

Sygn. akt KIO 238/13

Sygn. akt KIO 251/13

WYROK
z dnia 25 lutego 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 18 lutego 2013 roku i 20 lutego 2013 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 lutego 2013 roku przez wykonawcę AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa (Sygn. akt: KIO 238/13),
- B. w dniu 4 lutego roku przez wykonawcę W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Arkuszowej 43, 01-934 Warszawa (Sygn. akt: KIO 251/13),

w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 11/19, 00-508 Warszawa

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 238/13) wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 238/13 po stronie Odwołującego,

B. (sygn. akt KIO 251/13) wykonawcy D..... A..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 251/13 po stronie Odwołującego.

orzeka:

1.

A. **Oddala odwołanie** AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa (Sygn. akt: KIO 238/13)

B. **Oddala odwołanie** W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Arkuszowej 43, 01-934 Warszawa (Sygn. akt: KIO 251/13)

2. Kosztami postępowania obciąża AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa (Sygn. akt: KIO 238/13) oraz W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Arkuszowej 43, 01-934 Warszawa (Sygn. akt: KIO 251/13) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa (Sygn. akt: KIO 238/13) i wykonawcę W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Arkuszowej 43, 01-934 Warszawa (Sygn. akt: KIO 251/13) tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

Sygn. akt KIO 238/13

Sygn. akt KIO 251/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 11/19, 00-508 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy*, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 230-379019.

25 stycznia 2012 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, i tak w części nr IV (rejon IV: Żoliborz, Wola, Bemowo, Bielany) wybrany został wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w części nr II (rejon II: Mokotów, Ursynów, Wilanów) i części nr VI (rejon VI: Praga Południe, Wawer, Wesola, Rembertów) wybrany został wykonawca PPHU LEKARO J..... Z..... z siedzibą w Gliniance, Wola Ducka, oraz w części nr V (rejon V: Praga Północ, Targówek, Białołęka) wybrano wykonawcę D..... A..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... z siedzibą w Warszawie.

A. Sygn. akt KIO 238/13

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 lutego 2013 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zmianami, dalej: ustawa) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, tj. rozstrzygnięcia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) w części nr IV (rejon IV: Żoliborz, Wola, Bemowo, Bielany) polegającej na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16 za cenę brutto 1.139.000,00 zł.(kosztorys po aukcji - 1.130.963,80 zł.),
- 2) w części nr VI (rejon VI: Praga Południe, Wawer, Wesola, Rembertów) polegającej

na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę PPHU LEKARO J..... Z..... z siedzibą w Gliniance, Wola Ducka 70A za cenę brutto 833.999,00 zł. (kosztorys po aukcji - 833.998,68 zł.),

- 3) w części nr IV i VI polegającej na zaniechaniu zażądania od Wykonawców wybranych przez zamawiającego tj. REMONDIS Sp. z o.o. oraz PPHU LEKARO J..... Z..... oraz zajmujących drugie miejsce w pozycji cenowej tj. w części nr IV - PPHU LEKARO J..... Z..... oraz w części nr VI - POLSUPER Sp. z o.o. zażądania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy zaoferowane ceny są rażąco niskie,
- 4) w części nr IV i VI polegającej na zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców wybranych przez Zamawiającego tj. REMONDIS Sp. z o.o. oraz PPHU LEKARO J..... Z..... oraz zajmujących drugie miejsce w pozycji cenowej tj. w części nr IV - PPHU LEKARO J..... Z..... oraz w części nr VI - POLSUPER Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy,
- 5) w części nr IV i VI polegającej na zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez odwołującego, tj. AG-COMPLEX Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: przepisu art. 7 ust. 1 ustawy , art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zażądania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy zaoferowane przez wskazanych powyżej Wykonawców ceny są rażąco niskie, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców REMONDIS Sp. z o.o., PPHU LEKARO J..... Z....., POLSUPER Sp. z o.o. zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców REMONDIS Sp. z o.o., PPHU LEKARO J..... Z....., POLSUPER Sp. z o.o. stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, art. 91 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. złożonej przez AG-COMPLEX Sp. z o.o. we wskazanych częściach nr IV oraz nr VI.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania bowiem w wyniku odrzucenia w części nr IV ofert REMONDIS Sp. z o.o. oraz PPHU LEKARO J.....

Z..... oraz w wyniku odrzucenia w części nr VI ofert PPHU LEKARO J.....
Z..... oraz POLSUPER Sp. z o.o., oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko

Pismem z 25 stycznia 2013 roku Zamawiający Zarząd Oczyszczania Miasta poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w: części nr IV (rejon IV: Żoliborz, Wola, Bemowo, Bielany) złożonej przez Wykonawcę REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16 za cenę 1.139.000,00 zł. (kosztorys po aukcji: 1.130.963,80 zł.) oraz w części nr VI (rejon VI: Praga Południe, Wawer, Wesola, Rembertów) złożonej przez Wykonawcę PPHU LEKARO J..... Z..... z siedzibą w Gliniance, Wola Ducka 70A za cenę 833.999,00 zł. (kosztorys po aukcji 833.998,68 zł.). W ocenie Odwołującego oferty Wykonawców REMONDIS Sp. z o.o., PPHU LEKARO J..... Z..... oraz POLSUPER Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone zarówno w części nr IV, jak i w części nr VI, gdyż są to oferty Wykonawców zajmujących pierwsze i drugie miejsce cenowe, a które to oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i konsekwentnie ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez Zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie sprecyzowała tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo wskazuje, iż ze względu na cel przedmiotowej regulacji za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Nie może być bowiem tak, iż wykonawca świadomie zakładając w sposób nierzetelny realizację zamówienia oferuje elementy poddane ocenie podając rażąco niską

cenę, tylko po to aby uzyskać zamówienie. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2011 r. Sygn. KIO/UZP 358/11; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2011 r. KIO/UZP 2727/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2011 r. sygn. KIO/UZP 2697/10.

Zamawiający dokonał wyceny wartości szacunkowej zamówienia w postępowaniu na opróżnienie koszy ulicznych w okresie trzyletnim tj. od 01.03.2013 r. do 30.11.2015 r. tak dla części nr IV określił ją na kwotę: 2.735.527,14 zł z podatkiem VAT, a dla części nr VI określił ją na kwotę: 2.038.700,34 zł z podatkiem VAT. Po przeliczeniu ilości koszy do opróżnienia w danej części cena jednostkowa za opróżnienie koszy określona została przez Zamawiającego na kwotę 1,50 zł netto, co daje kwotę 1,62 zł brutto. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy zobowiązany jest do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia z należytą starannością, a zatem cena jednostkowa opróżnienia jednego kosza określona na stawkę netto 1,50 zł jest stawką rzetelną i ustaloną w odniesieniu do rynku i podobnych zamówień tego typu.

Odwołujący przykładowo wskazał w odwołaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaproponowane ceny jednostkowe, w oparciu o które, w ocenie Odwołującego można dokonać porównania cen rynkowych podobnych tego typu zamówień: Opróżnianie koszy ulicznych ustawionych wzdłuż ulic gminnych na terenie Dzielnicy Ochota. Termin realizacji zamówienia: 03.01.2011 r.-31.12.2011 r. -1,22 brutto; Roboty związane z opróżnieniem koszy ulicznych na terenie Dzielnicy Ochota Termin realizacji zamówienia: 23.02.2012 r. - 31.12.2012 r. – 0,92 zł brutto; Opróżnianie i zakup koszy ulicznych ustawionych na ulicach gminnych i drogach wewnętrznych na terenie miasta stołecznego Warszawy będących w zarządzie Dzielnicy Wola Termin realizacji zamówienia: 01.12.2011 r.-30.11.2012 r. – 1,00 zł brutto; Świadczenie usługi polegającej na opróżnianiu koszy ulicznych ustawionych na ulicach gminnych i drogowych wewnętrznych na terenie miasta stołecznego Warszawy będących w zarządzie Dzielnicy Wola oraz dostawy koszy ulicznych Termin realizacji zamówienia: 01.12.2012 r.-30.11.2013 r.– 1, 00 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część II (rejon II) Termin realizacji zamówienia: 01.04.2011 r.-30.11.2011 r. – 1,04 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część II (rejon II) Termin realizacji zamówienia: 01.12.2011 r.-30.11.2012 r. – 1,06 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część III (rejon III) Termin realizacji zamówienia: 01.12.2010 r.-30.11.2011 r. – 1,39 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część III (rejon III) Termin realizacji zamówienia: 01.12.2011 r.- 30.11.2012 r. – 1,38 zł brutto; Zarząd

Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część III (rejon IV) Termin realizacji zamówienia: 01.04.2011 r.-30.11.2011 r. – 1,02 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część IV (rejon IV) Termin realizacji zamówienia: 01.12.2011 r.- 30.11.2012 r. – 1,06 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część V (rejon V) Termin realizacji zamówienia: 01.12.2010 r.- 30.11.2011 r. – 1,09 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część V (rejon V) Termin realizacji zamówienia: 01.12.2011 r.- 30.11.2012 r. – 1,34 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część IV (rejon VI) - Termin realizacji zamówienia: 01.04.2011 r.-30.11.2011 r. – 0,97 zł brutto; Zarząd Oczyszczania Miasta - Opróżnianie koszy ulicznych na terenie m. st. Warszawy - część VI (rejon VI) Termin realizacji zamówienia: 01.12.2011 r.-30.11.2012 r. – 1,07 zł brutto. odwołujący wskazywał, że określone powyżej ceny rynkowe zamówień podobnych do zamówienia będącego przedmiotem postępowania wskazują, iż najniższe zaoferowane ceny jednostkowe za opróżnienie kosza są skalkulowane na poziomie ok. 1,00 zł. brutto.

Zaoferowane zaś przez Wykonawców ceny jednostkowe po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej przedstawiają się następująco w przedmiotowym postępowaniu:

- w części IV - 1: Cena łączna: 1.139.000,00 zł. Cena jednostkowa: 0,62 zł. netto Wykonawca: REMONDIS Sp. z o.o.; 2: Cena łączna: 1.150.040,39 zł Cena jednostkowa: 0,62 zł. netto Wykonawca: PPHU LEKARO J..... Z.....; 3: Cena łączna: 2.652.600,00 zł. Cena jednostkowa 1,45 zł. netto Wykonawca: AG-COMPLEX Sp. z o.o,
- w części VI – 1: Cena łączna: 833.999,00 zł. Cena jednostkowa 0,61 zł. netto Wykonawca: PPHU LEKARO J..... Z.....; 2: Cena łączna: 834.000,00 zł. Cena jednostkowa: 0,61 zł. netto Wykonawca: POLSUPER Sp. z o.o.; 3: Cena łączna: 1.739.300,00 zł. Cena jednostkowa 1,27 zł. netto Wykonawca: AG-COMPLEX Sp. z o.o.

Powyższe wskazuje, iż Zamawiający zaniechał obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż w celu stwierdzenia czy cena jest rażąco niska, zobowiązany był przeprowadzić porównanie zaoferowanych cen z cenami rynkowymi podobnych zamówień i na podstawie otrzymanych wyników, jeżeli uzasadniają one podejrzenie świadomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, powinien wszcząć procedurę wyjaśniającą. Ceny zaoferowane w stosunku do cen rynkowych są mniej więcej o ok. 40% niższe.

Natomiast w stosunku do wartości szacunkowej Zamawiającego przedstawia się to następująco:

- w części IV: Cena oferty: 1.139.000,00 zł Cena jednostkowa: 0,62 zł. netto Wykonawca: REMONDIS Sp. z o.o., szacunkowa wartość zamienia: 2.735.527,14 zł. Cena

jednostkowa: 1,50 zł. netto (zaproponowana cena stanowi 41,64% ceny określonej przez zamawiającego, a więc jest niższa o 58,36%),

- w części VI: Cena oferty: 833.999,00 zł. Cena jednostkowa 0,61 zł. netto Wykonawca: PPHULEKARO J..... Z....., szacunkowa wartość zamówienia: 2.038.700,34 zł. Cena jednostkowa: 1,50 zł. netto (zaproponowana cena stanowi 40,91% ceny określonej przez zamawiającego, a więc jest niższa o 59,09%).

Oferty zajmujące drugie miejsce nie różnią się w cenie jednostkowej, zatem wskazane różnice procentowe znajdują się na analogicznym poziomie. Wniosek jaki zatem wynika z porównania tych danych, to podejrzenie zaoferowania przez Wykonawców rażąco niskiej ceny. Jak już było wskazane powyżej pojęcie ceny „rażąco niskiej” pozostaje pojęciem nieostrym. Nieostrość ta może być w ten sposób usunięta, że analizę oprzemy na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Niewątpliwie te elementy w opisanym postępowaniu wystąpiły. Zatem zarzut postawiony Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zażądania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy zaoferowane ceny są rażąco niskie, jest słuszny. Dopiero procedura złożenia wyjaśnień zawierających szczegółową kalkulację i analizę kosztów może pozwolić Zamawiającemu na podjęcie racjonalnej decyzji co do odrzucenia ofert Wykonawców. Niemniej jednak do zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 Zamawiający nie musi dysponować dowodami, czy szczegółową kalkulacją kosztów, lecz jedynie wątpliwościami, czy też podejrzeniem świadomego zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z orzecznictwa wynika wniosek, iż o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy powinien decydować następujący wynik analizy ofert pod kątem: szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, porównanie z innymi złożonymi ofertami, cen rynkowych. Istotne przy tym jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W świetle orzecznictwa przyjmuje się również, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie zawodowe, rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji Zamawiającego. Wszystkie te elementy zdaniem Odwołującego wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu. Należy wskazać, iż ceny zaproponowane przez wykonawców sklasyfikowanych na pierwszym i drugim miejscu odbiegają w sposób znaczący od wartości szacunkowej zamówienia, tj. o ok. 60%, natomiast od oferty Odwołującego, która znajduje

się na trzecim miejscu, o ok. 50%. Nie ulega zatem żadnym wątpliwościom, że ceny zaproponowane przez wykonawców odbiegają od wszystkich kryteriów, które nakazują Zamawiającemu wszczęcie procedury wyjaśniającej w aspekcie rażąco niskiej ceny. O ile można jeszcze zaakceptować i uznać konkurencję cenową na poziomie od 10 % do 20 % w zamówieniach, to nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego do zaakceptowania ofert zaniżonych nawet w poziomie od 60 % do 50 % w stosunku do cen zaproponowanych przez Odwołującego i następnych wykonawców, co tylko utwierdza w przekonaniu, że ceny te są cenami rażąco niskimi w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, a zatem ich zaproponowanie stanowić może przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest min. się czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, wskazując na otwarty katalog przejawów takich działań, np. poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W toku postępowania Zamawiający jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu zachowania uczciwej konkurencji i Zamawiający za pomocą narzędzi takich jak określone w art. 90 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy, obowiązany jest eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszające postanowienia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Czyn nieuczciwej konkurencji, aby spełniał ustawowe przesłanki definicji, powinien być działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Ponadto, jeżeli działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji, lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Z takim działaniem niewątpliwie mamy do czynienia, jeśli zaoferowana cena jednostkowa nie pokrywa nawet ponoszonych przez wykonawcę kosztów. Taki mechanizm działania powoduje że przedsiębiorcy składający realne oferty cenowe gwarantujące rzetelne i zgodne ze specyfikacją wykonanie przedmiotu zamówienia, w których przyjęte kalkulacje stanowią przejaw rzetelnego podejścia do obowiązujących realiów rynkowych i technicznych, są automatycznie wykluczeni z możliwości uzyskania zamówienia, gdyż w celu konkurowania z ofertami zawierającymi zaniżone w sposób rażący ceny, musieliby sztucznie również zaniżyć w sposób nierynkowy cenę, która jest kryterium oceny ofert. Z tych względów należy wskazać, iż każdy wykonawca, w tym również odwołujący dokonywał kalkulacji kosztów na którą składać musiały się min. następujące elementy:

Kalkulacja kosztów eksploatacji samochodów, które wykonawca powinien przeznaczyć do realizacji umowy. Zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do istotnych postanowień umowy Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali w rejonie nr IV i VI co najmniej 3 samochodami ciężarowymi o ładowności do 3,5 t oraz

1 samochodem wyposażonym w HDS do załadunku i przewozu koszy ulicznych. Przy takim założeniu do kalkulacji należy przyjąć następujące koszty: koszty ubezpieczenia samochodów OC/AC przy założeniu, że ubezpieczenie 1 samochodu to kwota ok. 3.500 zł. na rok, a zatem wynosić będą ok. 31.500 zł. (3.500 zł. x 3 lata x 3 samochody); koszty przeglądów i bieżącej konserwacji przy założeniu, że przegląd 1 samochodu wynosi ok. 3.000 zł. rocznie, wynosić będą ok. 27.000 zł. (3.000 zł. x 3 lata x 3 samochody); koszty napraw samochodów, przy założeniu że wykonawcy do realizacji zamówienia wykorzystywać będą samochody używane, a zatem wynoszą ok. 1.000 zł. rocznie, co wynosić łącznie będzie ok. 9.000 zł. (1.000 zł. x 3 lata x 3 samochody), koszty amortyzacji samochodów przy założeniu, iż wartość początkowa amortyzacji wynosi 60.000 zł., a okres amortyzacji wynosi 5 lat, wyliczenie przedstawiać się będzie następująco:

rok	wartość na początku	podstawa	stopa	roczna stawka	średnia stawka na
2013	60000.00	60000.00	20.00%	12000.00	1000.00
2014	48000.00	60000.00	20.00%	12000.00	1000.00
2015	36000.00	60000.00	20.00%	12000.00	1000.00
2016	24000.00	60000.00	20.00%	12000.00	1000.00
2017	12000.00	60000.00	20.00%	12000.00	1000.00

Biorąc pod uwagę częstotliwość wywozu oraz ilość koszy do opróżnienia należy przyjąć, iż każdy z samochodów będzie pracować przez 7 dni w tygodniu przez 8 godzin. A zatem koszty te powinny być ujęte wg przedstawionego powyżej wyliczenia amortyzacji. Koszty amortyzacji przy założeniu, iż roczny koszt to 12.000 zł., wynosić zatem będą 108.000 zł. (12.000 zł. x 3 lata x 3 samochody). Łączny zatem koszt eksploatacji samochodów w okresie 3 lat to: 175.500,00 zł., a w okresie 1 roku to 58.500 zł.

Koszty paliwa przy założeniu realizacji zamówienia przy użyciu 4 samochodów wynosić będą:

Średnie spalanie samochodów o ładowności do 3,5 t wynosi ok. 151 na 100 km., natomiast samochodu wyposażonego w HDS to ok. 251/100 km. Biorąc pod uwagę fakt, iż każdy z samochodów o ładowności do 3,5 t realizować będzie codziennie 1 kurs dziennie i będzie on wykorzystywany przez 8 godzin dziennie, to średnia pokonywana dziennie przez 1 samochód wynosić będzie ok. 150 km, co Odwołujący może stwierdzić na podstawie doświadczenia w realizowaniu w latach poprzednich na rzecz Zamawiającego usługi. Hurtowe ceny paliw kształtują się na poziomie ok. 4,30 zł. za 1 l (ceny wg cennika Grupy

Orlen na dzień 02.02.2013 r. www.orten.pl). Zatem przy takich wyliczeniach koszty paliwa dla 3 samochodów do 3,5 tony wynosić będą: 1 samochód x 150 km x 365 dni = 54750 km rocznie x 3 lata = 164250 km Spalanie wynosi 151 na 100km, zatem do przejechania takiej liczby kilometrów zużyte będzie 22,5 l na 150 km, co rocznie daje zużycie paliwa 8.212,50 l. Przy założeniu że cena jednostkowa litra paliwa wynosi 4,30 zł, a zużyte będzie w okresie 3 lat 24.637,50 litrów, to łączny koszt paliwa dla jednego samochodu wyniesie 105.941,25 zł. W wyliczeniach został pominięty samochód HDS, z uwagi na fakt, iż jego udział w realizacji zamówienia będzie znacznie mniejszy, a zadania mogą być realizowane łącznie przy realizacji i użyciu tego samochodu przy innych zamówieniach. Łączny zatem koszt paliwa dla 3 samochodów w okresie 3 lat to: 317.823,75 zł., a w okresie 1 roku to 105.941,25 zł.

Koszty zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia przedstawiać się powinny następująco: biorąc pod uwagę fakt, iż każdy z samochodów o ładowności do 3,5 t realizować będzie codziennie 1 kurs i będzie on wykorzystywane przez 8 godzin dziennie, przez 7 dni w tygodniu, to należy założyć następującą obsadę: każda ekipa obsługująca 1 samochód składa się z 2 osób (pomocnika oraz kierowcy), zatem do obsługi 3 samochodów należy przyjąć zatrudnienie co najmniej 6 osób. Przyjmując, iż minimalne wynagrodzenie w 2013 r. wynosi 1600 zł., a przeciętne wynagrodzenie w III kwartale 2012 wynosi 3.510,22 zł. to koszt zatrudnienia 1 pracownika (łącznie ze składkami jakie powinien odprowadzić pracodawca) wynosić będzie minimalnie 1929,76 zł. (przy założeniu, iż składka wypadkowa wynosi 1,80%), a przeciętnie 4.233,68 zł. Stawka za godzinę przy takim założeniu wynosić będzie minimalnie $1929,76 / 30 \text{ dni} / 8 \text{ godzin} = 8,04 \text{ zł.}$, a przeciętnie $4.233,68 \text{ zł} / 30 \text{ dni} / 8 \text{ godzin} = 17,64 \text{ zł.}$ Wyliczenie zatem łącznego kosztu pracowników przedstawiać będzie się następująco: 8 godzin przepracowanych na dzień x 365 dni w roku x 3 lata = 8.760 roboczogodzin x 8,04 zł. = 70.430 zł. lub x 17,64 zł. = 154.526,40 zł. (koszt zatrudnienia 1 pracownika przez okres 3 lat). Koszty zatrudnienia 6 pracowników przez okres 3 lat to minimalnie 422.580 zł. a przeciętnie 927.158,40 zł. Do powyższych wyliczeń należy dodać koszty pośrednie związane z pracą pozostałych pracowników, takich jak dyspozytor, pracownik biurowy, pracownik odpowiedzialny za realizację umowy i weryfikację (sprawdzenie), księgowy itp. które przy przyjęciu takiej samej zasady i kwoty przeciętnej wynosiłyby: 154.526,40 zł na 1 pracownika, a przy założeniu pracy 4 osób wyniosłyby 618.105,60 zł. x 15% (czas poświęcony na realizację tej umowy) = 92.715,84 zł. Do wyceny

nie uwzględniono kosztów związanych z zastępstwem pracowników z powodu choroby oraz urlopów, koszty zaopatrzenia pracowników w ubrania robocze, a które winny być ujęte przy racjonalnej i rozsądnej wycenie jak również kosztów utrzymania terenu (bazy) na którym będą wykonywane prace związane z segregacją dostarczonych odpadów. Razem zatem koszty zatrudnienia w okresie 3 lat wynosić mogą minimalnie 515.295,84 zł., a przeciętnie 1.019.874,24 zł., co daje kwotę minimalnie 171.765,28 zł. rocznie, a przeciętnie 339.958,08 zł rocznie.

Jednym z najważniejszych elementów składowych kalkulacji ceny jednostkowej usługi jest koszt samego odpadu, który musi być poniesiony w celu poddania odpadu utylizacji i ewentualnemu odzyskowi. Biorąc pod uwagę harmonogram i ilość koszy do opróżnienia przyjętą przez Zamawiającego, ilość koszy dla rejonu nr IV wynosić będzie 1010 koszy dziennie x średnio 1,2 kg (waga 1 kosza odpadu), co daje dziennie 1212 kg odpadów x 365 dni w roku = 442.380 kg / 1000 = 442 tony odpadu rocznie x 3 lata = 1327,14 ton odpadu. Dla rejonu nr VI dane są analogiczne a liczba koszy wynosi 822 dziennie x średnio 1,2 kg (waga 1 kosza odpadu), co daje dziennie 986,40 kg odpadów x 365 dni w roku = 360.036 kg /1000 = 360 ton odpadu rocznie x 3 lata = 1080 ton odpadu.

Kod odpadu przewidziany zgodnie z SIWZ to 20.03.01 (zmieszane odpady komunalne). Odpad taki musi być skierowany zgodnie z obowiązującymi przepisami do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, zwanej dalej RIPOK. Na terenie regionu warszawskiego są 3 instalacje będące RIPOK, a jednostkowy koszt przyjęcia 1 tony odpadu wynosi, zgodnie z przedstawionymi przez nich ofertami na 2013 rok: 390 zł. / tonę odpadu 20.03.01, 350 zł. netto / za tonę odpadu 20.03.01 oraz 338 zł. netto za tonę odpadu 20.03.01. Wykonawcy przekazujący odpady nie mają innej możliwości, są zobligowani do przekazania odpadu do jednej z trzech wskazanych instalacji. Jednym z Wykonawców, będących RIPOK jest wybrany przez Zamawiającego w części nr VI PPHU LEKARO Jolanta Zagórska. Założyć oczywiście można, iż wskazane ceny przyjęcia 1 tony odpadu zawierają na minimalnym poziomie marżę, zatem koszt bez marży to co najmniej kwota 300 zł netto za 1 tonę odpadu (obejmująca koszty sortowania, utrzymania i eksploatacji zakładu). Kwota jaką zatem należy ująć w kalkulacji na przekazanie 1 tony odpadu wynosi: dla rejonu IV - 1327,14 ton w okresie 3 lat x 300 zł. netto = 398.142 zł, dla rejonu VI - 1080 ton w okresie 3 lat x 300 zł. netto = 324.000 zł.

Koszty jednak dla Odwołującego są wyższe i wynoszą one wg otrzymanych ofert minimalnie 338 zł. netto za 1 tonę odpadu. Odwołujący nie ma możliwości wyboru i zgodnie z przepisami zobligowany jest przekazywać odpady do RIPOK. Biorąc powyższe pod uwagę należy rozważyć, czy wykonawca będący jednocześnie RIPOK składając ofertę w takim postępowaniu nie popełnia czynu nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców, którzy zobligowani są do przekazywania tych odpadów właśnie do takich wykonawców i kalkulacji nie mogą oprzeć na kosztach funkcjonowania zakładu, lecz na kosztach wskazanych przez te zakłady, a w tym wypadku minimalne koszty to 338 zł netto za tonę odpadu. Dodatkowym elementem przewagi konkurencyjnej RIPOK jest możliwość poddania przekazanego odpadu odzyskowi w zakresie: szkło, makulatura, gazety, PET. Za każdą tonę odzyskanego surowca RIPOK może uzyskać dofinansowanie w kwocie 24 zł. Dane jednak dotyczące możliwości odzyskania ilości odpadów z 1 tony pozostają rozbieżne. Wg dwóch z trzech RIPOK maksymalny procent odzysku odpadu z 1 tony wynosi 30%. Wg danych Biura Ochrony Środowiska Urzędu m.st. Warszawy (Plan Gospodarki Odpadami dla m. st. Warszawy na lata 2008-2011 z uwzględnieniem lat 2012-2015) procent odzysku takich odpadów wynosi ok. 9%. Jest to element bardzo istotny, gdyż dzięki niemu Wykonawcy będący RIPOK są w stanie dokonywać kalkulacji. Dla przykładu można wskazać, na następujące wyliczenie. Przy założeniu możliwości sprzedaży 1 tony odpadu (ze składem szkło, makulatura, złom, gazety i PET) w cenie 350 zł za 1 tonę oraz dodaniu 24 zł dofinansowania potencjalna wysokość przychodu może wynieść 374 zł. Jeśli odzysk wyniesie 30%, to potencjalny przychód to 112,20 zł. Zatem koszt dla RIPOK zagospodarowania 1 tony odpadu wynosi 300 zł netto - 112,20 zł. = 187,80 zł. Gdyby natomiast przyjąć jak uczynił to wykonawca PPHU LEKARO J..... Z..... przy kalkulacji szczegółowej dla rejonu nr I przedmiotowego postępowania - koszt odzysku mógłby wynieść nawet 70%, co daje 300 zł netto - 261,80 zł. = 38 zł. Przedmiotowe dane jednak odbiegają w sposób zasadniczy od technicznych możliwości, rodzaju instalacji i zastosowanych metod odzysku. Zatem najbardziej wiarygodne jest przyjęcie do kalkulacji kosztu w kwocie 300 zł dla 1 tony unieszkodliwienia odpadu.

Koszty zakupu wkładów do koszy, które kalkulowane są na poziomie ok. 35 zł za 1 wkład. Zamawiający dla rejonu nr IV przyjął 987 wkładów, a dla rejonu nr VI - 763 wkłady, co daje łączny koszt dla rejonu nr IV - 35 zł. x 987 wkładów = 34.545 zł a dla rejonu nr VI - 35 zł

x 763 wkłady - 26.705 zł. Z ostrożności należy przyjąć 10% dodatkowych kosztów wynikających z kradzieży i dewastacji koszy, a więc kwotę ok. 3.000 zł dla rejonu nr IV i 2.600 zł dla rejonu VI.

Z tych względów należy wskazać, iż w pierwszej kolejności Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru ofert w częściach nr IV i VI, następnie zwrócić się do Wykonawców z prośbą o udzielenie wyjaśnień, ocenić wyjaśnienia i po rozważeniu, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną i czynem nieuczciwej konkurencji na mocy dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy odrzucić ofertę i dokonać poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

B. Sygn. akt KIO 251/13

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 lutego 2013 roku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Wykonawcy PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską, w części II i V, co jednocześnie narusza art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 90 ust. 1 ustawy w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Wykonawcy - PARTNER D..... A....., ul. Płytową 1, 03-046 Warszawa - przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską, w części II i V, co jednocześnie narusza art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia polegających na wyborze oferty złożonej przez PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A. 05-408 Glinianka w części II - jako oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu ustalenia, czy oferta Wykonawcy PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka i PARTNER D..... A....., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz w części V wyborze oferty złożonej przez PARTNER D..... A....., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa - w części V - jako oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu ustalenia, czy oferta Wykonawcy - PARTNER D..... A....., ul. Płytowa 1, 03-046

Warszawa i PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka - zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka w części II jako najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka i PARTNER D..... A....., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy - PARTNER D..... A....., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa w części V jako najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy PARTNER D..... i PPHU LEKARO J..... Z..... do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Działania Zamawiającego naruszają interes Odwołującego, oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z przepisami ustawy SIWZ, a jego cena ma charakter rynkowy. W konsekwencji Odwołujący ma realne szanse na uzyskanie zamówienia, niezgodne z prawem zaniechanie przez Zamawiającego badania oferty wykonawców, w kontekście przesłanek odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, pozbawia Odwołującego realnych i możliwych do oszacowania korzyści finansowych wynikających z wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu przetargowym i realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Pismem doręczonym Odwołującemu w dniu 25 stycznia 2012r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, ofert złożonych odpowiednio przez Wykonawców: PPHU LEKARO J..... Z..... - w części II oraz PARTNER D..... A..... - w części V. W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż oferty Wykonawców, odpowiednio w części II i V, „zgodnie z kryterium oceny, otrzymała najwyższą liczbę punktów za najniższą zaoferowaną cenę” Stanowisko Zamawiającego jest oczywiście niesłuszne. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 29.11.2012r. Jego przedmiotem były usługi wywozu stałych odpadów miejskich na terenie m.st. Warszawy. Przedmiot zamówienia podzielony został na 5 części (rejon): 1) część II / Rejon II - Mokotów, Ursynów, Wilanów 2) część III / Rejon III - Ochota, Ursus, Włochy 3) część IV / Rejon IV - Żoliborz, Wola, Bemowo, Bielany 4) część V / Rejon V - Praga Północ, Targówek, Białołęka 5) część VI / Rejon VI - Praga Południe, Wawer, Wesola, Rembertów. Obejmował on swoim zakresem - na terenie ww. rejonów: opróżnianie i eksploatację koszy ulicznych

zlokalizowanych ww. rejonach, interwencyjne opróżnianie koszy ulicznych, przestawianie koszy ulicznych. Niniejsze odwołanie dotyczy części zgodnie z terminologią użytą w SIWZ: 1) części II / Rejon II - Mokotów, Ursynów, Wilanów, 2) części V / Rejon V - Praga Północ, Targówek, Białołęka.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu - określił wartość szacunkową (netto) dla tych części odpowiednio na poziomie: 1) dla części II - 5 698 793,25 zł (część 1 zamówienia), 2) dla części V - 3 310 913,25 zł (część 4 zamówienia).

Zgodnie z SIWZ jedynym kryterium wyboru ofert była cena. Przy czym, Zamawiający określił - w części V pkt 3 ppkt 2 SIWZ - że przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 3 oferty, niepodlegające odrzuceniu. Natomiast w V pkt 2 ppkt 4 SIWZ określił, że „w przypadku, gdy w momencie zamknięcia aukcji będzie więcej niż jedna oferta zawierająca taką samą najniższą cenę, Zamawiający za najkorzystniejszą uzna tę ofertę, która zostanie złożona jako pierwsza.” Po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, Zamawiający uznał za ofertę najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawców, odpowiednio: PPHU LEKARO J..... Z..... dla części II z ceną 1 543 995,00 zł, oraz PARTNER D..... A..... dla części V z ceną 963 014,00 zł.

Część II zamówienia - w I etapie przedmiotowego postępowania dla części II zamówienia oferty złożyło 8 wykonawców. Na sfinansowanie powyższej części Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 4 069 563,12 zł. Cena oferty złożonej przez PPHU LEKARO J..... Z..... wynosiła 5 592 544,56 zł. W II etapie postępowania - w trybie aukcji elektronicznej Wykonawca zaproponował cenę 1 543 995,00 zł, tj. cenę o 2 525 568,12 zł niższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zarazem

o 4 048 549,56 zł niższą od oferty złożonej w I etapie postępowania. Następna w kolejności oferta wynosiła 1 543 996,00 zł i została złożoną przez PARTNER D..... A..... Jednakże już następne oferty były znacząco wyższe i wynosiły odpowiednio: 2 622 359, 50 zł (Odwołujący), 2 637 999,99 zł, 3 351 000,00 zł, 3 400 097,52 zł, 3 499 328,39 zł, 4 920 267,24 zł. Wobec powyższego, oferty złożone przez Wykonawców PPHU LEKARO J..... Z..... i PARTNER D..... A..... nie tylko odbiegały znacząco od wartości szacunkowej zamówienia i kwoty, jaką Zamawiający zamierzała przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia, ale także stanowiły kwotę kilkakrotnie niższą od kwot podanych przez tych wykonawców na pierwszym etapie postępowania, odpowiednio: PPHU LEKARO J..... Z..... o 4 048 549,56 zł, PARTNER D..... A..... o 4 562 911,52 zł. Wobec powyższego, wartość ostatecznej oferty- złożonej przez PPHU LEKARO dla II części zamówienia stanowi zaledwie ok. 28% wartości oferty złożonej przez tego

wykonawcę w I etapie postępowania. Natomiast wartość ostatecznej oferty złożonej przez PARTNER D..... A..... dla II części zamówienia stanowi zaledwie ok. 25% wartości oferty złożonej przez wykonawcę w I etapie postępowania. Co więcej, stanowiły one jedynie 52% średniej cen podanych przez wszystkich Wykonawców, składających oferty w niniejszym postępowaniu.

Część V zamówienia - oferty złożyło 7 wykonawców. Na sfinansowanie tej części zamówienia Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 2 938 524,48 zł, przy czym cena oferty złożonej przez PARTNER D..... A..... wynosiła 4 037 366,43 zł. W II etapie postępowania - w trybie aukcji elektronicznej - Wykonawca zaproponował cenę 963 014,00 zł, tj. cenę o 1 975 510,48 zł niższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zarazem o 3 074 352,43 zł niższą od oferty złożonej w I etapie postępowania. Następna w kolejności oferta wynosiła 983 013,00 zł i została złożona przez PPHU LEKARO J..... Z..... Jednakże już następne oferty były znacząco wyższe i wynosiły odpowiednio: 1 937 000,00 zł (Odwołującego), 1 937 068,66 zł, 2 303 172,63 zł, 2 388 374,10 zł, 3 174 292,80 zł. Wobec powyższego oferty złożone przez Wykonawców PARTNER D..... A..... i PPHU LEKARO J..... Z..... nie tylko odbiegały znacząco od wartości szacunkowej zamówienia i kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć

na realizację przedmiotu zamówienia, ale także stanowiły kwotę kilkakrotnie niższą od kwot podanych przez tych wykonawców na pierwszym etapie postępowania, odpowiednio: PARTNER D..... A..... o 3 074 352,43 zł, PPHU LEKARO J..... Z..... o 3 427 336,56zł Wobec powyższego, wartość ostatecznej oferty złożonej przez PPHU LEKARO dla V części zamówienia stanowi zaledwie ok. 24% wartości oferty złożonej przez wykonawcę w I etapie postępowania. Natomiast wartość ostatecznej oferty złożonej przez PARTNER D..... A..... dla V części zamówienia stanowi zaledwie ok. 22% wartości oferty złożonej przez tego wykonawcę w I etapie postępowania. Co więcej, oferty tych Wykonawców stanowiły odpowiednio 49% - PARTNER D..... A..... i 50% - PPHU LEKARO J..... Z..... średniej cen ofert złożonych w postępowaniu. Mimo znacznych różnic pomiędzy ceną „ostateczną” ofert wykonawców - PARTNER D..... A..... i PPHU LEKARO J..... Z..... a wartością zamówienia, „ostatecznymi” cenami pozostałych ofert i cenami podawanymi przez tych Wykonawców na kolejnych etapach postępowania, w części II i V zamówienia, Zamawiający zaniechał żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, w celu zbadania, czy oferta tych Wykonawców nie zawiera ceny rażąco niskiej. Już samo natomiast zaoferowanie przez Wykonawców ceny ofertowej tak znacznie odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia i „ostatecznych”

cen konkurentów winno zmusić Zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy. W sprawie zwłaszcza ta druga okoliczność winna mieć przesadzający charakter. Przypomnieć należy (sygn. akt KIO 1847/10) „ceny zaoferowane w danym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a zatem w tych samych warunkach gospodarczych, charakterystycznych w danym czasie dla rynku danej branży”. Mówiąc o cenach rynkowych, należy więc mieć na uwadze przede wszystkim to, jak kształtują się ceny w danym postępowaniu. Skoro zaś w niniejszym postępowaniu rozbieżność pomiędzy ceną wykonawców - PARTNER D..... A..... i PPHU LEKARO J..... Z....., ceną Odwołującego oraz najwyższą z zaoferowanych cen były istotne, Zamawiający winien zmierzać do wyjaśnienia tej rozbieżności. Przyjmuje się, że punktem odniesienia dla określenia ceny oferty jest przedmiot zamówienia. Składający ofertę kształtując cenę, co do zasady, kieruje się obiektywnymi kryteriami, wynikającymi ze specyfiki danego przedmiotu. Przy czym „określona przez niego musi być realistyczna i wiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Dlatego też, dysproporcja pomiędzy cenami kolejnych ofert, a ceną oferty najtańszej, winna skłonić Zamawiającego do wdrożenia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, iż cena zaoferowana przez Wykonawców - PARTNER D..... A..... i PPHU LEKARO J..... Z..... jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy.

Pojęcie „rażąco niskiej ceny”, którym posługuje się ustawodawca we wskazanych powyżej przepisach, nie zostało wprawdzie zdefiniowane w ustawie, ale w utrwalonym orzecznictwie, jak również w literaturze przedmiotu, wskazuje się jednak, iż „rażąco niska cena” to cena „niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi” W ocenie Odwołującego właśnie z taką nierealną ceną ofertową mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Przedmiotem były usługi wywozu stałych odpadów miejskich na terenie m.st. Warszawy. Obejmowały one opróżnianie i eksploatację koszy ulicznych zlokalizowanych w danym rejonie, interwencyjne opróżnianie koszy ulicznych, przestawianie koszy ulicznych. W skład wyceny określonej w powyższy sposób usługi wchodziły koszty stałe, które zobowiązany jest do poniesienia każdy wykonawca. Są to koszty transportu odpadów, w tym w szczególności paliwa, zakupu środków transportu, czy też koszty związanych z tym nakładów pracy. W głównej mierze to one wpływają na kształtowanie się wartości zamówienia. Co więcej,

część z nich - jak to ma miejsce w przypadku cen paliwa - jest jednakowa dla każdego Wykonawcy. Pomimo tego, w postępowaniu wykonawcy PARTNER D..... A..... i PPHU LEKARO J..... Z..... zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie stanowiącej 52-49% średniej cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Co więcej, cena zaoferowana przez tych wykonawców stanowiła jedynie 24-28% ceny zaproponowanej przez nich w pierwszym etapie postępowania. Cena zaoferowana przez Wykonawców - PARTNER D..... A..... i PPHU LEKARO J..... Z..... jest zatem ceną niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący pragnie podnieść, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają argumenty podniesione przez PPHU LEICRO J..... Z..... w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, pod sygn. akt KIO 2714/12, a rozstrzygniętą wyrokiem z dnia 4 stycznia 2013 r. PPHU LEKARO J..... Z..... podnosiło tam, że zarzut rażąco niskiej ceny i braku wezwania do jej wyjaśnienia - w odniesieniu do innych części niniejszego zamówienia - jest bezzasadny m.in. z uwagi na to, że: Wykonawca jest drugim pod względem wielkości wykonawcą na rynku i korzysta z efektu skali; posiada status Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) i trafiają do niego wszystkie odpady komunalne bez kosztów, które są zmuszeni ponosić inni wykonawcy; we własnej sortowni odzyskuje surowce wtórne i je odsprzedaje, a z pozostałych odpadów uzyskuje paliwo alternatywne do cementowni; pojazdy do obsługi przedmiotu zamówienia zamierza wykorzystać także w realizacji innych zamówień publicznych; dłuższy okres czasu wykonania zamówienia pozwala na zmniejszenie kosztów jednostkowych. Wskazać bowiem należy, że Wykonawca obowiązany jest do złożenia wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego i niemożliwe jest ich zastąpienie wyjaśnieniami, złożonymi w odwołaniu. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku KIO sygn. akt 882/12 Izba wskazała, że: „w świetle przepisu art. 90 Pzp wykonawca ma obowiązek złożyć wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Dopuszczenie możliwości złożenia wyjaśnień dopiero na etapie postępowania odwoławczego stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, oznaczałoby przedłużenie prawa do ich złożenia poza termin wyznaczony przez zamawiającego z naruszeniem art. 90 ust. 1 Pzp”. Natomiast w wyroku KIO sygn. akt 246/11 Izba określiła, że: „na podstawie wyjaśnień Odwołującego, złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, nie sposób ustalić, jakiego rodzaju koszty i nakłady skalkulowano w cenie - a w konsekwencji - czy cena ma charakter rynkowy. Nie może tych wyjaśnień zastąpić zamieszczona dopiero w odwołaniu szczegółowa kalkulacja. Zasadą jest bowiem,

że wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp składane są do Zamawiającego w terminie wskazanym w wezwaniu. Uznanie za dopuszczalne zastąpienie przedmiotowych wyjaśnień odwołaniem, którym zostanie zaprezentowany właściwy mechanizm kalkulacji ceny wraz z jej elementami, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców”. Innymi słowy, tego typu wyjaśnienia winny być podawane przez wykonawcę w toku procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, nie zaś oceniane w toku postępowania odwoławczego. Nadto podnieść należy, że wskazane przez PPHU LEKARO J..... Z....., w toku postępowania, sygn. akt KIO 2714/12, argumenty w żaden sposób nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny. W znaczącej mierze argumentacja ta odnosi się *in abstracto* do zaplecza i ogólnego potencjału technicznego Wykonawcy, nie ukazując w istocie, jaki ma to rzeczywisty, realny wpływ na cenę oferty. Co więcej, argumenty te są na tyle ogólnikowe i lakoniczne, że na ich podstawie Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy cena Wykonawcy nie jest rażąco niska. Stosownie bowiem do przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy zaoferować niską cenę. W orzecznictwie przyjmuje się, że są to „w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, co należy rozumieć wybrane przez wykonawcę, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Zatem czynniki, poza swym obiektywizmem, muszą odnosić się do badanego wykonawcy i jego wyróżniać spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny.”, (wyrok KIO 1793/11). W toku postępowania o sygn. akt KIO 2714/12 PPHU LEKARO J..... Z....., jako jedyne „obiektywne” okoliczności mające wpływ na cenę oferty, odwołał się do swojego własnego potencjału i posiadania statusu Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), co, jak wskazywał, gwarantuje mu, iż trafiają do niego wszystkie odpady bez kosztów. Czynniki te, w opinii wykonawcy, obiektywnie wpłynęły na cenę oferty, a w szczególności sprawiły, że jest ona bardziej konkurencyjna, aniżeli oferty pozostałych wykonawców. Z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić się jedynie częściowo, albowiem powołanie się na powyższe czynniki, odnoszące się do zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, tak technicznych, kształtowania korzystnej cen zakupu, nie jest wystarczające dla uzasadnienia braku wystąpienia rażąco niskiej ceny. Czynniki te są właściwe także innym Wykonawcom ubiegającym się o to zamówienie, w szczególności Odwołującemu, którego instalacja także posiada statusu Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), który jest jednym z największych wykonawców na rynku, który świadczy usługi na podobnych zasadach, jak PPHU LEKARO. Pomimo tych okoliczności cena Odwołującego znacząco obiega od ceny zaoferowanej przez

PPHU LEKARO J..... Z....., co nie może pozostać bez znaczenia dla dokonania oceny, czy w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Upředzając ewentualne zarzuty Zamawiającego, Odwołujący pragnie wskazać w tym miejscu również, że prowadzenie aukcji elektronicznej przez Zamawiającego nie stało na przeszkodzie zweryfikowaniu ofert pod kątem rażąco niskiej ceny ofert złożonych w trakcie aukcji, a w dalszej konsekwencji ewentualnemu ich odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jak podnosi się bowiem w orzecznictwie KIO „Wyłączenie w art. 91 c ust. 1 Pzp stosowania przepisu m.in. art. 89 Pzp, dotyczy jedynie toku aukcji, kiedy składane są postępowania, podlegające automatycznej ocenie, według ustalonego w zaproszeniu sposobu przeliczania postępowień na punktową ocenę oferty. W toku aukcji Zamawiający nie ma praktycznie żadnej możliwości weryfikowania ofert, co jednak nie oznacza, iż został pozbawiony możliwości odrzucenia ofert złożonych w trakcie aukcji po jej zamknięciu. Zamknięcie aukcji nie oznacza automatycznie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie wskazuje na koniec procesu składania postępowień.” (wyrok KIO z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt KIO 2206/11; KIO 2217/11; KIO 2218/11, powyższy pogląd Izba podzieliła w całości także m.in. w wyroku z dnia: 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 138/12).

Reasumując, celem postępowania jest realizacja danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, co jednak nie oznacza, że dopuszczalne jest wyłonienie wykonawcy, który nie gwarantując właściwego wykonania zamówienia, oferuje najniższą cenę. Przyjmuje się, że granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy wykonawcami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności "rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego" (podobnie wyrok KIO z dnia 10 maja 2011r., sygn. akt KIO 834/11). W niniejszej sprawie relacja ta pozostaje co najmniej wątpliwa. Zamawiający dokonując oceny, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku przedmiotu zamówienia, powinien brać pod uwagę całokształt zaistniałych okoliczności, w tym znanych zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania. Dlatego też znacząca różnica oferty Wykonawców w odniesieniu średniej ceny pozostałych ofert, jak i ceny szacunkowej określonej przez Zamawiającego, a także ogromna różnica jaka zachodzi pomiędzy ceną składaną przez Wykonawców - PARTNER D..... A..... i PPHU LEKARO J..... Z..... na kolejnych etapach postępowania, powinna wzbudzić

wątpliwości, czy cena Wykonawców pokryje wydatki związane z realizacją zamówienia, czy jest skalkulowana należycie. Na tej zasadzie konieczne staje się wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący wnosi zatem, jak na wstępie

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 238/13 i KIO 251/13:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego do sprawy o sygn. akt KIO 238/13 wykonawcę POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa oraz w sprawie o sygn. akt KIO 251/13 Izba dopuściła do udziału w postępowaniu po stronie Odwołującego wykonawcę D..... A..... prowadzącego działalność gospodarczą

pod nazwą PARTNER D..... A..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu, w obu sprawach, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 238/13 i o sygn. akt KIO 251/13 PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka, bowiem zgłoszenie przystąpienia tego wykonawcy wpłynęło faksem do Prezesa KIO 8 lutego 2013 roku następnie 12 lutego 2013 roku wpłynęło do Prezesa KIO zgłoszenie przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym w formie pisemnej. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.* Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom biorącym udział w postępowaniu 5 lutego 2013 roku, tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia, w formie zgodnej z ustawą upływał 8 lutego 2013 roku. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego przekazał zgłoszenie w formie przewidzianej w ustawie 12 lutego 2013 roku, czyli po terminie na skuteczne zgłoszenie przystąpienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marywilskiej 44, 03-042 Warszawa (Sygn. akt: KIO 238/13):

- (dowód nr 1) zestawienie przetargów dotyczących opróżniania koszy 2011-2013 – opracowanie własne, na okoliczność wykazania i potwierdzenia aktualnych cen rynkowych zamówień, związanych z opróżnianiem koszy ulicznych w okresie 2011-2012
- (dowód nr 2) ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 stycznia 2013 roku, na okoliczność wykazania ceny rynkowej udzielonego w części 3 zamówienia,

- (dowód nr 3) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty Urząd Dzielnicy Ochota z dnia 12 lutego 2013 roku, na okoliczność wykazania aktualnych cen rynkowych na poziomie 2,16 zł. brutto,
- (dowód nr 4) informacja od firmy REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawierająca kalkulację kosztów dla Rejonu IV, na okoliczność wykazania, iż wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyby miał realizować zamówienie dla Rejonu IV za wskazaną cenę, poniósłby stratę,
- (dowód nr 5) kopia polis zbiorczych wraz z zastawienie przyporządkowanych samochodów na okoliczność wykazania kosztów ubezpieczenia samochodów na przykładzie Odwołującego,
- (dowód nr 6) oferta przygotowana przez podmiot zajmujący się eksploatacją i przeglądami samochodów – kosztorys eksploatacji i utrzymania pojazdu Volkswagen Crafter Wywrotka, na okoliczność wykazania kosztów związanych z utrzymanie pojazdów,
- (dowód nr 7) wybrane faktury (14 sztuk) z okresu od 2011 roku na okoliczność wykazania kosztów związanych z kosztami paliwa, jakie muszą być uwzględnione przy realizacji przedmiotowego zamówienia,
- (dowód nr 8) opracowanie własne - zestawienie kosztów ponoszonych przy zatrudnieniu jednego pracownika, na okoliczność wykazania kosztów zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia - założenie przy uwzględnieniu pensji minimalnej,
- (dowód nr 9) oferty pochodzące od trzech przedsiębiorców będących W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Arkuszowej 43, 01-934 Warszawa, PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania na okoliczność wykazania kosztów związanych z zagospodarowaniem odbieranych odpadów,
- (dowód nr 10) tabele dla Rejonu IV i Rejonu VI na okoliczność wykazania ilości opróżnień koszy dla Rejonu IV i Rejonu VI,
- (dowód nr 11) wyniki ważenia 40 koszy Zarządu Oczyszczania Miasta w rejonie Śródmieście opróżnianych w cyklu dwa razy dziennie (7, 17) na potwierdzenie wagi odpadów,
- (dowód nr 12) zestawienie odzyskiwanych odpadów, na okoliczność wykazania możliwości procentowego odzysku odpadów na liniach sortowniczych przez wykonawców posiadających status Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów

Komunalnych (RIPOK) tj. dla W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Arkuszowej 43, 01-934 Warszawa, PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka,

- (dowód nr 13) informacja dotycząca wydzielonych odpadów ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych stanowiących, na okoliczność wykazania możliwości procentowego odzysku z jednej tony odpadów i ich dalszego zagospodarowania przez odsprzedaż,
- (dowód nr 14) pismo firmy REMONDIS Sp. z o.o. – aktualna kalkulacja kosztów oraz poziomu odzysku dotycząca realizacji opróżniania koszy ulicznych na terenie m.st. Warszawy, Rejon IV oraz pismo Odwołującego zawierające informacje na temat poziomu odzysku surowców w swojej instalacji,
- (dowód nr 15) zestawienie wyników badań składu morfologicznego odpadów komunalnych na okoliczność wykazania możliwego poziomu odzysku,
- (dowód nr 16) tabelaryczne zestawienie – opracowanie własne Odwołującego - na okoliczność wykazania poniesienia przez wykonawcę PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka, straty w przypadku realizacji zamówienia dla Rejonu IV i Rejonu VI przygotowane przez Odwołującego w oparciu o dane jakie zostało sporządzone na podstawie danych, których PPHU LEKARO J..... Z..... używało do wykazania cen realizacji zamówienia w Rejonie I (prezentowane przez LEKARO w sprawie o sygn. akt KIO 2714/12),
- (dowód nr 24) zestawienie tabelaryczne – opracowanie własne POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okoliczność wykazania, iż waga jednego opróżnienia kosza w Rejonie nr IV wynosi średnio 1,7kg co pozwala na dokonanie wyliczeń kosztu zagospodarowania opadu (dokument sporządzony przez uczestnika postępowania odwoławczego),
- (dowód nr 25) wyliczenia kalkulacji opróżnienia koszy ulicznych oraz koszy na odchody zwierzęce na terenie dróg gminnych Dzielnicy Ursynów - opracowanie własne Odwołującego i umowa ONRUŚB/III/1/3/03/2012 (9 str.) na okoliczność wykazania, iż wskazywana przez Zamawiający w dowodzie nr 19 kwota 0.43 zł jest ceną rynkową, do której Zamawiający nie może odnosi się przy prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego wykonawcę W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... z siedzibą w Warszawie przy ulicy Arkuszowej 43, 01-934 Warszawa (Sygn. akt: KIO 251/13):

- (dowód nr 17) kalkulacje kosztów dla Rejonu II i V w odniesieniu do Rejonu I i podanych tam grup kosztowych, na okoliczność nierzetelności kalkulacji grup kosztowych, właściwych wszystkim rejonom oraz 6 str. dowodów do tych kalkulacji,
- (dowód nr 18) Sprawozdanie nr SBL/Sp-47/13 z badań próbki odpadów komunalnych, zmieszanych z koszy ulicznych, na okoliczność wykazania niemożliwości odzyskania z koszy ulicznych 70% surowców wtórnych – dowód ten znajduje się w posiadaniu Odwołującego, bowiem został mu udostępniony przez Przystępującego PARTNER D..... A.....

Izba dopuściła dowody złożone przez Zamawiającego Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 11/19, 00-508 Warszawa:

- (dowód nr 19) pismo z 18 grudnia 2012 roku Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Urząd Dzielnicy Ursynów, na okoliczność, iż na rynku występują ceny niższe niż cena najkorzystniejszych ofert zaoferowanych w częściach postępowania,
- (dowód nr 20) opinia Zarządu Oczyszczania Miasta z 15 lutego 2013 roku na okoliczność wykazania prawidłowości realizacji usługi przez firmę PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka za cenę 0.62 zł. brutto za kosz,
- (dowód nr 21) opracowanie własne Zamawiającego - tabela zestawienia cen jednostkowych oferowanych przez wszystkich wykonawców w poszczególnych rejonach w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na okoliczność wykazania, iż firmy profesjonalnie trudniące się realizacją tego typu usługi złożyły oferty na podobnym poziomie tzn. oferują realizację za podobną cenę,
- (dowód nr 22) podsumowanie ofert po aukcji w części 1 na okoliczność wskazania, iż również Odwołujący AG COMPLEX był w stanie wykonać zamówienie za cenę 0.62 zł brutto,
- (dowód nr 23) pismo skierowane do Zarządu Oczyszczania Miasta przez firmę PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka na okoliczność wykazania, iż realizacja zamówienia przez tego wykonawcę jest możliwa po cenach zaoferowanych przez niego, z uwzględnieniem godziwego zysku.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 238/13 i sygn. akt 251/13 biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała że oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający złożył *Pismo procesowe pełnomocnika Zamawiającego* datowane na 20 lutego 2013 roku do sprawy o sygn. akt KIO 238/12 i sprawy o sygn. akt KIO 2578/12, wnosząc o oddalenie każdego z odwołań w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 - *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,* Izba uznała ww. zarzut za niezasadny i w tym zakresie odwołań nie uwzględniła.

Rozpoznawany zarzut dotyczy zaniechania przez Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie ofert złożonych dla Rejonu II, Rejonu IV, Rejonu V i Rejonu VI.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen

rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi". Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów , Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia.

Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*).

Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego Zamawiający dokonując rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania.

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Jednakże również ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, natomiast ustawa nie określa procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11).

Odnoszenie się, dokonując kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium. Nie istnieje też, i nie można go wywieść na żadnej podstawie, jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było

mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

Odwołujący argumentując konieczność dokonania weryfikacji ofert wybranych do realizacji zamówienia w poszczególnych Rejonach (II, IV, V, VI) w postępowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny odwoływali się do szacunkowej wartości zamówienia, jednakże należy pamiętać, iż w obliczu powyższych wywodów, wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być jednak wyłącznie wartość zamówienia z podatkiem VAT (porównaj: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-210/07). Opierając się o szacunkową wartość zamówienia Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziął wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaofferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne.

Należy zwrócić również uwagę, iż Zamawiający wskazał, w trakcie rozprawy, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona zgodnie z ustawą, jednakże na wielkość cen składanych w postępowaniu mają wpływ również zmiany wynikające z faktu udziału w postępowaniu podmiotów, które dotychczas nie brały udziału w organizowanych postępowaniach przez Zamawiającego. Jednoznacznie należy wskazać, iż odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że istnieje zagrożenie, że cena ofertowa jest rażąco niska. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń Zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne,

czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Odwołujący składali dowody, z których miało wynikać, że ceny zaoferowane w postępowaniu przez wykonawców sklasyfikowanych na pozycjach pierwszych i drugich w poszczególnych rejonach stanowiących przedmiot odwołania były cenami rażąco niskimi. Odnosili się zarówno do cen zaoferowanych w innych postępowaniach oraz wskazywali na elementy, składniki jakie powinny być uwzględnione przy oszacowaniu wartości oferty (paliwa, ubezpieczenia, koszty eksploatacji pojazdów, koszty pracowników). Odwołujący wskazywali również na samodzielnie dokonane obliczenia co do ilości odbieranych odpadów (wagi koszy) oraz przedstawiali badania wskazujące na morfologię odpadów i możliwości odzysku materiałów wtórnych. Jednakże dowody te odnoszą się po pierwsze do elementów cenowych jakie były podstawą szacowania wartości oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, po drugie sporządzone zostały na podstawie obliczeń jakie prowadzone były dla innego rejonu, po trzecie badanie morfologii odpadów dotyczy innego rodzaju odpadów niż stanowiące przedmiot postępowania. Podnoszone przez Odwołujących odniesienie się do kalkulacji kosztów jakie zostały zaoferowane przez wykonawcę PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka w pryzmacie przedstawionego przez tego wykonawcę zestawienia kalkulacji dla części I (kalkulacja kosztów dla części I została złożona przez tego wykonawcę w sprawie o sygn. akt KIO 2714/12) i przeniesienia na grunt rozpoznawanej sprawy danych z tej kalkulacji, również nie stanowi dowodu na potwierdzenie okoliczności przedstawionych przez Odwołujących dotyczy bowiem innego zakresu zamówienia (innego rejonu). Zestawienie zawierające aktualną kalkulację kosztów dla Rejonu IV jakie zostało przedstawione na rozprawie dowodzi jedynie tego, że wykonawca je sporządzający inaczej skalkulował wartość na dzień 13 lutego 2013 roku, nie dowodzi

natomiast, że zaoferowana w postępowaniu cena jest nierealna, że niemożliwe jest wykonanie zamówienia w tej kwocie.

Twierdzenia wykonawców (uczestników postępowania odwoławczego), że zaoferowana przez nich cena jest ceną rażąco niską i w związku z tym odwołania powinny zostać uwzględnione prowadzić mogłaby do obejścia przepisów ustawy przez „wycofanie” z postępowania ofert, które wykonawcy Ci złożyli w postępowaniu a co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne w sytuacji, gdy okoliczność do jakiej się odwołują nie została dowiedziona w postępowaniu odwoławczym. Żaden z uczestników postępowania nie wykazał, że cena zaoferowana w postępowaniu jest ceną za którą nie można wykonać zamówienia.

Niepodważalnym jest, że każdy z wykonawców, kalkulując ceny ofert, dokonuje stosownych wyliczeń w oparciu o własne założenia i własne zmienne. Nie istnieje jeden uniwersalny wzorek, do którego można przypisać koszty ponoszone przez wszystkich wykonawców. Nie bez znaczenia przy rozpoznaniu tej sprawy pozostaje fakt, że w Rejonach II i VI podmioty dotychczasowo realizujące umowę (Rejon II PARTNER D..... A..... z siedzibą w Warszawie i Rejon VI POLSUPRE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) zaoferowały ceny jednostkowe jedynie o 1 grosz większe od cen zaoferowanych przez PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka, natomiast dla Rejonu VI IV zaoferowali ceny niższe od tego wykonawcy o 1 grosz, odpowiednio: Rejon V PARTNER D..... A..... z siedzibą w Warszawie i Rejon IV REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wskazać należy, że czterech różnych wykonawców oferowało ceny realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia w bardzo podobnych, prawie identycznych cenach, w tym oferowali swoje usługi w tych cenach wykonawcy dotychczas realizujący umowy co nie bez znaczenia pozostaje dla Zamawiającego oceniającego oferty złożone w postępowaniu, w tym ewentualne powzięcie wątpliwości co do poziomu zaoferowanej ceny. Wskazać należy również, że w powoływanym przez Strony postępowania oraz uczestników a zakończonym wcześniej postępowaniu o udzielenie zamówienia dla Rejonu I – Śródmieście została wybrana oferta z ceną jednostkową opróżnienia jednego kosza 0,62 zł brutto a umowa na realizację usługi została zawarta 22 stycznia 2013 roku. Stanowi to dla Zamawiającego również punkt odniesienia w dokonywanej rzetelnej ocenie ofert w zakresie ewentualnych wątpliwości zaoferowanych cen w pozostałych rejonach (ceną jednostkową opróżnienia jednego kosza: Rejon II – 0,60 zł brutto, Rejon IV – 0,67 zł brutto, Rejon V – 0,65 zł brutto, Rejon VI – 0,65 zł brutto).

W świetle braku wykazania naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy, nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*; art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*; naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej* oraz 91 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* (ust.1).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....