

Słupsk, 2022-01-24

51/W/22

**Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa****Odwołujący:**  
**ECO - PLAN SPÓŁKA AKCYJNA,**  
**76-200 Słupsk,**  
**ul. Przemysłowa 33,**  
**NIP 8393171322**  
**Regon 221808840,**  
**KRS 0000445496**  
**tel./fax. (59) 8441144,**  
**e-mail: [biuro@eco-plan.com.pl](mailto:biuro@eco-plan.com.pl),****Zamawiający:**  
**Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział**  
**Gospodarczy**  
**ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**  
**Platforma zakupowa:**  
**<https://platformazakupowa.pl/pn/26wog>**  
**Adres poczty elektronicznej:**  
**[jw4809.zp@ron.mil.pl](mailto:jw4809.zp@ron.mil.pl)**

## **ODWOŁANIE**

### **Określenie przedmiotu zamówienia:**

Sprzątanie i utrzymanie w czystości powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych, pasów ochronnych i pasów ppoż. na terenie kompleksów wojskowych będących na zaopatrzeniu 26 WOG Zegrze” - Nr sprawy ZP/74 /2021.

Całość zamówienia została podzielona na 11 części. Niniejsze odwołanie dotyczy Część 1- sprzątanie powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych, utrzymanie pasów ochronnych i ppoż. na terenie kompleksu wojskowego w Kazuniu.

### **Numer ogłoszenia, jeżeli zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:**

2021/S 212-559237 z dnia 02/11/2021.

### **Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy:**

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, ECO - PLAN SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Słupsku, zwana dalej „Odwołującym”, wnosi odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia w Części 1 czynności wezwania Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., ul. Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa, Seban Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice, DGP Provider Sp. z o.o. ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica, 7 MG Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, Partner Medica Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica, zwanego dalej Konsorcjum, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jednostkowej koszenia w kwocie: **0,03 zł / m<sup>2</sup>**, która ma istotny wpływ na istotne części składowe ceny oraz budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów, zwłaszcza że Zamawiający wzywał do wyjaśnienia znacznie wyższych cen jednostkowych koszeń tj. w kwocie 0,04 zł / m<sup>2</sup> i 0,05 zł / m<sup>2</sup>,
- 2) zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu na jego wnioski złożone po wyborze oferty w Części 1, załączników do protokołu postępowania w sprawie zamówienia publicznego dot. dokumentacji z badania, oceny i wyboru oferty Konsorcjum dla Części 1, w zakresie:
  - wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoż 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku -0,15 zł,
  - podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Konsorcjum w trybie art. 126-128 ustawy,co w konsekwencji pozbawiło Odwołującego :
  - prawa weryfikacji i oceny prawidłowości działań Zamawiającego dot. wyboru oferty Konsorcjum w Części 1 oraz
  - prawa do pozyskania wiedzy niezbędnej do realnego korzystania ze środków ochrony prawnej dot. wyboru oferty w Części 1;
- 3) dokonania czynności wyboru oferty w Części 1 sprzecznie z przepisami ustawy i zasadami udzielania zamówień publicznych tj.:
  - bez rzetelnego jej wyjaśnienia w trybie art. 223 ust.1 i art. 224 ust.1 ustawy, a tym samym, bez zweryfikowania czy nie ma podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum w trybie art. 226 ust.1 pkt 5, 8 i 10 ustawy;
  - bez zachowania zasady jawności, przejrzystości oraz prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Odwołujący został pozbawiony prawa do weryfikacji czy oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust.6, art. 226 ust.1 pkt 2, 3, 5, 8 i 10 ustawy.

#### **Związęte przedstawienie zarzutów:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad wyrażonych w art. 16, art. 17 ust.1 i 2 i art. 18 ustawy, a także naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 i art. 223 ust.1 ustawy w związku z ww. zasadami udzielania zamówień publicznych oraz w związku z art. 226 ust.1 pkt 5, 8 i 10 ustawy wobec dokonania wadliwej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum w Części 1 poprzez zaniechanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jednostkowej koszenia w kwocie: 0,03 zł / m<sup>2</sup>, która budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów, zwłaszcza że Zamawiający wzywał do wyjaśnienia znacznie wyższych cen jednostkowych koszeń tj. w kwocie 0,04 zł / m<sup>2</sup> i 0,05 zł / m<sup>2</sup>,

- 2) art. 74 ust. 1 i 2 ustawy oraz § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 2434), wobec zaniechania udostępnienia Odwołującemu istotnych dokumentów przetargowych mających wpływ na ostateczny wynik postępowania w Części 1 oraz realne skorzystanie ze środków ochrony prawnej,
- 3) art. 239 ustawy w związku z ww. zasadami udzielania zamówień publicznych oraz art. 223 ust.1 i art. 224 ust.1 w związku z art. 224 ust.6, art. 226 ust.1 pkt 2, 3, 5, 8 i 10 ustawy poprzez dokonanie czynności wyboru oferty w Części 1 sprzecznie z przepisami ustawy, w sposób pozbawiający Odwołującego przysługującego mu prawa do:
  - weryfikacji czy wybrana oferty nie podlegają odrzuceniu i została wybrana zgodnie z przepisami ustawy,
  - do pozyskania wiedzy niezbędnej do realnego korzystania ze środków ochrony prawnej dot. wyboru oferty w Części 1.

### **Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i żąda:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum w Części 1,
- 2) udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu postępowania w sprawie zamówienia publicznego dot. dokumentacji z badania, oceny i wyboru oferty Konsorcjum dla Części 1, w zakresie:
  - wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoz 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku - 0,15 zł,
  - podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Konsorcjum w trybie art. 126-128 ustawy,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Części 1, w tym m.in.:
  - wezwanie Konsorcjum do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jednostkowej koszenia w kwocie: **0,03 zł / m<sup>2</sup>**,
  - dokonanie rzetelnej oceny wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum celem zbadania czy oferta Konsorcjum dla Części 1 jest obliczona zgodnie z postanowieniami SWZ i obowiązującymi przepisami i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust.1 pkt 8, 5 i 10 ustawy,
- 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 1.

Ponadto Odwołujący wnosi o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

### **Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:**

Niniejszy przetarg prowadzony jest w procedurze unijnej. Odwołanie dotyczy wyboru oferty w Części 1.

Zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum w Części 1 zostało przekazane Odwołującemu za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego w dniu **14.01.2022r.**

*Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części 1 - pismo Zamawiającego Nr sprawy: ZP/74/2021 z dnia 14 stycznia 2022 r. w aktach sprawy.*

Wobec powyższego niniejsze odwołanie wniesiono w terminie ustawowym, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia niniejszego odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia w Części 1 oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Szkodą jest utrata możliwości uzyskania zamówienia w Części 1. Oferta Odwołującego złożona w Części 1 nie podlega odrzuceniu, jest prawidłowo skalkulowana i zgodnie z ww. zawiadomieniem została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert w ramach Części 1.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania należy w pierwszej kolejności wskazać, iż dokumentacja niniejszego postępowania potwierdza, że Odwołujący wielokrotnie wnioskował o udostępnienie dokumentacji z badania, oceny i wyboru oferty Konsorcjum dla Części 1, w zakresie:

- wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoż 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku -0,15 zł,
- podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Konsorcjum w trybie art. 126-128 ustawy.

*Dowód:*

- 1) *WNIOSEK dot. przekazania dokumentacji przetargowej dot. badania , oceny i wyboru ofert złożonych w Częściach 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Sprzątanie i utrzymanie w czystości powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych, pasów ochronnych i pasów ppoż. na terenie kompleksów wojskowych będących na zaopatrzeniu 26 WOG Zegrze” - Nr sprawy ZP/74 /2021 – przekazany przez Odwołującego za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego w dniu **2022-01-14** godz. 17:32:04;*
- 2) *Ponowny Wniosek dot. przekazania dokumentacji przetargowej dot. badania, oceny i wyboru oferty w Części 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Sprzątanie i utrzymanie w czystości powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych, pasów ochronnych i pasów ppoż. na terenie kompleksów wojskowych będących na zaopatrzeniu 26 WOG Zegrze” - Nr sprawy ZP/74 /2021 (pismo Odwołującego z dnia 2022-01-20, Nr 42/W/22, przekazane za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego w dniu **2022-01-20** 13:01:0;*

W odpowiedzi na nasz pierwszy wniosek z dnia 2022-01-14 Zamawiający w dniu 19.01.2022r. przekazał jedynie nieistotne dokumenty dot. wyjaśnienia cen, które nie pozwalają na weryfikację wyjaśnień cen jednostkowych tj. :

- wezwanie do wyjaśnienia ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoż 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku -0,15 zł, skierowane przez Zamawiającego do ww. Konsorcjum w dniu 10.01.2022r.,

- pismo przewodnie z dnia 12.01.2022r. złożone przez Konsorcjum dot. wyjaśnienia ww. cen jednostkowych (bez załączników i informacji pozwalających ocenić tych wyjaśnień).

Ponadto w ogóle nie zostały przekazane Odwołującemu podmiotowe środki dowodowe złożone przez ww. Konsorcjum na podstawie art. 126-128 ustawy.

*Dowód: Odpowiedź Zamawiającego na nasz wniosek z dnia 14.01.2022r. - pismo Zamawiającego przekazane za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego w dniu 2022-01-19 godz. 14:59:32.*

W tym stanie rzeczy Odwołujący w dniu 20.01.2022r. ponownie zwrócił się z wnioskiem o przekazanie dokumentacji przetargowej dot. badania, oceny i wyboru oferty Konsorcjum w Części 1, obejmującej w szczególności:

- 1) wezwania Zamawiającego i podmiotowe środki dowodowe złożone przez Konsorcjum w trybie art. 126-128 ustawy,
- 2) wszelkie informacje dot. wyjaśnienia ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoż 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku -0,15 zł, tj. dane liczbowe oraz informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach cen złożonych przez Konsorcjum, które umożliwią jednoznaczne zweryfikowanie oferty Konsorcjum w zakresie poprawności wyliczenia ww. cen jednostkowych w świetle przepisów ustawy oraz umożliwią pozyskanie wiedzy niezbędnej do realnego korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie zaskarżenia wyboru oferty Konsorcjum.

Jednocześnie Odwołujący wskazał w ponownym wniosku, iż w świetle obowiązujących przepisów i orzecznictwa Zamawiający obowiązany jest zweryfikować poprawność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnić wszelkie informacje z wyjaśnienia ceny, które w myśl obowiązujących przepisów nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i są konieczne do udostępnienia w celu weryfikacji i oceny prawidłowości badania i wyboru oferty Konsorcjum w Części 1 oraz w celu pozyskania wiedzy niezbędnej do realnego korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z doktryną i judykaturą uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak samo, jak wszelkie dane liczbowe i informacje zawarte w zastrzeżonym wyjaśnieniu ceny, które są konieczne do weryfikacji i oceny prawidłowości badania i wyboru oferty Konsorcjum w Części 1 oraz są konieczne w celu pozyskania wiedzy niezbędnej do realnego korzystania ze środków ochrony prawnej.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest aktualne orzecznictwo, w tym m.in. wyrok KIO z dnia 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 239/19, który pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym, i w którym Izba wskazała, co następuje:

*„Odnosnie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania, uznając je za przedwcześnie. Odwołujący bardzo ogólnie, nie znając treści wyjaśnień Przystępującego, sformułował swoje zastrzeżenia co do podnoszonych przez Przystępującego argumentów mających stanowić uzasadnienie dla przyjętych przez siebie kwot za poszczególne elementy kalkulacji ceny oferty. W treści odwołania wskazał, że podnosząc te zarzuty "działa z zachowaniem pewnej ostrożności procesowej". Izba uznała, po dokonaniu analizy wyjaśnień Przystępującego i dostrzegając w tych wyjaśnieniach szereg nieścisłości, że odwołujący został pozbawiony możliwości oceny w tym zakresie. Dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów będzie miał możliwość ich przeanalizowania i skonstruowania zarzutów. Takie stanowisko, w którym jako przedwcześnie uznawano rozpoznawanie zarzutów*

odwołania dotyczących naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza prezentowała już we wcześniejszych wyrokach. Tak na przykład w wyroku sygn. akt KIO 242/17 skład orzekający uznał, że "Co do zarzutu wystąpienia w ofercie Konsorcjum M.M. rażąco niskiej ceny, a także nieprawidłowego złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich nieprawidłowej oceny przez zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.M. Izba stwierdziła, że zarzut ten trudno poddać ocenie, skoro odwołujący w ogóle nie miał dostępu do przedmiotowych wyjaśnień, a tym samym w ogóle ich nie widział, co jak Izba stwierdziła powyżej, nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez zamawiającego. Zarzut zaś, czy to naruszenia art. 90 ust. 3, czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób konieczny musi brać swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie podejrzewanej przez siebie treści tych wyjaśnień nie mógł prawidłowo sformułować zarzutów. Taki stan rzeczy przeczy podstawom ustanowienia środków odwoławczych". Podobnie orzeczono w wyroku sygn. akt KIO 1713/17 z 4 września 2017 r., w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz udostępnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem objęcia tych wyjaśnień tajemnicą, pozostawiając resztę zarzutów bez rozpoznania, jako przedwczesne. Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego, w zakresie w jakim odwołujący domagał się ich odtajnienia, nie było skuteczne, co powinno skutkować ujawnieniem informacji, czego zamawiający niezasadnie zaniechał."

Do czasu wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentacji dot. badania, oceny i wyboru oferty Konsorcjum dla Części 1, w zakresie:

- wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoż 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku -0,15 zł,
- przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Konsorcjum w trybie art. 126-128 ustawy.

pomimo złożenia przez Odwołującego w ww. wniosków w sprawie ich udostępnienia.

W następnej kolejności należy wskazać, iż ECO-PLAN S.A. jest wieloletnim wykonawcą dotychczasowych umów w sprawie realizacji usług objętych zamówieniem dla Części 1. W związku z tym posiada realne doświadczenie w świadczeniu na rzecz Zamawiającego usług wskazanych w Części 1. Tym samym, jest wykonawcą, który bardzo dobrze zna specyfikę terenów i obiektów objętych niniejszym zamówieniem oraz zna szczególne wymagania użytkowników, co do jakości świadczonych usług. Wobec tego jest wykonawcą, który posiada wiedzę w zakresie faktycznych, realnych kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia z należytą starannością oraz faktycznych, realnych cen jednostkowych stanowiących podstawę do rozliczeń.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum, którego oferta została wybrana w Części 1 zaoferowało w swojej ofercie rażąco niskie i nierealne ceny jednostkowe dot. :

- sprzątania powierzchni zewnętrznych 7 x w roku w kwocie: **0,15 zł / m<sup>2</sup>**;
- koszenia w kwocie: **0,03 zł / m<sup>2</sup>**;
- utrzymania pasów ochronnych i p.poż w kwocie: **0,15 zł / m<sup>2</sup>**.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż wg dokumentów zamówienia Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wyłącznie na podstawie umowy o pracę.

W Części 1 Zamawiający wymaga w zakresie sprzątania powierzchni zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych 12 osób w przeliczeniu na pełny etat. Koszt niniejszej usługi należy wyliczyć co najmniej w oparciu o minimalne wynagrodzenie, którego wartość brutto w 2022 r. zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1690), które wynosi 3 010,0 zł. Biorąc pod uwagę powyższe miesięczny koszt zatrudnienia 1 pracownika na pełen etat, jaki musi ponieść wykonawca jako pracodawca po uwzględnieniu wszystkich składników pochodnych jest znacznie wyższy.

Wobec tego w naszej ocenie, wykonanie ww. istotnych części składowych zamówienia opisanego przez Zamawiającego dla Części 1 w SWZ, jest niemożliwe w oparciu o ww. ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum.

W naszej ocenie nie jest możliwe koszenie terenów zielonych w Części 1 o pow. 701 061,00 m<sup>2</sup> za jedynie 0,03 zł/m<sup>2</sup>.

Zaznaczyć trzeba, że zakres zamówienia obejmuje koszenia na terenach bardzo trudnych do utrzymania, takich jak wały fortyfikacyjne, tereny pagórkowate, tereny podmokłe, na których ma miejsce intensywna vegetacja traw. Wobec tego, koszt wykonania koszeń jest znacznie wyższy w porównaniu z koszeniami na płaskich, suchych terenach. Tak więc koszenia objęte zamówieniem w Części 1 wymagają specjalistycznych maszyn i sprzętu oraz zwiększonego nakładu pracy, co powoduje, iż cena jednostkowa takiego koszenia jest znacznie wyższa od cen jednostkowych oferowanych na płaskich, suchych terenach.

Zgodnie z SWZ zakres niniejszej usługi obejmuje:

- koszenie trawy w ilości nieprzekraczającej w danym roku liczby wykonanej usługi x m<sup>2</sup> powierzchni zgodnie z otrzymanym zgłoszeniem Kierownika Sekcji Obsługi Infrastruktury wskazującym termin rozpoczęcia oraz zakończenia prac, jak również ilość i lokalizację terenów przeznaczonych do wykonania usługi,
- zgrabienie i załadunek do własnych kontenerów oraz wywóz skoszonego materiału w terminie nieprzekraczającym 7 dni od daty skoszenia,
- w miarę potrzeb dosiewanie i nawożenie trawników (koszt zakupu trawy i nawozów pokrywa Zamawiający).

Z naszego doświadczenia w realizacji przedmiotowej usługi w ramach dotychczasowych umów, praktyki wykonywania ww. usługi, danych technicznych maszyn należy stwierdzić, iż powyższa cena jednostkowa, a tym samym wynagrodzenie za niniejszą usługę nie pokrywa kosztów:

- pracy sprzętu,
- środków i materiałów koniecznych do wykonania tych usług, w tym kosztów dosiewanie i nawożenie trawników,
- zakupu paliwa,
- zgrabienia i załadunek do własnych kontenerów oraz wywóz skoszonego materiału,
- kosztów zatrudnienia pracowników na umowę o pracę,
- kosztów związanych z eksploatacją sprzętu tj.: przeglądów, wymiany olejów, filtrów, amortyzacji sprzętu, obowiązkowych ubezpieczeń,

- kosztów wynikających z Kodeksu Pracy tj. świadczeń urlopowych pracowników, zakupu odzieży roboczej, badań lekarskich,
- kosztów nadzoru i utrzymania nadzoru,
- kosztów księgowości, ubezpieczenia O.C firmy zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp.,
- zysku.

Nadto podkreślić należy w tym miejscu, w powołaniu na dokumentację niniejszego przetargu, iż Zamawiający wzywał do wyjaśnienia znacznie wyższych cen jednostkowych kosztów tj. w kwocie 0,04 zł / m<sup>2</sup> i 0,05 zł / m<sup>2</sup>.

Dowód: Wezwanie do wyjaśnienia cen jednostkowych dla Części 8 i 9 skierowane do ECO-PLAN S.A. - pismo Zamawiającego z dnia 16.12.2021r. aktach sprawy.

Uwzględniając powyższe oraz biorąc pod uwagę zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym bardziej zasadne jest wyjaśnienie ceny jednostkowej koszenia w kwocie: 0,03 zł / m<sup>2</sup> zaoferowanej przez Konsorcjum dla Części 1.

Ponadto w naszej ocenie Zamawiający dokonał wadliwej czynności oceny wyjaśnień Konsorcjum dot. ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoż 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku - 0,15 zł, błędnie uznając, iż ww. ceny jednostkowe nie są rażąco niskie.

Nie jest bowiem możliwe sprzątanie terenów zewnętrznych o pow. 36 299,00 m<sup>2</sup> 7 razy w roku tj. 14 razy w okresie realizacji zamówienia za jedynie 0,15 zł / m<sup>2</sup>.

Z naszego doświadczenia w realizacji przedmiotowej usługi w ramach dotychczasowych umów, praktyki wykonywania ww. usługi, danych technicznych maszyn należy stwierdzić, iż powyższe wynagrodzenie nie pokrywa łącznie kosztów:

- pracy sprzętu,
- środków i materiałów koniecznych do wykonania tych usług, w tym środka chwastobójczego,
- zakupu paliwa,
- kosztów zatrudnienia pracowników na umowę o pracę,
- kosztów związanych z eksploatacją sprzętu tj.: przeglądów, wymiany olejów, filtrów, amortyzacji sprzętu, obowiązkowych ubezpieczeń,
- kosztów wynikających z Kodeksu Pracy tj. świadczeń urlopowych pracowników, zakupu odzieży roboczej, badań lekarskich,
- kosztów nadzoru i utrzymania nadzoru,
- kosztów księgowości, ubezpieczenia O.C firmy zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp.,
- zysku.

W naszej ocenie nie jest możliwe też utrzymanie pasów ochronnych i p.poz za jedynie 0,15 zł / m<sup>2</sup>.

Zgodnie z SWZ utrzymanie pasów ochronnych ppoż. o pow. 1 484,00 m<sup>2</sup> ma być wykonane 7 razy w roku tj. 14 razy w okresie realizacji zamówienia. W zakres czynności wchodzi:

- pas ochronny – usuwanie pozostałości roślin, suchych gałęzi i innych materiałów łatwopalnych oraz utrzymanie pasa o szerokości minimum 2m;



- zmineralizowanie poprzez mechaniczne odwrócenie ziemi na głębokość co najmniej 20 cm, wygrabienie (bronowanie) ziemi do uzyskania równej powierzchni, usunięcie łodyg i liści roślin.

Z formularza cenowego zawartego w ofercie Konsorcjum wynika, że wynagrodzenie za jednokrotne wykonanie ww. prac wynosi jedynie:

$$1\,484,00\,m^2 \times 0,15\,zł/m^2 = \underline{222,26\,zł.}$$

Z naszego doświadczenia w realizacji przedmiotowej usługi w ramach dotychczasowych umów, praktyki wykonywania ww. usługi, danych technicznych maszyn należy stwierdzić, iż powyższe wynagrodzenie za jednokrotną czynność nie pokrywa kosztów:

- pracy sprzętu,
- środków i materiałów eksploatacyjnych koniecznych do wykonania tych usług,
- zakupu paliwa,
- kosztów zatrudnienia pracowników porządkujących teren, usuwających drzewostan, gałęzi, chrustu, suchych liści i innych odpadów poeksploatacyjnych prac wskazanych w SWZ,
- kosztów związanych z eksploatacją sprzętu tj.: przeglądów, wymiany olejów, filtrów, amortyzacji sprzętu, obowiązkowych ubezpieczeń,
- kosztów wynikających z Kodeksu Pracy tj. świadczeń urlopowych pracowników, zakupu odzieży roboczej, badań lekarskich,
- kosztów nadzoru i utrzymania nadzoru,
- kosztów księgowości, ubezpieczenia O.C firmy zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp.,
- zysku.

Zgodnie z doktryną i judykaturą, w przypadku rozliczenia zamówienia w oparciu o ceny jednostkowe, wykonawca obowiązany jest zadeklarować realne ceny jednostkowe, a tym samym rzeczywiste koszty każdej z usług wskazanych w Formularzu cenowym. Zarówno bowiem rozliczenie umowne za faktycznie wykonane prace w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe usług jak i realizacja postanowień umowy w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia (umowy) albo czasowego zmniejszenia lub zwiększenia ilości utrzymywanej w czystości powierzchni, czy też pomniejszenia wynagrodzenia o iloczyn nieposprzątaną powierzchnię i stawki za 1m<sup>2</sup>, są zgodne z obowiązującymi przepisami, intencjami i postanowieniami SWZ, jedynie wtedy, gdy wszystkie ceny jednostkowe są realne, wiarygodne i poprawnie obliczone, co ma miejsce tylko wtedy kiedy:

- każda z ww. usług, a tym samym cena jednostkowa, jest rentowana tj. zawiera zysk oraz wszystkie koszty wymagane postanowieniami SWZ i odrębnymi przepisami,
- żadna z cen jednostkowych nie jest rażąco niska i nierealna.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty lub kosztu jest powodem do rozpoczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej związanej z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, ale także wątpliwość co do prawidłowego wycenienia istotnych części składowych oferty (tak m.in. wyrok KIO 211/21 z dnia 22 lutego 2021 r., LEX nr 3159848).

W świetle ww. przepisu celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również składanych oświadczeń, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania

postawione przez Zamawiającego. Przy ocenie normy prawnej zawartej w art. 224 ustawy nie można pominąć obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w zgodzie z zasadami udzielania zamówień publicznych wyrażonymi w art. 16 i art. 17 ust.1 i 2 ustawy.

Zgodnie z przepisami ustawy i orzecznictwem wszelkie wątpliwości względem oferty wykonawcy muszą być wyjaśnione z należytą starannością. Szczególnie te związane z kwestią finansową bowiem Zamawiający jest w obowiązku racjonalnego wydatkowania i gospodarowania przyjętym budżetem. (tak m.in. wyrok KIO 212/2018 z dnia 27 lutego 2018 r., LEX nr 2477382).

Reasumując zaniechanie:

- wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia ceny jednostkowej koszenia w kwocie: 0,03 zł / m<sup>2</sup>;
- rzetelnej oceny wyjaśnień Konsorcjum w zakresie ceny jednostkowej dla pozycji pasy ppoż 0,15 zł i pozycji sprzątanie powierzchni zewnętrznych 7 x w roku - 0,15 zł,

stanowiąc może wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z WNIOSEKIEM DOT. UNIEWAŻNIENIA WYBORU OFERTY W CZĘŚCI 1.

*Dowód: WNIOSEK DOT. UNIEWAŻNIENIA WYBORU OFERTY W CZĘŚCI 1 – pismoa Odwołującego z dnia 20.01.2022r., 46/W/22, przekazany za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego w dniu 2022-01-20 17:13:55.*

W powyższym wniosku Odwołujący opisał powyższe oraz zawniósł o :

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum w Części 1, gdyż wybór tej oferty jest niezgodny z przepisami ustawy, a tym samym obarczony jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym m.in.:
  - wezwanie Konsorcjum do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jednostkowej koszenia w kwocie: **0,03 zł / m<sup>2</sup>**, która ma istotny wpływ na istotne części składowe ceny oraz budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów,
  - dokonanie rzetelnej oceny wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum celem zbadania czy oferta Konsorcjum dla Części 1 jest obliczona zgodnie z postanowieniami SWZ i obowiązującymi przepisami i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8, 5 i 10 ustawy,
- 3) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 1.

Odwołujący wskazał jednocześnie, iż zgodnie z zasadami udzielenia zamówień publicznych wyrażonymi w art. 16 i 17 ustawy Zamawiający ma obowiązek kontrolowania swoich czynności na każdym etapie postępowania, także po wyborze oferty, tak aby zgodnie z art. 17 ust.2 ustawy udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W tym stanie rzeczy w okolicznościach powzięcia informacji po wyborze oferty, które budzą wątpliwości, co do poprawności dokonania czynności wyboru oferty, a tym samym mają istotny wpływ na wynik postępowania, Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru

oferty wadliwie dokonanej, dokonana czynności zaniechanych i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tym niemniej do czasu wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający zaniechała nie tylko udostępnienia dokumentacji przetargowej, o której mowa powyżej, ale też zaniechała unieważnienia wyboru oferty w Części 1, wezwania do wyjaśnienia ceny jednostkowej koszenia, powtórzenia czynności badania i oceny.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami i orzecznictwem dla aktywizacji obowiązku Zamawiającego w zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 224 ust.1 ustawy wystarczające jest już samo powzięcie wiadomości o podejrzeniu rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o braku możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikających z odrębnych przepisów, albo gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie. Zgodnie z piśmiennictwem oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej chociaż, co do zasady, pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do całości przedmiotu zamówienia, to w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania oferty w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć cen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, jako elementów, które będą służyć do ustalenia ostatecznej ceny. Zamawiający powinien zbadać ceny elementów przedmiotu zamówienia wyraźnie niższe od cen rynkowych, aby wyeliminować możliwość zaoferowania cen nierealnych, które mogą wpływać negatywnie na ostateczną realizację przedmiotu zamówienia. Jeżeli jeden lub kilka istotnych składników ceny sprawiają wrażenie zaniżonych, to Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę do wyjaśnień. Nie ma przy tym znaczenia, że całościowa cena nie jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia czy też średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert.

Powołać w tym miejscu należy:

- aktualną w obecnym stanie prawnym opinię Prezesa UZP dot. art. 90 ust 1 (obecnie art. 224 ustawy), zgodnie z którą :

*„W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższy niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym)”;*

- aktualny w obecnym stanie prawnym wyrok KIO z dnia 29 maja 2017 r., sygn. akt KIO 948/17, LEX nr 2313186, zgodnie z którym :

*„Zamawiający jest uprawniony wystąpić do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny nie tylko w stosunku do ceny jako całości ale również w stosunku do określonego rodzaju kosztu, wchodzącego w skład tej ceny, jeżeli koszt ten budzi jego wątpliwości.”.*

Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie również w Komentarzu UZP do Prawa zamówień publicznych (UZP, Warszawa 2021, dostępnym na stronie

<https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/repozytorium-dokumentow-nowe-pzp/komentarz-do-nowego-pzp> ), który:

- 1) w odniesieniu do art. 224 ust.1 ustawy stanowi, co następuje:
  - „Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”;
  - „W świetle art. 224 ust. 1 Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...). W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców (Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1547/17, Legalis nr 228866).”;
  - „Ustawodawca użył również sformułowania „zamawiający żąda”, czym podkreśla, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie. Dla aktywizacji obowiązku zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie.”
- 2) w odniesieniu do art. 223 ust.1 ustawy stanowi, co następuje:
  - „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego.”;
  - „Regulacja art. 223 ust. 1 Pzp została ukształtowana jako prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przy ocenie charakteru powyższej czynności nie można jednak pominąć obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. W świetle tego obowiązku zaistnienie wątpliwości co do treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów lub oświadczeń, prowadzących do niezgodności oferty z warunkami zamówienia może powodować konieczność uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia rozwiania wątpliwości zamawiającego. W takiej sytuacji uzyskanie wyjaśnienia może warunkować zastosowanie względem oferty wykonawcy innych czynności, w szczególności jej odrzucenia.”.

Podkreślić również należy, iż w niniejszym postępowaniu po dokonaniu czynności pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 23.12.2021 r. w Części 1, złożonej

przez MOP 83 z siedzibą w Gronowie Górnym oraz poinformowaniu uczestników postępowania o dokonaniu tej czynności, Zamawiający po otrzymaniu w dniu 28.12.2021r. wniosku Konsorcjum w sprawie zastosowania przez wybranego Wykonawcę rażąco niskiej ceny unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując, iż „Zgodnie z zasadami udzielenia zamówień publicznych, Zamawiający ma możliwość kontrolowania swoich czynności na każdym etapie postępowania, co umożliwia mu powtórzenie danej czynności w sytuacji, w której wymagają tego okoliczności sprawy. W związku z powyższym Komisja przetargowa proponuje unieważnić czynność wyboru, dokonać powtórnej analizy złożonych ofert i podjąć stosowne decyzje co do dalszego procedowania postępowania.”.

*Dowód: ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ I POWTÓRZENIE CZYNNOŚCI BADANIA OFERT W CZĘŚCI 1 – pismo Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2021 r., Nr sprawy: ZP/74/2021 w aktach sprawy.*

W następnej kolejności Zamawiający wezwał dotychczas wybranego wykonawcę MOP 83 do wyjaśnienia ceny jednostkowej dla pozycji grabienie 0,02 zł, pasy ppoż 0,08 zł.

Wykonawca MOP 83 w wyznaczonym terminie nie złożył wyjaśnień, więc jego oferta została dorzucona i Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum.

Uwzględniając powyższe, biorąc pod uwagę WNIOSEK Odwołującego DOT. UNIEWAŻNIENIA WYBORU OFERTY W CZĘŚCI 1 a także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym bardziej zasadne było :

- unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum w Części 1
- dokonanie czynności zaniechanych,
- powtórzenie czynności wadliwie dokonanych, w tym powtórzenie wyboru oferty.

**Podsumowując, w ocenie Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.**

Wykaz załączników do odwołania:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości- Załącznik nr 1,
- 2) Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu Załącznik nr 2,
- 3) KRS ECO-PLAN S.A.- Załącznik nr 3.