niekonkretnych, niewiarygodnych i nierzetelnych, a w konsekwencji stwierdzenia, że za cenę zaoferowaną przez wykonawcę Gamma nie jest możliwe wykonywanie pielęgnacji terenów zielni, gdyż jest to cena rażąco niska, nierealistyczna i oderwana od realiów rynkowych. W ocenie Izby zamawiający miał jednocześnie podstawy uznać, że zaniżenie cen w tych elementach przedmiotu zamówienia stanowi przejaw nieuczciwego manipulowania tymi cenami w celu uzyskania lepszej punktacji wg przyjętej punktacji w kryterium ceny. W konsekwencji zamawiający prawidłowo odrzucił te oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 ustawy Pzp, jako zawierające rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego oczywiste jest, że w tej sprawie obie wskazane przez zamawiającego podstawy odrzucenia pozostają ze sobą w ścisłej korelacji, gdyż stwierdzenie rażącego zaniżenia cen legło u podstaw uznania tych cen za znamię czynu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: