

Szczecin, dnia 19 listopada 2021 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

**Urząd Zamówień Publicznych
w Warszawie**

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
tel.: +48 22 458 78 01
adres poczty elektronicznej:
odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący (Wykonawca):

EKOTON

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Andyjska 17

71-497 Szczecin

KRS: 0000578752

NIP: 8513187924

adres poczty elektronicznej: krzysiek.janowicz@wp.pl

tel. +48 601 082 814

Adres do doręczeń:

radca prawny Jarosław Myśko

Kancelaria Prawa Zamówień Publicznych

Jarosław Myśko

ul. Tęczowa 5A, 72-006 Mierzyn

NIP: 8512514580

Tel. +48 501 675 102

Adres poczty elektronicznej: jaroslaw@mysko.pl

Uczestnik (Zamawiający):

15 Wojskowy Oddział Gospodarczy

ul. Narutowicza 10 A

70-231 Szczecin

NIP: 8522588284

adres poczty elektronicznej: 15wog.przetargi@ron.mil.pl, 15wog@ron.mil.pl,

tel. 261 45 49 25

faks: 261 45 23 98

Przedmiot zamówienia:

Przetarg ograniczony w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w oparciu o przepisy art. 410 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) na usługi pn.: „Usługi sprzątnia pomieszczeń wewnętrznych budynków , zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w obiektach wojskowych administrowanych przez 15 Wojskowy Oddział

Gospodarczy w Szczecinie” (CPV: 90910000-9, 90911200-8,90610000-6,77314100-5) (zwany dalej „Zamówieniem”, „Postępowaniem”)

Numer referencyjny postępowania: 29-ZP-08-21-96.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.08.2021 r. pod numerem 2021/S 162-427152-PL.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono na stronie internetowej <http://platformazakupowa.pl/pn/15wog/> w dniu 23.08.2021 r.

Wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 428.000,00 euro określonej jako próg dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, powyżej którego stosuje się ustawę z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) (dalej: Pzp).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego EKOTON spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w Szczecinie, pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp, składam niniejszym odwołanie **od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego w zakresie części III Zamówienia, polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ECO-PLAN Spółka Akcyjna w Słupsku (zwanego dalej: ECO-PLAN) z zaniechaniem odrzucenia oferty ECO-PLAN pomimo tego, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz oferta ta zawiera rażąco niskie istotne części składowe ceny. Nadto złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a ww. Wykonawcy nie wezwano złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust 1 Pzp.**

Wobec wskazanej powyżej czynności Zamawiającego podnoszę **zarzuty naruszenia:**

- 1) **art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**, poprzez wybór oferty ECO-PLAN podlegającej odrzuceniu:
z powodu zaoferowania w tej ofercie istotnej części składowej ceny, tj.:
 - a) tabela nr 3: „Utrzymanie trawników” pozycja: 1. Trawniki: za cenę: 0,10 zł za m², w zakresie, o którym mowa w ppkt. IV. UTRZYMANIE TRAWNIKÓW. Załącznika nr 10 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III) i **budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego tam określonymi oraz zaniechanie wezwania ECO-PLAN do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy w zakresie, o którym mowa powyżej;**
 - b) tabela nr 6: „Przycinanie żywopłotów” pozycja: 1. Żywopłoty: za cenę: 0,05 zł za m² w zakresie, o którym mowa w pkt VII. PIEŁĘGNACJA ŻYWOPŁOTÓW Załącznika nr 10 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III) i **budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego tam określonymi oraz zaniechanie wezwania ECO-**

PLAN do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy w zakresie, o którym mowa powyżej;

- c) tabela nr 9: „Utrzymanie bocznic kolejowych” pozycja: 1. Bocznic kolejowe: za cenę: 0,10 zł za m² w zakresie, o którym mowa w pkt IX. (UTRZYMANIE BOCZNICY KOLEJOWEJ) Załącznika nr 2 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III) i **budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego tam określonymi oraz zaniechaniem wezwania ECO-PLAN do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy w zakresie, o którym mowa powyżej;**

- co stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji;

- 2) **art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp**, poprzez wybór oferty ECO-PLAN, której wykonanie istotnych części składowych zamówienia nie może być zgodne z warunkami zamówienia;
- 3) **art. 16 Pzp**, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe zarzuty **Odwołujący wnosi o:**

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części III Zamówienia i odrzucenia oferty ECO-PLAN oraz nakazanie ponownej oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia – w zakresie części III Zamówienia;
3. alternatywnie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części III Zamówienia i wezwania wykonawcy ECO-PLAN do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami.

UZASADNIENIE

- I. **Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez wybór oferty ECO-PLAN podlegającej odrzuceniu z powodu zaferowania w tej ofercie istotnej części składowej ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu Zamówienia i budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SWZ, zaniechanie odrzucenia oferty, jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz zaniechania wezwania ECO-PLAN do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy w odniesieniu do następujących usług wchodzących w zakres przedmiotu Zamówienia:**

Zaferowane ceny są nierealne. Na przykład utrzymanie bocznic kolejowej za kwotę 2.136,50 zł brutto. Kwota ta nie wystarczy na zatrudnienie osoby do wykonania tej

czynności, nie wspominając o kosztach środka chemicznego, paliwa do sprzętu, amortyzacji sprzętu i osiągnięciu zysku. Inny przykład utrzymania trawników o powierzchni 48 927 m² (tj. prawie 5 ha) za kwotę 0,10 zł/m², (w tym, nawożenie trawników nawozami mineralnymi, koszenie trawników 3 razy w miesiącu) oraz **utrzymanie trawników za kwotę 0,10 zł za m².**

Powyższe prowadzi wprost do manipulowania cenami w celu uzyskania zamówienia przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia wykonawców i jako takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Złożenie bowiem oferty o treści takiej, jak w ofercie Wykonawcy ECO-PLAN, stanowi w tym przypadku czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym powoduje, że oferta ta powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) lub 8) ustawy Prawo zamówień publicznych. Przewidziane w ofercie Wykonawcy ECO-PLAN poszczególne, opisane poniżej w pkt II. niniejszego pisma, ceny jednostkowe, będące podstawą uzyskiwania bieżących płatności i obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy są cenami rażąco niskimi, określonymi na poziomie niższym niż konieczne do poniesienia koszty wynagrodzenia pracowników wykonawcy, koszty urządzeń, paliwa do sprzętu i narzędzi niezbędnych do prawidłowej realizacji umowy.

Ceny te, jako oczywiście nierentowne, wymagają wyjaśnienia w trybie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, o co wnosi Odwołujący. Wyjaśnienia winny dowodzić, że Wykonawca jest w stanie wykonać świadczenia, których te ceny dotyczą za podaną cenę i osiągnąć zysk. W ocenie Odwołującego jest to niemożliwe. Żaden wykonawca bowiem nie byłby w stanie, mając na uwadze uwarunkowania i okoliczności wykonywania zamówienia wykonać zakresu opisanych wyżej usług za podane ceny – w tej sytuacji mamy zatem do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji oraz z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny istotnej części składowej zamówienia. Powyższe potwierdza także wprost wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w dniu 20 maja 2015 r. w sprawie o sygnaturze akt: KIO 920/15.

W innym wyroku z kolei (sygn. akt: KIO 1844/14) stwierdza się wprost, że: „W związku z tym, pozornie zachowując konkurencyjność złożonej oferty (cena łączna jest bowiem zbliżona do poziomu innych cen), w wyniku niedozwolonej manipulacji cenami jednostkowymi oferta w wymiarze ekonomicznym jest rażąco wysoka. Zamawiający podkreślił, że gdyby odwołujący realizował najczęściej zlecane prace po cenach wskazanych w ofercie, koszt realizacji umowy byłby wielokrotnie wyższy, niż w przypadku ofert innych wykonawców, którzy nie zawyżyli rażąco jednych cen kosztem rażąco zaniżenia innych.” – z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku oferty Wykonawcy ECO-PLAN, który przerzucił koszty usług okresowych na usługi świadczone codziennie. Oznacza to, że faktycznie podane przez niego ceny jednostkowe usług świadczonych okresowo mogły zostać w nieuzasadniony sposób zaniżone, a z kolei ceny usług świadczonych codziennie są nadmiernie wysokie. Globalna wartość oferty nie może mieć zatem w tym przypadku znaczenia, skoro zamówienie wykonywane jest w ten sposób, że rozliczenia następują w oparciu o realne wykonanie (zaawansowanie) poszczególnych pozycji cennika usług, który stanowią odrębne dla każdej części postępowania poszczególne formularze cenowe.

II.

Analiza treści formularzy cenowych stanowiących załączniki, prowadzi do wniosku, że niektóre ceny oferty Wykonawcy, zostały przez niego skalkulowane w sposób, który nie potwierdza, że ceny te są realne, rynkowe i pozwalają faktycznie na rentowne wykonanie zamówienia na świadczenia, których dotyczą. Powyższe świadczy o swoistej **manipulacji cenami jednostkowymi** tych ofert w celu uzyskania zamówienia. Mamy zatem do

czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy ECO-PLAN na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca ECO-PLAN w sposób nieuprawniony zaniżył niektóre ceny, a inne zawyżył, opierając się w tym zakresie nie na kalkulacji realnych kosztów uzasadniających wysokość zaoferowanych cen, ale działając w celu realizacji z góry powziętego zamiaru bezpośredniego celowego manipulacyjnego przedstawienia wartości swojej oferty w sposób polegający na:

- **celowym zaniżeniu cen jednostkowych niektórych usług, a tym samym wartości netto ww. usług, którym przypisana jest wyższa stawka podatku VAT (23%) i wyższe koszty zatrudnienia pracowników,**

- **celowym zaniżeniu ceny jednostkowej usług okresowych takich jak utrzymywanie trawników, utrzymanie terenów zielonych – strzelnice, utrzymywanie bocznicy kolejowej do wysokości niewiarygodnie niskiej,**

- **przerzuceniu kosztów usług okresowych tj. utrzymywanie trawników, utrzymanie terenów zielonych – strzelnice, utrzymywanie bocznicy kolejowej na codzienne usługi utrzymania terenów utwardzonych, aby pobierać wynagrodzenie za usługi okresowe a *contó*, w ramach wynagrodzenia miesięcznego za realizację usługi utrzymania terenów utwardzonych, zamiast okresowo (zgodnie z SWZ), a nadto w przypadku ich niewykonania, pobierać wynagrodzenie pomniejszone jedynie o niewielkie korekty tracone okresowe, co skutkowało możliwością zaoferowania rażąco niskich cen jednostkowych w obrębie opisanych wyżej świadczeń.**

I. Utrzymanie trawników w koszarach - pkt IV. ppkt 1 (UTRZYMANIE TRAWNIKÓW) Załącznika nr 10 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III); (Załącznik nr 1 do oferty wykonawcy ECO-PLAN - Formularz cenowy - SOI Stargard. CZĘŚĆ III - TABELA NR 3: UTRZYMANIE TRAWNIKÓW):

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do oferty wykonawcy ECO-PLAN - Formularz cenowy - SOI Stargard. CZĘŚĆ III - TABELA NR 3: UTRZYMANIE TRAWNIKÓW) wykonawca ECO-PLAN zadeklarował utrzymanie trawników w koszarach - pkt IV. ppkt 1 (UTRZYMANIE TRAWNIKÓW) Załącznika nr 10 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III) według stawki jednostkowej brutto w wysokości 0,10 zł brutto. Przyjęcie takiej stawki ma charakter manipulacji i przesądza o rażąco niskiej cenie za jednostkowe utrzymanie trawnika.

Zgodnie z treścią pkt IV. ppkt 1 (UTRZYMANIE TRAWNIKÓW) Załącznika nr 10 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III), Utrzymanie trawników polega m.in. na koszeniu trawników z częstotliwością co dziesięć dni, a zatem 3 razy w ciągu miesiąca. Stawkę zaoferowaną przez wykonawcę ECO-PLAN należy zatem podzielić na trzy, co daje około 3 grosze w przeliczeniu na jedną czynność koszenia. W miesiącu daje to: 0,10 zł podzielić na 3 = 3,3 grosze za koszenie. Powierzchnia trawników w koszarach obejmuje prawie 5 ha (48927 m²). Zaoferowana przez wykonawcę cena nie wystarczy na zatrudnienie do tej czynności nawet 2 pracowników przy założeniu pracy za wynagrodzenie w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości przewidzianej w roku 2022.

II. Tabela nr 6: „Przycinanie żywopłotów” pozycja: 1. Żywopłaty: za cenę: 0,05 zł za m2 w zakresie, o którym mowa w pkt VII. PIEŁĘGNACJA ŻYWOPŁOTÓW Załącznika nr 10 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III):

Wykonawca ECO-PLAN, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego w zakresie rozstrzygnięcia III części Zamówienia zaoferował jego wykonanie za cenę brutto 0,05 zł za m2. Przy czym, jak wynika z łącznej analizy treści stanowiącego załącznik do oferty ECO-PLAN Formularza cenowego - SOI Mosty CZĘŚĆ III oraz Załącznika nr 11 do SWZ (w zakresie: Zestawienie Powierzchni Terenów Zielonych), ECO-PLAN przyjął dla objętej Zamówieniem usługi przycinania żywopłotów (Załącznik nr 2b dla części 3 do oferty wykonawcy ECO-PLAN - Formularz cenowy - SOI Mosty. CZĘŚĆ III - TABELA NR 6: Przycinanie żywopłotów) stawkę 0,05 zł za utrzymanie 1m2 zaoferował dla wszystkich pozycji. Przycinanie żywopłotów 2059 m2 x 0,05 zł = 102,95 zł / m2.

Przy koszcie 3628 zł (łącznie koszt pracodawcy wraz ze składkami ZUS i podatkiem przy minimalnej pensji krajowej) przy pełnym etacie 160 godzin miesięcznie daje 22,67 zł za godzinę.

Przy zaoferowanej cenie 95,32 zł netto pracownik musiałby wykonać całość **prac przycięcie żywopłotu na długości ponad 2 km, w ciągu 4,2 godziny !!!!**, tj. 95,32 zł (cena wykonania usługi netto) podzielić przez stawkę godzinową stanowiącą pełny koszt pracodawcy i wynoszącą 22,67 zł, co daje właśnie czas 4,2 godziny.

Do powyższych wyliczeń należy dodać koszty amortyzacji sprzętu, paliwa, serwisu i zysk.

Potwierdza to, że podana przez ECO-PLAN Spółka Akcyjna kwota 102,95 zł jest kwotą rażąco niską, za którą nie ma możliwości wykonania tych prac.

Dowód:

1. Oferta ECO-PLAN - Formularz ofertowy i cenowy wraz z załącznikiem Formularzem cenowym dla części III (załącznik 2b) – SOI Mosty;
2. SWZ wraz z załącznikami - Załącznik nr 2 Opis przedmiotu zamówienia /Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru prac; Załącznik nr 3 Wzór umowy; Załącznik nr 4 Zestawienie powierzchni do utrzymania czystości.

III. Utrzymanie bocznic kolejowej - pkt IX. (UTRZYMANIE BOCZNICY KOLEJOWEJ) Załącznika nr 2 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III); (Załącznik nr 2b do oferty wykonawcy ECO-PLAN - Formularz cenowy - SOI Mosty. CZĘŚĆ III - TABELA NR 9: UTRZYMANIE BOCZNIC KOLEJOWYCH):

Zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do SWZ (w zakresie: Zestawienie Powierzchni Terenów Zielonych) powierzchnia bocznic kolejowych, których utrzymanie należy zgodnie z pkt IX. (UTRZYMANIE BOCZNICY KOLEJOWEJ) Załącznika nr 2 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III) do zakresu przedmiotu Zamówienia, wynosi 21365 m², zaś zgodnie z Załącznikiem nr 2b do oferty wykonawcy ECO-PLAN - Formularz cenowy - SOI Mosty. CZĘŚĆ III - TABELA NR 9: UTRZYMANIE BOCZNIC KOLEJOWYCH, wykonawca ECO-PLAN zaoferował za utrzymanie 1 m² powierzchni bocznic kolejowych stawkę 0,10 zł brutto, a zatem, za jednokrotne utrzymanie terenu bocznic kolejowej wykonawca ten zaoferował (stanowiącą istotną część składową ceny) kwotę 2136,50 zł brutto, tj. 1977,31 zł netto + VAT 8%.

Zakres prac dotyczących utrzymania terenu bocznic kolejowych został szczegółowo opisany w pkt IX. (UTRZYMANIE BOCZNICY KOLEJOWEJ) Załącznika nr 2 do SWZ (Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru dla Części III) i obejmuje:

„IX. UTRZYMANIE BOCZNICY KOLEJOWEJ.

- opryskanie traw i chwastów porastających powierzchnie bocznic wykazanych w załączniku nr 2b do SIWZ – „Zestawienie powierzchni terenów zielonych” środkiem chwastobójczym oraz usuwanie suchych gałęzi –

- wykaszenie (oprysk) zieleni po obu stronach torowisk na szerokość 1 metra;

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że na wykonanie oprysku na takim terenie potrzeba około 40 godzin, tyle samo zajmie wykoszenie tego terenu. Zatem jednorazowe utrzymanie tego terenu wymaga 80 godzin roboczych a zatem sam **koszt wykonawcy związany z pracą pracowników zaangażowanych w tę czynność i otrzymujących minimalne wynagrodzenie za pracę** nie pokryje kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika.

Należy tu dodać, że wykonywanie oprysków środkiem chemicznym wymaga przeszkolenia pracowników je wykonujących (szkolenie „Stosowanie środków ochrony roślin”) zakończony wydaniem certyfikatu uczestnikowi.

Ponadto, w powyższych wyliczeniach należałoby uwzględnić również koszty środka chemicznego do oprysków, paliwa do kos spalinowych i opryskiwaczy, amortyzacji sprzętu, serwisu, szkoleń przy pracach ze środkiem chemicznym oraz środków ochrony BHP w trakcie wykonywania oprysków i zysk.

Potwierdza to, że zaoferowana przez ECO-PLAN cena jednostkowa za jednokrotną czynność utrzymania terenu bocznic kolejowych w wysokości 2136,50 jest kwotą rażąco niską, za którą nie jest możliwe wykonanie tych prac z zakresu przedmiotu Zamówienia w Części III, bowiem jest ona niższa niż koszty ponoszone do jej wykonania przez wykonawcę.

Dowód:

1. Oferta ECO-PLAN - Formularz ofertowy i cenowy wraz z załącznikiem Formularzem cenowym dla części III – SOI Stargard;
2. SWZ wraz z załącznikami - Załącznik nr 2 Opis przedmiotu zamówienia /Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru prac; Załącznik nr 3 Wzór umowy; Załącznik nr 4 Zestawienie powierzchni do utrzymania czystości.

W świetle podnoszonych wyżej okoliczności dotyczących cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę ECO-PLAN w jego ofercie, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający naruszył przepis art. 224 ust. 1, albowiem Zamawiający w przypadku rzetelnego przeprowadzenia badania oferty tego wykonawcy powinien powziąć wątpliwości w zakresie rażąco niskiego poziomu zaoferowanych przez ECO-PLAN cen jednostkowych, o których mowa w niniejszym odwołaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia, których poziom powinien jednocześnie wzbudzić wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w rezultacie, Zamawiający winien zażądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia tych cen. Zamawiający nie dopełnił tego obowiązku. Wątpliwości przy tym budzi rzetelność badania ofert, skoro od otwarcia ofert (w dniu 08 listopada 2021 r.) do ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części III Zamówienia (w dniu 09 listopada 2021 r.) minął ledwie jeden dzień.

Zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Mając na uwadze orzecznictwo KIO w zakresie znaczenia wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę w sytuacji, gdy cena budzi wątpliwości, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp wydane na gruncie Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zauważyć trzeba, że „Przedstawione przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia i dowody podlegają więc ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. Stąd też istotnym jest, aby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić przy tym należy, że informacje, o których mowa, zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to, aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody.” (wyrok KIO z dnia 24.11.2017 r., KIO 2380/17).

Wskazywane w niniejszym odwołaniu ceny jednostkowe zaoferowane przez ECO-PLAN, jako oczywiście nierentowne, z oczywistych względów przytoczonych w niniejszym odwołaniu wymagały wyjaśnienia w trybie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zwrócić należy również uwagę, że badanie oferty pod względem wystąpienia rażąco niskiego kosztu może nastąpić zarówno w przypadku, gdy zamawiający ustalił koszt jako jedno z kryteriów oceny ofert, jak i wtedy, gdy koszt jest jedynym kryterium oceny ofert. Należy ponadto zauważyć, że w niektórych przypadkach wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego nie musi być wyznacznikiem (Wyrok KIO z 1.04.2019 r., KIO 448/19, LEX nr 2681903). Jednocześnie, stwierdzić należy, że „*Wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny zobowiązują do dokonania czynności określonych w dalszych przepisach art. 224 p.z.p. Zwrot „wydaje się” jest skierowany do zamawiającego jako podmiotu, którego obowiązkiem jest badanie i ocena ofert. Wbrew językowej definicji „wydaje się” nie odnosi się do sfery odczuć („wydawać się” to „wywołać jakieś wrażenie” – Słownik języka polskiego PWN, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 574), lecz do sfery wiedzy. Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie rażąco niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia.*” (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 224).

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na art. 537 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Dowód:

1. Informacja z otwarcia ofert z dnia 08 listopada 2021 r.;

2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 1, 2, 3, postępowania z dnia 09 listopada 2021 r.

W rezultacie naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 Pzp, Zamawiający, nie wzywając do wyjaśnień i nie odrzucając oferty wykonawcy ECO-PLAN, naruszył przy tym przepis art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, a nadto art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W doktrynie (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 226) podnosi się, że „W dotychczasowym orzecznictwie uznawano, że dobre obyczaje kupieckie narusza ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności, otrzymać najwyższą punktację. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna, ma na celu nie zaferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, i nie mogą realnie konkurować z wykonawcą. Praktyka taka nie zasługuje na ochronę”, na co zwróciła uwagę KIO w wyroku np. w wyroku KIO z 11.08.2017 r., KIO 1536/17, LEX nr 2370683. Nie ulega wątpliwości, że analiza formularza ceowego załączonego do oferty wykonawcy ECO-PLAN, świadczy, iż analogiczna sytuacja do opisanej powyżej zaistniała również w przypadku niniejszego postępowania.

Odnosząc się do znaczenia należytego badania cen składowych ofert wskazać należy na wyrok KIO Wyrok z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie KIO 1612/21, zgodnie z którym „badaniu w trybie art. 224 PrZamPubl podlega nie tylko całkowita cena oferty, ale także istotna jej część składowa. Cena za usługę monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi stanowi istotną część składową ceny za niniejsze zamówienie. Sposób wyliczenia ceny za tę część zamówienia ma zatem znaczenie dla ustalenia całej ceny oferty, a różnice cenowe między ofertą wybraną jako najkorzystniejsza i pozostałymi ofertami w zakresie usługi monitorowania (nawet bez dwóch ofert najdroższych) oraz konieczność uwzględnienia w kosztach monitorowania także kosztów podjazdów kontrolnych, powoduje, że okoliczności niniejszej sprawy nie można uznać za oczywiste.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający zobowiązany jest w niniejszym postępowaniu - po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - wezwać wykonawcę konsorcjum T.S., na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 PrZamPubl, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, w tym w szczególności w zakresie wykazania realności kosztów monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi. W oparciu o uzyskane wyjaśnienia, zamawiający zobowiązany będzie do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.”

W postępowaniu dotyczącym identycznego pod względem przedmiotu zamówienia („Wojskowy Oddział Gospodarczy w S. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ZamPublU”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Usługi sprzątnięcia pomieszczeń wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni

utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w Jednostkach, Instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności (...) Wojskowego Oddziału Gospodarczego w S.” (znak sprawy (...)), zwane dalej: „Postępowaniem”, w którym „Zasadę działania tylko w wartościach brutto Zamawiający ustalił nakazując w pkt 12.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), aby cenę oferty obliczyć, jako sumę iloczynów poszczególnych rodzajów powierzchni i jednostkowych cen ryczałtowych (np. za 1 m² sprzątania, koszenia trawy, itd.), wg. załączonego Formularza cenowego (załączniki A, B, C, D, E dla poszczególnych części zamówienia) do SIWZ, którą należy obliczyć z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. KIO stwierdziła, że „Odnosząc się wreszcie do wspomnianego wcześniej zysku z realizacji zamówienia Izba stwierdziła, że Odwołujący zawarł w wyjaśnieniach deklarację, że osiągnie go na poziomie 10 %. Jak wskazano powyżej przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie argumentacja, zgodnie z którą nie jest w istocie wiadome na jakim poziomie wskaźnik ten miałby zostać przez niego osiągnięty, podważa wiarygodność wcześniejszych pisemnych wyjaśnień i zawartych w nich obliczeń. Przypomnieć należy, że brak zysku z realizacji zamówienia stanowi jeden z aspektów rzutujących na ocenę oferty w płaszczyźnie rażąco niskiej ceny. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie doszacował ceny oferty o kwotę podatku od towarów i usług od kosztów osobowych składających się na realizację usługi i nie przedstawił argumentów uprawniających stwierdzenie, że pomimo wystąpienia tej okoliczności będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie i osiągnąć z tego tytułu zysk.

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że oferta Odwołującego zawiera również błąd w obliczeniu ceny, wobec czego Zamawiający prawidłowo przywołał w podstawach odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPubIU. Odwołujący kalkulując cenę oferty przyjął bowiem nieprawidłowe założenia dotyczące ujętych w niej kosztów osobowych.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. KIO 2003/16).

Jak wskazano w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. VI, opublikowane: LEX 2014, autorstwa Włodzimierza Dzierżanowskiego: „Jedynie w sytuacji, gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty. Ponadto kalkulacja zawierająca zaniżone ceny jednostkowe może mieć co prawda znamiona czynności zmierzającej do uzyskania dodatkowych korzyści - np. poprzez podwyższenie cen za świadczenia, za które następuje wcześniejsza płatność, i jednoczesnego obniżenia cen za te, które są opłacane najpóźniej - jednak nie zmienia to faktu, że nie prowadzą one do ustalenia ceny na poziomie rażąco niskim. Mogą natomiast, jeśli są działaniem celowym, być uznane za niezgodne z dobrymi obyczajami kupieckimi, ponieważ polegają na próbie uzyskania zapłaty za to, co faktycznie jeszcze nie zostało spełnione, i tym samym ewentualnie mogą być rozpatrywane pod kątem wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji.”

Podobnie niezgodnie z dobrymi obyczajami kupieckimi działa Wykonawca w przedmiotowym przypadku, gdzie zaniżone są ceny niektórych świadczeń, a zawyżone – innych. Sytuację wprost analogiczną opisuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany 10 kwietnia 2015 roku w sprawie o sygnaturze akt: KIO 587/15, KIO 599/15, w której: „Odwołujący podał, że dla usługi pielęgnacji terenów zielonych Zamawiający oczekiwał od wykonawców wypełnienia i złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego dla usługi nr 2, stanowiącego zestawienie 39 czynności ogrodniczych w odniesieniu do 1 roku (dla każdej czynności podano szacunkowe powierzchnie albo ilości oraz przybliżone krotności w odniesieniu do 1 roku), w tym podania oferowanych cen jednostkowych netto za te czynności. Odwołujący wypełnił ten kosztorys dla każdej pozycji, a łącznie za usługę zaproponował cenę 15.133,50 zł. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość poszczególnych cen za: szacunkowy koszt pielęgnacji terenów zielonych (w zł), koszt jednostkowy wywozu 1 m² śniegu (w zł), koszt jednostkowy 1 roboczogodziny (w zł), wielkość narzutu do kosztu zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych, środków ochrony roślin i nawozów (w %), gdyż wskazane ceny były niższe niż 30% od średniej arytmetycznej tych cen we wszystkich złożonych ofertach.”

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że, cyt.: *„Zamawiający miał podstawy uznać jednocześnie, że zaniżenie cen w tych elementach przedmiotu zamówienia stanowi przejaw nieuczciwego manipulowania tymi cenami w celu uzyskania lepszej punktacji wg przyjętego systemu oceny ofert w kryterium ceny. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił te oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 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 Izby 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.”*

W ocenie Odwołującego w okolicznościach przedmiotowego postępowania zachodzą dokładnie takie same okoliczności faktyczne jak w realiach postępowania, którego dotyczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany 10 kwietnia 2015 roku w sprawie o sygnaturze akt: KIO 587/15, KIO 579/15. Dla przykładu jedynie przytoczyć należy, że, w treści SWZ zostało opisane szereg usług, które mogły być i miały być świadczone niezależnie od siebie i wynagradzane tylko w takim stopniu, w jakim zostałyby w danym miesiącu wykonane i zgodnie potwierdzone przez strony umowy. Z tego też względu, a w szczególności z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, koniecznym było przyjęcie, że poszczególne ceny jednostkowe winny zostać tak skalkulowane przez wykonawców, aby mogły zostać uznane za realne i zapewniające rentowność wykonania usługi, których wycenę stanowią. Każda z cen jednostkowych stanowić powinna samodzielną i rynkową wycenę usługi, do której się odnosiła. Dokładnie taki sam charakter uwarunkowań dotyczących ceny występuje w realiach przedmiotowego postępowania.

W tym miejscu zauważenia wymaga, że w identycznych okolicznościach stanów faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza wydawała postanowienia umarzające postępowania odwoławcze wobec uwzględniania przez Wykonawców zarzutów o treści takiej samej, jak sformułowane w niniejszym zawiadomieniu. Powyższe dotyczy spraw o sygnaturach akt: KIO 2797/15, gdzie postanowienie wydano 2 stycznia 2016 r. czy też: KIO 2812/15, gdzie postanowienie wydano 15 stycznia 2016 r. W obydwu tych przypadkach instytucje zamawiające uwzględniały odwołania w całości, przyjmując argumentację odwołujących wskazującą na oferowanie przez konkurenta cen jednostkowy rażąco niskich. Przedstawione postępowania dotyczyły identycznego zamówienia sprzątnięcia powierzchni biurowych, utrzymania terenów utwardzonych zewnętrznych i pielęgnacji terenów zielonych dla JW. 44220 Ustka oraz 17 WOG Koszalin.

Podobnie także Krajowa Izba Odwoławcza oceniała wielokrotnie analogiczne zachowania rynkowe wykonawców, czemu dała wyraz, m.in., w orzeczeniu sygnaturze z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2787/11, w którym stwierdziła – powołując się także na inne orzeczenia – (...) O ile działanie odwołującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jednak nawet wtedy, gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle

unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc "manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Tym samym stwierdzić należy, iż działanie odwołującego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji."

W innym wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 2787/11, publ. www.SzuKIO.pl) odnoszącym się do podobnego stanu faktycznego, w którym zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, na co wykonawca złożył odwołanie, także KIO trafnie uznała, że: „Działanie Odwołującego wypełnia także przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaoferował bowiem wykonanie usługi za kwotę 1.569.885,41 zł. brutto, przy czym cenę usługi "Ochrona osób i mienia oraz monitoring systemów alarmowych w obiektach Oddziału ZUS Zielona Góra" za 36 miesięcy wycenił na kwotę 213.609,60 zł. netto, natomiast cenę usługi "Sprzątanie i odśnieżanie terenów wokół obiektów" za 36 miesięcy wycenił na kwotę 1.210.320,00 zł. netto. Cenę jednej roboczogodziny brutto ochrony osób i mienia oraz monitoringu systemów alarmowych w obiektach Oddziału ZUS Zielona Góra wycenił na kwotę 1,55 zł. Tym samym stwierdzić należy, iż usługa stanowiąca 90% przedmiotu zamówienia stanowi w ofercie Odwołującego jedynie 15 % wartości zaoferowanej ceny. Oznacza to więc, iż usługa "Sprzątanie i odśnieżanie terenów wokół obiektów", będąca faktycznie niewielką częścią wartości całego zamówienia przewyższa pod względem cenowym wartość podstawowej części zamówienia. A powyższe związane jest - jak podniósł Zamawiający - ze stawką podatku VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia. Usługa ochrony osób i mienia oraz monitoringu objęta jest bowiem 23% stawką podatku VAT, a usługa sprzątania i odśnieżania terenów wokół obiektów stawką 8%. Konsekwencją powyższego i jest więc zaniżenie podatku VAT. Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliło by na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, czego zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a wręcz - jak to podnosił Przystępujący - "manipulacji cenowej". W ofercie żadnego z wykonawców nie doszło bowiem do tak wyraźnego zachwiania proporcji oferowanych usług. Miało to miejsce jedynie w ofercie Odwołującego. Tym samym zaistniały podstawy ku temu aby przypisać Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”;

Także w późniejszym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła opisaną wyżej linię orzecznictwą wskazując, że: „Nawet jeśli kwestionowane zachowanie Odwołującego nie mieści się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji artykułów (5-17), powstaje uzasadnienie dla jego oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ww.

ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzącą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc "manipulowanie" kryteriami oceny ofert, ceną usługi utrzymania i w konsekwencji ceną oferty, w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. W tym zakresie Tym samym stwierdzić należało, iż działanie Odwołującego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, tym samym oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych." – tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2067/13).

Orzeczenia wskazujące na istnienie podanej wyżej linii orzeczniczej można wymieniać licznie, zatem oznacza to, że w razie wdania się w spór co do treści oferty Wykonawcza, także i w przedmiotowym przypadku Krajowa Izba Odwoławcza wyda orzeczenie wpisujące się w opisaną wyżej linię. Kolejno wyraźnego podkreślenia wymaga, iż wyrażony przez KIO pogląd w przywołanym powyżej wyroku z dnia 26 września 2012 r. o możliwości zakwalifikowania określonego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pomimo, że działanie takie nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ww. ustawy jest poglądem utrwalonym i bezspornym. Na powyższe wskazuje treść m.in. następujących orzeczeń: wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 640/11, publ. SIP LEGALIS, zgodnie z którym „Jeżeli działania wykonawcy nie da się wprost przyporządkować stypizowanym zachowaniom, określonym w przepisach art. 5 -17 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), jako jeden z czynów wprost wymienionych, to działania te powinny zostać poddane ocenie w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Należy bowiem pamiętać, że wymieniona ustawa nie zawiera zamkniętego katalogu w tym zakresie.” oraz wyrok KIO z dnia 22 października 2014 r., sygn. KIO 2046/14, publ. www.SzuKIO.pl, zgodnie z którym: „Takie działanie, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu SN z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. W zakresie subsumpcji czynu, którego dopuścili się przystępujący do zastanych norm prawnych powołanej ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy, a zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok SN z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia

2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).”

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Wykonawcę art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuję, iż określone w formularzach cenowych, stanowiących załącznik do oferty złożonej przez Wykonawcę cen jednostkowych w wysokości rażąco zaniżonej stanowią w realiach przedmiotowego zamówienia podstawę płatności i obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, które to wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Tak zdefiniowany charakter ww. cen jednostkowych w niniejszym zamówieniu powoduje, że zgodnie z poglądem przyjętym w orzecznictwie KIO konieczne jest rozważenie, czy nie są one rażąco niskie. Powyższe zostało zasygnalizowane już w wyroku KIO z dnia 8 lipca 2011 r., sygn. KIO 1372/11, publ. Zbiór orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdzie stwierdzono: „Nie można wykluczyć, iż na gruncie konkretnego stanu faktycznego, w szczególności gdy realizacja zamówienia oparta będzie wyłącznie na cenach jednostkowych zasadnym będzie zweryfikowanie, czy dana cena jednostkowa nie jest rażąco niska, jednak uzasadnienia takiego brak w okolicznościach rozpoznawanej sprawy.”. Sytuacja taka (gdy realizacja i rozliczenie zamówienia oparte były na cenach jednostkowych) stała się kanwą wydania kolejnego wyroku KIO (z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. KIO 1734/12, publ. Zbiór orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej), w którym jednoznacznie przesądzono, że cenę jednostkową należy w takim przypadku traktować jako „cenę za odrębną część zamówienia” i „cenę rzeczywistą do zapłaty”, nie zaś „wielkości o wewnętrznym, technicznym znaczeniu, które miałyby, co najwyżej zobrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, albo służyć jedynie prezentacji elementów, jakie składają się na cenę za wykonanie zamówienia”. Jak stwierdzono w ww. wyroku „W tych okolicznościach należy uznać, że ceny jednostkowe mają, zatem cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie. Wobec powyższego, ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy.” W zasadzie tożsame stanowisko zajął Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w trakcie kontroli przeprowadzonej pod sygn. KND/14/13, gdzie również stwierdzono, że „ceny jednostkowe mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych pozycji składających się na złożone zamówienie”. Pogląd ten potwierdził również Sąd Okręgowy w Olsztynie w orzeczeniu o sygnaturze: V Ga 106/12 – wyrok z dnia 15 listopada 2012 r.

IV. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, poprzez wybór oferty ECO-PLAN podlegającej odrzuceniu z powodu braku odpowiadania tej oferty treści SWZ:

Wykonawca ECO-PLAN nie może wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SWZ za podaną cenę istotnych części składowych zamówienia opisanych w niniejszym odwołaniu. Nie jest bowiem możliwe podkaszanie terenów, przycinanie żywopłotów oraz utrzymanie bocznicy kolejowych opisanych w niniejszym odwołaniu za pomocą opisanych w SWZ metod, narzędzi i urządzeń, za podaną cenę. Zatem Wykonawca musiał oferując wykonanie tych części przedmiot zamówienia za podane ceny założyć w pełni mechaniczny sposób koszenia, przycinania i utrzymania bocznicy, zamiast ręcznego, co nie jest jednak możliwe w uwarunkowaniach terenowych opisanych dla tego zamówienia i faktycznie występujących w miejscu wykonywania usługi.

Dowód:

1. Oferta ECO-PLAN - Formularz ofertowy i cenowy wraz z załącznikiem Formularzem cenowym dla części III – SOI Stargard;
2. SWZ wraz z załącznikami - Załącznik nr 2 Opis przedmiotu zamówienia /Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru prac; Załącznik nr 3 Wzór umowy; Załącznik nr 4 Zestawienie powierzchni do utrzymania czystości.

V. Zarzut naruszenia art. 16 PZP:

Powyższe – sprzeczne z przepisami PZP – działania i zaniechania Zamawiającego jednocześnie stanowią o przeprowadzeniu postępowania o udzieleniu Zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem przez to, że zaniechał odrzucenia oferty ECO-PLAN (co nakazują przepisy PZP), uniemożliwił udzielenia Zamówienia Odwołującemu, którego oferta nie podlegała odrzuceniu.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 PZP oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach (i odpowiednio różnego traktowania wykonawców w różnych okolicznościach). Tymczasem w wyniku zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu w postaci zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ECO-PLAN (co nakazują przepisy PZP), Zamawiający uniemożliwił udzielenie Zamówienia Odwołującemu.

VI. Kwestie formalne i końcowe:

Odwołujący wyjaśnia, że w jego ocenie interes prawny w uzyskaniu Zamówienia jest w niniejszej sprawie niewątpliwy i na wypadek uprawomocnienia się kwestionowanej czynności Zamawiającego, naruszenie prawa związane z tą czynnością naraża Odwołującego na szkodę. Oferta Odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania zostanie bowiem najwyżej oceniona (bowiem poza ceną, kryteria udzielenia zamówienia stanowią dodatkowo: a) Czas reakcji na podjęcie czynności usuwania śniegu i lodu oraz posypywania piaskiem (bez użycia chemikaliów) ciągów komunikacyjnych dla pieszych i pojazdów samochodowych od wystąpienia gołoledzi lub śniegu 20 (waga) oraz b) Obecność koordynatora 20 (waga) – przy czym Odwołujący oraz ECO-PLAN przy cenie powyższych dwóch kryteriów w ramach badania i oceny ofert otrzymali te same, najwyższe liczby punktów, tj. po 20 pkt za każde z tych kryteriów) i w takim przypadku Zamówienie zostanie udzielone Odwołującemu.

W sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp. Zamawiający jest podmiotem obowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych z mocy art. 4 Pzp.

Odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem terminów określonych w Pzp. Przesłanie informacji o czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ECO-PLAN nastąpiło w dniu 09.11.2021 r. Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie w formie pisemnej w postaci elektronicznej, poprzez jego doręczenie bezpośrednio w formie elektronicznej na skrzynkę podawczą Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie w dniu 19.11.2021 r.

Odwołujący nie korzystał wcześniej ze środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie Zamówienia po terminie składania ofert, od których byłoby możliwe wydanie rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołującemu nie jest wiadome, aby uczestnicy postępowania o udzielenie Zamówienia wnosili wcześniej środki ochrony prawnej w przedmiotowym zakresie.

W dniu 19 listopada 2021 r. Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie w formie pisemnej, w postaci elektronicznej, poprzez jego doręczenie w formie elektronicznej bezpośrednio na skrzynkę Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie. W tym samym dniu Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z wszelkimi wymaganymi załącznikami Zamawiającemu (dowód przekazania w załączeniu niniejszego odwołania).

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego nie zachodzą przesłanki odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Z powyższych względów, wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa;
3. odpis z KRS Odwołującego;
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
5. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.