Sygn. akt: KIO 1755/20

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 sierpnia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 roku przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SPTS Gdybus M. K. z siedzibą w Gdyni

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Wejherowo

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SPTS Gdybus M. K. z siedzibą w Gdyni i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SPTS Gdybus M. K. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SPTS Gdybus M. K. z siedzibą w Gdyni na rzecz Zamawiającego Gminy Wejherowo kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1755/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Gmina Wejherowo - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą.: “Przewóz wraz z opieką dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Gminy Wejherowo do/z placówek oświatowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2020 roku pod numerem 552837-N2020.

W dniu 27 lipca 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu w dniu 22 lipca 2020 roku oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez błędne uznanie, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy cena usług oferowanych przez Wykonawcę odpowiada kosztom ich świadczenia, gdyż usługi wykonywane w zakresie opcjonalnym będą wykonywane przez Wykonawcę przy wykorzystanie tych samych zasobów (tej samej liczby pojazdów i tej samej liczby opiekunów), co usługi wykonywane przez Wykonawcę przy usłudze w zakresie podstawowym, na co pozwala organizacja Wykonawcy;

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez błędne uznanie, że oferta złożona przez Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy łączna cena za wykonanie całego zamówienia jest ceną rynkową i nie może być uznana za rażąco niską, w szczególności że koszty usług wykonywanych w zakresie opcjonalnym mieszczą się w kosztach wykonywania usług w zakresie podstawowym;

3) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty, podczas gdy wyjaśnienia Wykonawcy w sposób jednoznaczny potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej cenę lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, (2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, (3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

<u>Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty</u>

1. Cena łączna

W formularzu oferty złożonym w sprawie Zamawiający wskazał ceny jednostkowe za przewóz jednego dziecka w zakresie podstawowym oraz w zakresie opcjonalnym. Cena jednostkowa za przewóz jednego dziecka nie stanowiła odrębnego kryterium oceny oferty. Kryterium takim niewątpliwie była łączna cena za wykonanie całego zamówienia, tak w zakresie podstawowym, jak i opcjonalnym. Wykonawca wskazał łączną cenę za wykonanie usług w zakresie opcjonalnym na kwotę 1 880 złotych brutto. Jednocześnie Wykonawca wskazał, że łączna cena wykonania zamówienia w zakresie podstawowym wynosi 443 811,60 złotych brutto, co oznacza że cena całego zamówienia zaoferowana przez Wnioskodawcę wynosi 445 691,60 złotych.

Zaoferowana cena łączna odpowiada rzeczywistym kosztom wykonania zamówienia i jest uzasadniona biznesowo dla Wykonawcy. W żadnym razie nie może być ona uznana za cenę rażąco niską. Przez cenę rażąco niską należałoby rozumieć cenę, która w sposób oczywisty odbiega od ceny, która znajdowałaby uzasadnienie ekonomiczne dla wykonawcy.
W tej sprawie nie mamy do czynienia z taką ceną, gdyż cena łącza jest niewygórowana, jednak jest uzasadniona ekonomicznie.

Oparcie przez Zamawiającego odrzucania oferty Wykonawcy bez uwzględnienia ceny łącznej, szczególnie wobec wyjaśnień Wykonawcy szczegółowo opisujących, że wykonywanie usług w zakresie podstawowym i w zakresie opcjonalnym generować będzie te same koszt (wykonywanie usług w zakresie opcjonalnym nie będzie wymagało dodatkowych kosztów), było błędne.

2. Marginalny charakter usług w zakresie opcjonalnym z punktu widzenia kosztów ich realizacji

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, dopuszczalne jest stosowanie niskich cen składowych (jednostkowych) w przypadku usług marginalnych, których koszt realizacji jest minimalny z uwagi na realizację innych usług wchodzących w skład zamówienia jako całości (wyrok z dnia 13 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 956/13). W sprawie nie ma wątpliwości, że usługą mającą kluczowe znaczenie dla realizacji zamówienia jest usługa w zakresie podstawowym. Uzasadniony biznesowo jest zatem, aby koszty wykonywania zamówienia w przeważającej mierze pokrywany był przez wykonywanie usług w zakresie podstawowym, a nie przez wykonywanie usług opcjonalnych, a więc drugoplanowa w punktu widzenia kosztów realizacji zamówienia.

Usługi w zakresie opcjonalnym mają charakter jedynie potencjalny i w toku wykonywania zamówienia może nie zajść sytuacja, w której byłby one w ogóle realizowane. Co za tym idzie, zasadnym i racjonalnym jest brak uzależniania opłacalności całego zamówienia od ceny usług w zakresie opcjonalnym. Rzeczywisty ciężar organizacyjny musi być przez Wykonawcę wkładany w realizację usługi w zakresie podstawowym. Cena usługi, która ma marginalne znaczenie dla ponoszenia kosztów organizacyjnych, wchodząca w skład ceny łącznej, nie może zatem być uznana za rażąco niską, gdyż jej niższa wysokość jest wynikiem tego, iż, wobec realizacji usługi w zakresie podstawowym, wykonanie usługi w zakresie opcjonalnym nie wymaga zaangażowania sił i środków innych niż są już zaangażowane. Podkreślić przy tym należy, iż stosowanie rozwiązań, w których usługi marginalne są w rzeczywistości finansowane przez usługi główne, a przez to ceny. usług marginalnych są niskie, jest powszechną praktyką rynkową, w szczególności na rynku przewozów osób. Nie można zatem uznać, aby praktyka taka była stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

3. Wykonywanie usług w zakresie opcjonalnym łącznie z wykonywaniem usług w zakresie podstawowym

Zamawiający w SIWZ wskazał, opisując część opcjonalną zamówienia, przedmiotem każdego zamówienia opcjonalnego jest przewóz jednego dziecka niepełnosprawnego na warunkach określonych w zamówieniu podstawowym w cenie jednostkowej, podanej w formularzu ofertowym. Co za tym idzie, pomiędzy wykonaniem przewozu “opcjonalnego” ma być wykonywane w taki sam sposób, jak ma to miejsce przy przewozie “podstawowym”. Co za tym idzie, organizacja przewozu “opcjonalnego” nie wymaga zaangażowania innych sił i środków.

Zgodnie z art. 32 pkt. 6 ustawy Prawo oświatowe i art. 39 ust. 4 ustawy Prawo oświatowe, obowiązkiem gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu do najbliższej placówki. Mając to na uwadze, że odległości związane z wykonywaniem usług “opcjonalnych” co do zasady nie mogą znacznie odbiegać od odległości przewozów “podstawowych”. Co więcej, obecnie nie powstaje w gminie żadna nowa placówka oświatowa, zatem nie zachodzi ryzyko, że zmienią się trasy, na jakich realizowane będą przewozy.

Jak wskazuje doświadczenie Wykonawcy związane z realizacją przewozów do placówki przy ul. Sobieskiego 279 w Wejherowie, placówka ta, ze względu na wysoką jakość świadczeń, jakie zapewnia, edukuje dzieci zamieszkujące nawet w znacznej odległości od samej placówki. Co za tym idzie, już wykonywanie usług w zakresie podstawowym wiązać się będzie z taką organizacją, która pozwala na wykonywanie przewozów również na większe odległości. Wykonawca wziął pod uwagę konieczność wykonywania również takich przejazdów przy wyliczaniu ceny łącznej za realizację zamówienia.

Wykonywanie usług “opcjonalnych” będzie mogło być realizowane przy użyciu tych samych pojazdów i przez te same osoby, które wykonywać będą przejazdy “podstawowe”. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach z 8 lipca 2020 r. szczegółowo opisał, iż wynika to z ilości miejsc dostępnych w każdym z pojazdów uwzględniając przy tym maksymalny czas przebywania dziecka w podróży. Co więcej, Wykonawca, mając do dyspozycji szeroką flotę nowoczesnych pojazdów dostosowanych do potrzeb osób niepełnosprawnych, ma możliwość zmiany pojazdów, którymi realizuje przejazd na określonej trasie, na pojazd, który może zabrać więcej pasażerów. Podkreślić przy tym należy, iż zmiana środka transportu jest

zgodnie z roz. 17 pkt. 4 ppkt. 6 SIWZ. Gdyby więc zaszła potrzeba przewiezienia większej liczby dzieci w ramach usług “opcjonalnych”, Wykonawca jest w stanie zrealizować taki przewóz bez dodatkowego angażowania nadzwyczajnych sił i środków (taka sama liczba pojazdów i opiekunów). Z każdej z tras zaplanowanych przez wykonawcę skorzystałoby kilkoro dzieci (więcej niż 1) w ramach zakresu podstawowego. Co za tym idzie, w każdy z dni, kiedy placówki edukacyjne pracują, przewozy realizowane są kilkorga dzieci, co jest uzasadnione ekonomicznie i potwierdza, że cena łączna zaproponowana przez Wykonawcę jest w pełni rynkowa. Okoliczność ta została zatem dostatecznie wyjaśniona przez Wykonawcę i uzasadnia ona zaoferowaną przez Wykonawcę cenę łączną.

Gdyby nawet przyjąć, że sporadycznie niektóre usługi “opcjonalne” wymagałby pokonania większej odległości niż usługi “podstawowe” albo wymagały zaangażowania dodatkowych pojazdów ponad te używane do wykonywania usług “podstawowych”, to brak jest jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia, że ilość tego typu dodatkowo angażujących przejazdów byłaby znaczna. Podkreślić należy, iż oferta oparta jest na założeniu, że codziennie przez 188 dni realizowane będzie 10 przejazdów. Wieloletnie doświadczenie Wykonawcy pozwala na jednoznaczną ocenę, że jedynie niektóre z tych przejazdów będą przejazdami wymagającymi znacznie większych nakładów niż przy usługach "podstawowych”, a przy tym nie w każdym z 188 dni zajdzie potrzeba wykonania 10 takich przejazdów (równie dobrze, może nie być żadnego przejazdu opcjonalnego danego dnia).

Z danych opublikowany w Biuletynie Informacji Publicznej wynika, że liczba mieszkańców Gminy Wejherowo na dzień 31 grudnia 2019 wynosiła 25.401, na dzień 31 grudnia 2018 24.728, natomiast na dzień 31 grudnia 2017 - 24 324. Co za tym idzie, pomiędzy 2019 a 2018 rokiem wzrost liczby mieszkańców wyniósł 673 osoby zameldowane na pobyt stały, tj. wzrost o 2,7% liczony rok do roku, a pomiędzy 2018 i 2017 wzrost wyniósł 404 osoby, tj. 1,66% liczony rok do roku. Pozwala na wyliczenie, że przejazdy podstawowe będą realizowane dla ok. 43 dzieci, a więc znacznie mniejszej liczby niż zakłada Zamawiający.

Zakładając wzrost liczby mieszkańców o 2,7% otrzymujemy potencjalny wzrost zapotrzebowania na zadania opcjonalne przewozu niepełnosprawnych dzieci w ciągu roku kalendarzowego o 1,16 osoby (43 *102,7%). Można zatem przyjąć z dużą dozą prawdopodobieństwa, że w ciągu roku szkolnego 2020/21 pojawi się zapotrzebowanie na realizację 1 bądź 2 zadań opcjonalnych. Określając cenę łączą Wykonawca wziął pod uwagę te okoliczności, dlatego zaoferowana przez niego cena łączna jest ceną rynkową, a na pewno nie jest ceną rażąco niską.

Wyceniając przewóz “podstawowy” Wykonawca wziął pod uwagę ewentualną absencję dzieci, gdyż wziął pod uwagę wskaźnik korygujący faktury na poziomie 80 %, co jest zgodne z wieloletnim doświadczeniem firmy w przewozach na terenie Gminy Wejherowo. Kwestia ewentualnej absencji dzieci stanowi element kalkulacji ceny łącznej w ofercie.

4. Brak możliwości oceny ceny za wykonywanie usług w zakresie usług opcjonalnych pod kątem czynów nieuczciwej konkurencji

Dokonanie przez Wykonawcę takiego podziału ceny łącznej pomiędzy usługi w zakresie podstawowym a usługi w zakresie opcjonalnym, że większość zysku uzyskiwana jest wykonaniu zamówienia w zakresie podstawowym, nie jest czynem nieuczciwej konkurencji. Analiza takiego podziału z punktu widzenia czynów nieuczciwej konkurencji znajdowałaby uzasadnienia, gdyby oferta na zakres podstawowy i oferta na zakres opcjonalny byłyby przedstawiane odrębnie. W niniejszej sprawie oferty za zakres podstawowy i zakres opcjonalny zostały przedstawione łącznie i wspólnie składają się na cenę łączą. Co więcej, usługi te świadczone będą łącznie. Co za tym idzie, rozłożenie ceny pomiędzy oba zakresu nie ma ogranicza w żaden sposób konkurencji, gdyż to cena łączna zaproponowana przez konkurentów podlega ocenie.

W ppodsumowaniu Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie będzie musiał angażować dodatkowych pojazdów ani dodatkowych ekip pracowniczych do realizacji zadań w zakresie opcjonalnym, co za tym idzie, koszty usług “opcjonalnych” mieszczą się w kosztach usług “podstawowych”, zatem cena łączna jest uzasadniona biznesowa i nie jest rażąco niska, ocenie pod kątem kryterium “rażąco niskiej ceny" podlega wyłącznie cena łączna, a ta nie może być uznana za rażąco niską, a jej zastosowanie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowanie odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 lipca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - 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.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

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 postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że 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 incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu

zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie” - Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 - zestawienie szczegółowe tras przejazdów - opracowanie własne (5 kart),
- dowód nr 2 - dowody rejestracyjne dwóch pojazdów i oświadczenie z 18 lutego 2019 (4 kart),
- dowód nr 3 - Certyfikat Kompetencji Zawodowych w Drogowym Transporcie Osób nr 00322/TO/12 oraz Referencje (6 kart).

V.

Izba ustaliła:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Rozdziale 2 - opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:

Przedmiot zamówienia obejmuje przewóz dzieci do/z placówek oświatowych znajdujących się na terenie Gminy Wejherowo oraz miejscowości: Wejherowo, Rumia, Kębłowo oraz Strzepcz.

(.)

14. Zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy PZP Zamawiający przewiduje w okresie trwania umowy możliwość udzielenia (10) dziesięciu zamówień opcjonalnych. Przedmiotem każdego zamówienia opcjonalnego jest przewóz jednego dziecka niepełnosprawnego na warunkach określonych w zamówieniu podstawowym w cenie jednostkowej, podanej w formularzu ofertowym. Każde skorzystanie z zadania opcjonalnego poprzedzone będzie pisemnym oświadczeniem woli Zamawiającego w okresie trwania umowy.

W Rozdziale 14 - Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał:

1. Wykonawca w oparciu o opis przedmiotu zamówienia określi jednostkową dzienną cenę brutto (cyfrowo i słownie) w złotych polskich (PLN) przewozu (dowozu i odwozu) jednego dziecka niepełnosprawnego.

2. Dodatkowo, w celu dokonania oceny oferty, w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, zostanie określona cena łączna za wykonanie przedmiotu zamówienia, stanowiąca iloczyn planowanych dni nauki, w terminie od 1 września 2020 r. do 25.06.2021 r., wynoszących 188 dni, ceny ryczałtowej przewozu jednego dziecka oraz planowanej do przewozu, maksymalnej liczby dzieci w podziale na zadanie podstawowe oraz opcjonalne.

W związku z powyższym cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania niniejszego zamówienia wynikające ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Będą to między innymi koszty opłat, podatków, zezwoleń, ubezpieczenia, inflacji, kosztów paliwa, podatku VAT (jeżeli występuje), kosztów dojazdu z i do bazy i inne.

(■■■)

9. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zmawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielnie wyjaśnień (...)

W Rozdziale 15 - Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający wskazał, że kryteriami oceny ofert są:

- Kryterium ceny - 60 proc.

- Kryterium roku produkcji pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia - waga 20 proc.

- Opóźnienie realizacji usługi w stosunku do rozkładu jazdy w razie awarii pojazdu - waga 20 proc.

W Formularzu oferty - Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagała podania w tabeli ww. cen dla Zakresu podstawowego (wiersz 1) i zakresu opcjonalnego (wiersz 2) przez podanie odpowiednio w kolumnie oznaczonej 1 - cena jednostkowa dzienna przewozu 1 dziecka w PLN (dowozu oraz odwozu), przy określonych w kolumnie oznaczonej 2 - Planowane dni nauki dla wiersza 1 i dla wiersza 2 - 188 dni, oraz podanej w kolumnie oznaczonej 3 - Planowana liczna dzieci; dla wiersza 1-43 osoby (38 uczniów poruszających się samodzielnie + 5 uczniów poruszających się na wózkach) oraz dla wiersza 2 - 10 osób. W ostatniej kolumnie wymagał podania Wartości brutto przewozów w PLN / wartość brutto przewozów słownie - Iloczyn dla każdego wiersza kolumn 1x(2x3). W wierszu 3 - przewóz wszystkich dzieci Zamawiający wymagał podania Cena oferty łącznie brutto (suma: zakres podstawowy + zakres opcjonalny).

Pojazdy wskazane w Załączniku nr 5 do SIWZ - Informacje dotyczące środków transportu przewidzianych do realizacji niniejszego zamówienia, zgodnie z SIWZ Rozdział 6 - Warunki udziału w postępowaniu, podlegały ocenie.

W Formularzu oferty - Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający podał: Oświadczamy, iż przy realizacji zamówienia wykorzystywane będą pojazdy wymienione w załączniku nr 5 do SIWZ załączonym do oferty.

Wykonawca M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SPTS Gdybus M. K. z siedzibą w Gdyni w złożonej ofercie z dnia 30 czerwca 2020 roku zaoferował realizację zamówienia za cenę łączną 445 691,60 zł brutto przy określonych cenach jednostkowych:

- cena jednostkowa dzienna przewozu jednego dziecka w PLN (dowozu oraz odwozu) w zakresie podstawowym - 54,90 zł brutto,

- cena jednostkowa dzienna przewozu jednego dziecka w PLN (dowozu oraz odwozu) w zakresie podstawowym - 1,00 zł brutto,

W załączniku nr 5 do SIWZ wskazał określone cztery samochody: G...S2, G...S, G1...S, G...49R.

Pismem z dnia 3 lipca 2020 roku Zamawiający działając w trybie art. 90 ust. 1a ustawy zwrócił się do Odwołującego: z uwagi na fakt, iż cena jednostkowa dzienna za zakres opcjonalny, która jest istotną częścią składową ceny oferty (podana jako I zł brutto) wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy złożona przez Wykonawcę oferta, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, przede wszystkim: Oszczędność metody wykonania zamówienia, Wybrane rozwiązania techniczne, Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zmówienia dostępne dla Wykonawcy, Oryginalność projektu Wykonawcy, Koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, zakres wynikający z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca w wyjaśnieniach powinien wskazać konkretne okoliczności, które będą dla niego źródłem przychodów lub obniżenia kosztów, lub które będą uprawniały Zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena nie stwarza ryzyka niewykonania umowy przez Wykonawcę. Zamawiający w szczególności wnosi o przedstawienie cen poszczególnych składników takich jak przeglądy pojazdów, amortyzacje, posiadanie GPS w każdym pojeździe, koszty paliwa/LPG, średnie zużycie paliwa dla każdego pojazdu wykazanego w załączniku nr 5 do SIWZ, koszty ubezpieczenia, koszty leasingu (w załączniku nr 5 do SIWZ Wykonawca oświadczył, że 2 pojazdami przeznaczonymi do realizacji zamówienia, Wykonawca dysponuje na podstawie umowy leasingu), jak również koszty zatrudnienia na umowę o pracę pracowników, o jakich mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (kierowców). Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z zapisami SIWZ "Zamawiający przewiduje w okresie trwania umowy możliwość udzielenia (10) zamówień opcjonalnych. Przedmiotem każdego zamówienia opcjonalnego jest przewóz jednego dziecka niepełnosprawnego na warunkach określonych w zamówieniu podstawowym w cenie jednostkowej podanej w formularzu ofertowym.", wobec czego do realizacji przedmiotu zamówienia, należy przewidzieć odpowiednią ilość pojazdów, a także kierowców oraz opiekunów, gdyż w każdym pojeździe należy zapewnić opiekę nad przewożonymi dziećmi osoby, która nie jest jednocześnie kierowcą. Doświadczenie Zamawiającego z lat ubiegłych wskazuje, że praktycznie w każdym roku szkolnym występowała konieczność skorzystania z prawa opcji w ramach umowy na przewóz dzieci niepełnosprawnych. Natomiast biorąc pod uwagę ciągły przyrost liczby mieszkańców w Gminie Wejherowo, istnieje wysokie prawdopodobieństwo konieczności skorzystania z zadań opcjonalnych również w przypadku niniejszego zamówienia.

Z uwagi na powyższe, jak również z uwagi na fakt, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy, następować będzie za podstawie cen jednostkowych, Wykonawca zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wykonanie umowy będzie dla niego opłacalne, tzn. że Wykonawca będzie w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją całości przedmiotu zamówienia z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od Zamawiającego, przy jednoczesnym zachowaniu reguł rynkowych, przepisów prawa, terminu.

realizacji zamówienia oraz warunków zawartych w dokumentacji przetargowej i podpisanej umowie.

Odwołujący za pismem z dnia 8 lipca 2020 roku złożył wyjaśnienia, podnosząc między innymi:

Nie można pominąć faktu, że realizacja zadań opcjonalnych (maks. 10) jest możliwa tylko i wyłącznie w przypadku jednoczesnej realizacji zadania podstawowego (określonego jako 43 zadania), zatem celowym jest rozważanie oferty jako całości w zakresie podstawowym i opcjonalnym pod kątem całościowej analizy cenowej.

Możliwości logistyczne:

Nasza firma, zgodnie z zapisami SIWZ, przestawiła 4 pojazdy do realizacji zadania: 2 pojazdy specjalistyczne do przewozu osób niepełnosprawnych na wózkach i 2 pojazdy przeznaczone do przewozu osób niepełnosprawnych, które nie poruszają się na wózkach. Bazując na naszym doświadczeniu, około 50 % uczniów dojeżdża do szkoły na godzinę 8mą rano i taka sama liczba osób odjeżdża ze szkół po godzinie 15tej. Pozostałe 50% uczniów dojeżdża pomiędzy 8 a 11:30, zaś na odwozach około 50% uczniów odjeżdża pomiędzy 12 a 15tą.

Dzięki nowatorskiemu i ciągle udoskonalanemu podejściu do wykonywanych zadań, przedstawiliśmy tylko i wyłącznie pojazdy o pojemności od 9 do 18 osób, których użycie powoduje najbardziej efektywne wykorzystanie dostępnych zasobów technicznych jak i ludzkich. Bogaci w nasze wieloletnie doświadczenie w realizacji zadań na rzecz Gminy Wejherowo, jak również na rzecz wielu innych naszych pomorskich klientów, zamierzamy używać pojazdów zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Zasoby ludzkie:

W celu realizacji zadania podstawowego planujemy zatrudnienie 4 ekip składających się z kierowcy oraz opiekuna/ki w każdym z pojazdów. 2 ekipy pracować będą w pełnym wymiarze, 2 pozostałe zaś na 50% wymiaru czasu pracy. Wynagrodzenia proponowane pracownikom (kierowcy) i zleceniobiorcom będą zgodne z obowiązującymi na terenie RP stawkami tj nie mniej niż 2600 zł brutto/m-c (pełen etat) lub nie mniej niż 17 zł/godzina brutto w przypadku zleceniobiorców (opiekunki). Nie wykluczamy zatrudnienia opiekunek w oparciu o umowę o pracę, przestrzegając minimalnych warunków wynagrodzeń.

Koszty leasingów pojazdów, ubezpieczeń, paliwa:

Aktualnie 2 pojazdy są leasingowane: G...S2, rata miesięczna leasingu 2641 zł brutto (ostatnia rata jest płatna w październiku 2020, potem auto staje się własnością firmy) oraz

G.S, rata miesięczna leasingu 2899 zł brutto (rata płatna przez cały okres świadczenia usługi).

Ubezpieczenia pojazdów wynoszą miesięcznie: 300; 594,5; 510; 309,7.

Przeglądy samochodów (badania diagnostyczne) wynoszą rocznie : 1 x 199 zł co 6 mcy (dla autobusu), 3 x 99 zł (dla busów 9 osobowych).

Zużycie paliwa przy ergonomicznej jeździe : pojazdy zużywają od około 9 1/100 dla busów G...S oraz G.S, około 101/100 dla busa G.49R oraz około 12 1/100 dla autobusu G.S2. GPS : montaż systemu GPS w pojazdach to koszt jednorazowy około 150 zł/pojazd oraz abonament w wysokości około 30 zt/m-c/pojazd.

Analiza logistyczna:

Analizując adresy zamieszkania uczniów objętych dowozem w zadaniu podstawowym, określone w SIWZ, możemy stwierdzić, że wszystki kierunki w obrębie gminy są już w nim ujęte, tj.: Kierunek północny: Kniewo/Góra; Kierunek północno-wschodni: Kąpino; Kierunek południowy : Bieszkowice/Nowy Dwór Wejherowski; Kierunek południowo-wschodni : Gniewowo; Obszar centralny: Bolszewo/Gościcino

W przypadku realizacji zadań opcjonalnych, biorąc pod uwagę dostępne jeszcze miejsca w poszczególnych busach (pomiędzy 2 a 4 miejsca dostępne w każdym z pojazdów podczas realizacji zadania podstawowego), biorąc pod uwagę maksymalny czas przebywania dziecka w podróży jako 1,5 h, a także z uwagi na pokrycie gminy w całości siatką połączeń już podczas realizacji zadania podstawowego, ewentualna realizacja zadań opcjonalnych nie spowoduje ani zwiększenia zapotrzebowania na zasoby ludzkie, ani zwiększenia zapotrzebowania na zasoby sprzętowe.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę metodologię zastosowanych rozwiązań logistycznych, realizacja zadania opcjonalnego nosi znamiona kosztu marginalnego, którego koszt nasza firma określiła w złożonej ofercie i który to koszt nie jest rażąco niski, lecz

odpowiada realnemu kosztowi realizacji zadania opcjonalnego przy jednoczesnej realizacji zadania podstawowego (bez realizacji którego nie można uzyskać zamówień opcjonalnych). Wykonanie zadań opcjonalnych w ilości określonej w SIWZ (do 10 zadań opcjonalnych) po cenie określonej w ofercie jest zapewnione i będzie realizowane przez cały okres świadczenia usługi.

Określony koszt zadania opcjonalnego wynika wprost proporcjonalnie z nowatorskiego podejścia do zasobów transportowych i ludzkich, nowoczesnych technologii wspierających procesy logistyczne, głębokiej refleksji, doświadczenia firmy zarówno na terenie gminy Wejherowo jak i całego województwa pomorskiego oraz sposobu realizacji powierzonego zadania.

Pismem z dnia 22 lipca 2020 roku Zamawiający powiadomił wykonawcę Odwołującego o odrzuceniu ofert podając między innymi, że:

Zamawiający, zgodnie z zapisami art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, miał obowiązek poddać analizie zarówno cenę ogólną oferty, jak i jej istotne części składowe tzn. pozycje z formularza ofertowego, które Zamawiający uznał za istotne, w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na fakt, że rozliczenie przedmiotu zamówienia następować będzie na podstawie „cen jednostkowych dziennego przewozu dzieci wynikających z oferty Zamawiający ma obowiązek wyjaśnić również prawidłową wycenę istotnej części składowej ceny oferty tj. cenę jednostkową dzienną przewozu 1 dziecka (dowozu i odwozu) w zakresie opcjonalnym, która w przypadku ceny Wykonawcy (1,00 zł) de facto jest aż 0 95,5% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcjonalnym (21,88 zł). Mając powyższe na uwadze, Zamawiający w dniu 03.07.2020 r. wezwał Wykonawcę SPTS „Gdybus" M. K. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych ceny oferty.

Pismem z dnia 08.07.2020 r. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie. Jednakże w/w wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena jednostkowa dziennego przewozu 1 dziecka w zakresie opcjonalnym, uwzględnia wszystkie warunki określone w dokumentacji postępowania oraz uwarunkowania rynku. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach przyjął, że realizacja zadań opcjonalnych „nie spowoduje ani zwiększenia zapotrzebowania na zasoby ludzkie, ani zwiększenia zapotrzebowania na zasoby sprzętowe" i stanowić będzie dla Wykonawcy „koszt marginalny", z uwagi na założenie, że dowóz dzieci w ramach zakresu opcjonalnego odbywać się będzie w ramach kursów oraz tras zakresu podstawowego (znanego Wykonawcy w momencie składania oferty).

Z uwagi na lokalizację gminy, gdzie niektóre sołectwa są od siebie znacznie oddalone, jak również biorąc pod uwagę potrzeby mieszkańców Gminy, dotyczące oferty edukacyjnej dzieci niepełnosprawnych, Zamawiający musi brać pod uwagę każdą sytuację, również taką, gdzie kursy w ramach zadania podstawowego i opcjonalnego będą odbywać się po całkowicie odmiennych trasach, Wówczas cena jednostkowa dzienna przewozu 1 dziecka w zakresie opcjonalnym, nie jest odzwierciedleniem sytuacji rynkowej i nosi znamiona rażąco niskiej, nierealnej do zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Faktem jest, że Zamawiający będzie mógł skorzystać z zadań zakresu opcjonalnego przy jednoczesnej realizacji zadania podstawowego, jednakże mając na uwadze doświadczenie Zamawiającego, specyfikę oraz sposób rozliczenia przedmiotu zamówienia, należy wziąć pod uwagę wszystkie możliwe sytuacje i przypadki, również takie, gdzie rzeczywiście trasy zadania opcjonalnego i podstawowego będą się „pokrywać", ale z uwagi na absencję dziecka dowożonego w ramach zadania podstawowego, Wykonawca będzie miał obowiązek dowiezienia tylko dziecka z zakresu opcjonalnego. Wówczas, z uwagi na sposób rozliczenia — za faktycznie wykonane kursy na podstawie cen jednostkowych dziennego przewozu dziecka, Wykonawca, będzie uprawniony do naliczenia wynagrodzenia jedynie za wykonanie przedmiotu umowy w ramach zakresu opcjonalnego. Ponadto biorąc pod uwagę wyjaśnienia Wykonawcy oraz fakt, że pojazdy wskazane przez Wykonawcę SPTS „Gdybus" M. K. w załączniku nr 5 do SIWZ, przeznaczone do realizacji zamówienia, łącznie posiadają 45 miejsc, przy pełnej realizacji zadania podstawowego (43 osoby) i nawet częściowej realizacji zadania opcjonalnego (min. 3 osoby), Wykonawca będzie musiał, do realizacji zadania opcjonalnego zaangażować dodatkowy pojazd, w tym dodatkową ekipę w postaci kierowcy oraz opiekuna, co będzie generowało takie same koszty jak w przypadku zadania podstawowego tj. m.in. koszty paliwa, zatrudnienia osób, ubezpieczenia, leasing lub wynajem, itp. Biorąc powyższe pod uwagę, oczywistym jest fakt, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach mija się z prawdą, wskazując że realizacja zadań opcjonalnych „nie spowoduje ani zwiększenia zapotrzebowania na zasoby ludzkie, ani zwiększenia zapotrzebowania na zasoby sprzętowe". Powyższe wyraźnie wskazuje na to, że Wykonawca przy obliczeniu istotnej części składowej ceny oferty, jakim jest cena jednostkowa dzienna

przewozu I dziecka w zakresie opcjonalnym, nie skalkulował właściwie ceny oferty, gdyż nie uwzględnił wszystkich warunków określonych w dokumentacji postępowania, a co za tym idzie nie wypełnił obowiązku wykazania, że w części dotyczącej realizacji zadania opcjonalnego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Stanowisko Zamawiającego, odnośnie prawidłowej kalkulacji każdego składnika cenotwórczego czyli poszczególnych cen jednostkowych, wymienionych w formularzu ofertowym podziela Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 51/20 z dnia 27 stycznia 2020 r(...).

Zamawiający zwraca również uwagę, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny oferty było precyzyjne oraz szczegółowe i Wykonawca miał możliwość przedstawienia kalkulacji ceny jednostkowej, stanowiącej przedmiot wezwania do udzielenia wyjaśnień. Wskazana zaś cena 1,00 zł za usługę opcji jest kwotą nierzeczywistą, a Wykonawca nie wykazał ekonomicznego rachunku obliczenia tej ceny w jakikolwiek sposób.

Ponadto podanie przez Wykonawcę ceny 1,00 zł, jako jednego ze składników ogólnej ceny oferty, przy obowiązującym systemie oceny ofert, stanowiło w ocenie Zamawiającego czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z orzeczeniem KIO 1042/20 (...) Manipulowanie cenami jednostkowymi oraz oferowanie stawek nierynkowych, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co potwierdzone zostało również w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2019 KIO 766/19. (...) Wobec powyższego nie można się również zgodzić z twierdzeniem Wykonawcy, że „ celowym jest rozważanie oferty jako całości w zakresie podstawowym i opcjonalnym pod kątem analizy cenowej. ” gdyż zgodnie z orzeczeniem KIO 766/19 „Okoliczności przesądzającą o naganności postępowania Odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie ” proporcjami poszczególnych usług a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich oferty , niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ (wyrok SO w Poznaniu sygn.. IX Gc 19/07)".

O tym, że Wykonawca dokonał „manipulacji cenowej” i celowo ustalił cenę jednostkową za wykonanie usługi w zakresie zadania opcjonalnego na tak niskim poziomie przemawia również fakt, że Wykonawca w poprzednich latach wykonywał na rzecz Zamawiającego usługi o charakterze tożsamym z przedmiotem niniejszego zamówienia, co oznacza, że zna sytuację rynku przewozowego i wie, że w tym zakresie nie nastąpiły istotne zmiany, natomiast kalkulacja cenowa wskazana przez niego w przedmiotowym postępowaniu znacząco odbiega od cen zaproponowanych przez Wykonawcę w poprzednim postepowaniu. Zgodnie z orzeczeniem KIO 766/19 „Zdaniem Izby, takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której, ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów odwołujący uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na runku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Ponadto opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający, który zmuszony jest do wybrania, jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejsza ekonomicznie. ”

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający uznał, że istotne części składowe ceny oferty Wykonawcy SPTS „Gdybus” M. K. powodują, że cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, natomiast podanie kwoty 1,00 zł brutto, jako cenę jednostkową dzienną przewozu 1 dziecka w PLN (dowozu i odwozu) stanowi dodatkowo czyn nieuczciwej konkurencji co skutkuje odrzuceniem oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

VI.

<u>W zakresie zarzutów odwołania:</u>

Zarzuty 1 i 3:

W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez błędne uznanie, że oferta złożona przez Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy łączna cena za wykonanie całego zamówienia jest

ceną rynkową i nie może być uznana za rażąco niską, w szczególności że koszty usług wykonywanych w zakresie opcjonalnym mieszczą się w kosztach wykonywania usług w zakresie podstawowym oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty, podczas gdy wyjaśnienia Wykonawcy w sposób jednoznaczny potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej cenę lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia - Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, mając na uwadze stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu, że dokonanie oceny badania oferty wykonawcy pod kontem przesłanek art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odbywa się co do ceny zaoferowanej w postępowaniu lub ich istotnych części składowych, co w sposób jednoznaczny wynika z regulacji art. 90 ust. 1 ustawy.

Zarzut Odwołującego w zasadzie ogranicza się do twierdzenia dotyczącego ceny łącznej podanej w Formularzu oferty obejmującej realizację zamówienia w zakresie podstawowym i opcjonalnym przy jednoczesny wskazaniu na marginalny zakres usług w zakresie opcjonalnym z punktu widzenia kosztów ich realizacji. Podnoszona w uzasadnieniu odwołania argumentacja skupia się na tym, że cena łączna stanowiła kryterium oceny ofert w postępowaniu.

W ocenie Izby niewątpliwie kryterium oceny ofert była cena łączna, niemniej fakt, że cena łączna staniała element kryterium oceny ofert nie oznacza, że Zamawiający nie ma uprawnienia, a nawet obowiązku, dokonać w ramach procedury z art. 90 ust. 1 ustawy badania istotnej części składowej ceny łącznej. Wymaga zaznaczenia, że zgodnie z SIWZ Zamawiający w celu dokonania oceny oferty, w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wymagał określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, w podziale na zadanie podstawowe oraz opcjonalne. Tym samym, Zamawiający w sposób jednoznaczny określił istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia części składowe dzieląc je na zakres podstawowy oraz zakres opcjonalny.

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy w sposób bardzo jednoznaczny określił, że istotne części składowe ceny mogą podlegać badaniu przez Zamawiającego, tym samym Zamawiający miał prawo poddać ocenie część składową tj. cenę jednostkową za zakres opcjonalny badania w tej procedurze. W wezwaniu z dnia 3 lipca 2020 roku Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał Odwołującemu, że cena jednostkowa dzienna za zakres opcjonalny stanowi istotną część składową ceny oferty, czego Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował.

Co więcej, w SIWZ wskazano również, że cena łączna zostaje określona w celu oceny ofert, ocena ofert następuje w ramach kryteriów ofert, które ujmują łączną cenę. Natomiast badanie ofert, które jest immamentną cechą czynności Zamawiającego wymaga, w przypadkach, gdy Zamawiający uzna to za niezbędne oraz wynika to z przepisów ustawy, przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy w odniesieniu do istotnej części składowej ceny.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Odwołuj ącego złożone za pismem z dnia 8 lipca 2020 roku. Należy mieć na uwadze, że obowiązkiem Odwołującego w odpowiedzi na ogłoszone postępowanie było dokonanie wyceny usługi w zakresie podstawowym oraz zakresie opcjonalnym. Wymagania jakie określił Zamawiający nie mogą być modyfikowane przez Odwołującego samodzielnie, w taki sposób jak dowodził w trakcie rozprawy Odwołujący.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, co Izba podkreśla, Izba nie dokonuje ceny wiedzy i umiejętności Odwołującego w zakresie realizacji transportu osób, lecz dokonuje oceny dokonanych przez Zamawiającego czynności w zakresie oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień ceny.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu

kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacji warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy - informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi to wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia z dnia 8 lipca 2020 roku, co potwierdziły w zasadzie odwołanie i argumentacja z rozprawy. Zaoferowana przez Odwołującego cena jednostkowa za zakres opcjonalny jest ceną rażąco niską. Odwołujący przyjął własne założenia, które stanowiły podstawę kalkulacji ceny całej oferty a nie poszczególnych zakresów, co nie było zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Posiadane doświadczenie Odwołującego oraz wskazywane zestawienie szczegółowych tras, które stanowiło wypracowany model organizacyjny przejazdów (dowód nr 1), a co miało dowodzić ceny rynkowej przejazdu nie dowodzi,

że cena 1 złotych brutto za zakres opcjonalny, na trasie przewozu dziecka niepełnosprawnego, która nie jest jeszcze znana w przeciwieństwie do zakresu podstawowego stanowi cenę rynkową, realną czy też taką za którą można dane zamówienie wykonać - wymaga wskazania, że właśnie te elementy stanowią o realności ceny.

W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący podał, że przewozy w zakresie opcjonalnym będą realizowane w pojazdach realizujących zakres podstawowy, bowiem w każdym z pojazdów są dostępne miejsca pomiędzy 2 a 4. Izba jednak dostrzegła, że fakt, że wykonawca posiada miejsca w tych pojazdach nie powoduje, że nie powinien wycenić zakresu opcjonalnego. Argumentacja jaką przyjął Odwołujący w sposób jednoznaczny potwierdza, że koszty jakie winien był skalkulować w ramach realizacji zakresu opcjonalnego - takie same jak w przypadku zakresu podstawowego co wskazał Zamawiającym w SIWZ z tym wyjątkiem, że przy zakresie opcjonalnym nie są znane nawet orientacyjne odległości (jak ma to miejsce w przypadku zakresu podstawowego) od miejsca zamieszkania dziecka niepełnosprawnego do placówki oświatowej, lecz jedynie zakres terytorialny wskazany w Rozdziale 3 SIWZ - nie zostały przez niego ujęte w zakresie opcjonalnym, lecz przeniesione do zakresu podstawowego. Dodatkowo potwierdza to również stanowisko wyrażone w odwołaniu, gdzie Odwołujący podał, że „uzasadnione biznesowo jest, aby koszty wykonania zamówienia w przeważającej mierze pokrywany był przez wykonanie usług w zakresie podstawowym, a nie przez wykonanie usług opcjonalnych, a więc drugoplanowa w punktu widzenia kosztów realizacji zamówienia". Wymaga wyartykułowania w tym miejscu, że zgodnie z SIWZ Zamawiającym miał wycenić zakres opcjonalny przy uwzględnieniu takich samych kosztów jak dla zakresu podstawowego. W trakcie rozprawy również Odwołujący potwierdził, że stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego bowiem podał, że „przewóz opcjonalny będzie realizowany w cenie przewozu podstawowego, a ewentualne drobne różnice, które mogą się pojawić, np.: przy wymianie autobusu to jest właśnie ta złotówka". To w ocenie Izby dowodzi również, że koszt realizacji przewozu w zakresie opcjonalnym nie został skalkulowany prawidłowo, skoro będzie realizowany w cenie przewozu podstawowego. Bez znaczenia pozostaje dla badania poziomu ceny jej istotnej części składowej, którą wykonawca miał wyliczyć zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - taki jest jego obowiązek składając ofertę - biznesowa kalkulacja ceny globalnej dla wykonawcy. Wykonawca miał skalkulować rzeczywistą i realną cenę zakresu opcjonalnego, a nie ujmować go czy przenosić do ceny zakresu podstawowego, miał obowiązek skalkulować ja również zgodnie z SIWZ. Tym samym wskazany w trakcie rozprawy przez Odwołującego sposób realizacji zamówienia i przyjęty w efekcie sposób kalkulacji wynika z rozeznania i badania, jakie przeprowadził wykonawca, określenia godzin dojazdu do placówek oświatowych, zakończenia zajęć o różnych godzinach oraz uwzględniając siatkę połączeń wyjaśnia, że każdy wykonawca mógł dokonać takiego badania, że każdy podmiot mógł zrobić takie rozeznanie w zakresie skalkulowania ceny za zakres opcjonalny nie może być ujęty za prawidłowy. Odwołujący w zasadzie przyznał, że zmienił sposobu kalkulacji ceny za zakres opcjonalny, a co za tym idzie nie ujął wszystkich czynników cenotwórczych.

Nasuwa się również refleksja, że jeżeli w ramach zakresu podstawowego wykonawca zamierza realizować zakres opcjonalny to również nie skalkulował ceny zakresu opcjonalnego w prawidłowy sposób. Przyjęte przez Odwołującego rozwiązanie polegające na pokryciu całej gminy siatka połączeń pozwalającej mu i przy założeniu dostępnych miejsc w pojazdach nie niweczy obowiązku dokonania realnej wyceny zakresu opcjonalnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący w chwili składania oferty nie wie z jakich okolic będą pochodzić dzieci niepełnosprawne, których przewóz będzie odbywał się w ramach zakresu opcjonalnego. Izba dostrzegła, że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że „realizacja zadania opcjonalnego nosi znamiona kosztu marginalnego, którego koszt nasza firma określiła w złożonej ofercie i który to koszt nie jest rażąco niski, lecz odpowiada realnemu kosztowi realizacji zadania opcjonalnego przy jednoczesnej realizacji zadania podstawowego (bez realizacji którego nie można uzyskać zamówienia opcjonalnego." Potwierdza to w ocenie Izby, że koszt realizacji zakresu opcjonalnego pokrywany będzie z realizacji zakresu podstawowego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zakres opcjonalny stanowi marginalny charakter usługi. Izba również nie podziela argumentu Odwołującego, że niemożliwe jest, aby zaistniała sytuacja, w której trzeba będzie przewieźć 10 osób opcjonalnie. To czy taka sytuacja się zadzieje czy nie stanowi element przyszły i niepewny dlatego określony w zakresie opcjonalnym, jednakże wykonawca był obowiązany przy wycenie uwzględnić właśnie wymagania określone w SIWZ i ująć 10 zakresów opcjonalnych w każdym ze 188 dni realizacji zamówienia. Stanowisko jakie zaprezentował w trakcie rozprawy Odwołujący ponownie dowodzi, że nie ujął wszystkich wymaganych zakresów opcjonalnych, tym samym kalkulacja jakiej dokonał nie odzwierciedla faktycznej, realnej i rzeczywistej ceny realizacji przewozu jednego dziecka w zakresie opcjonalnym. Pamiętać bowiem należy, że cenę odnosi się do przedmiotu zamówienia ukształtowanego przez Zamawiającego. Jednocześnie cena za zakres opcjonalny będzie stosowana przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia w tym zakresie, tym samym musi ona gwarantować realizację zamówienia za tą cenę.

W orzecznictwie jednoznacznie jest już ugruntowane, że rażąco niska cena może być odniesiona do elementu ceny globalnej, co potwierdza również treść art. 90 ust. 1 ustawy. W efekcie cena zaoferowana w postępowaniu za realizację zamówienia (cena łączna) będzie rażąco niską, jeżeli któraś z jej istotnych części będzie rażąco niską.

Zarzut 2:

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez błędne uznanie, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy cena usług oferowanych przez Wykonawcę odpowiada kosztom ich świadczenia, gdyż usługi wykonywane w zakresie opcjonalnym będą wykonywane przez Wykonawcę przy wykorzystanie tych samych zasobów (tej samej liczby pojazdów i tej samej liczby opiekunów), co usługi wykonywane przez Wykonawcę przy usłudze w zakresie podstawowym, na co pozwala organizacja Wykonawcy - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, powyżej wskazany przepis zawiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku poz. 1010 ze zm, dalej „ustawa z.n.k."), która to ustawa zawiera definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba mając na uwadze całą wyżej przedstawioną argumentację odnoszącą się do rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy doszła do przekonania, że Zamawiający w prawidłowy sposób dokonał oceny oferty Odwołującego.

Z przedstawionej argumentacji w złożonych wyjaśnieniach, potwierdzonych stanowiskiem Odwołującego w trakcie rozprawy w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca dokonał swoistego biznesowego obliczenia ceny w zakresie opcjonalnym w zasadzie przenosząc cenę realizacji tej usługi w cenę realizacji zakresu podstawowego. Czy też Zamawiający dokonał swoistej inżynierii cenowej i przeniósł koszty realizacji zakresu opcjonalnego do podstawowego czy to nie skalkulował ich, bo nie będą realizowane w takim zakresie jak opisał Zamawiający albo ich kalkulacja jest na poziomie 1 złotych bo to tak przy okazji będzie realizowana usługa - to w każdym przypadku taka okoliczność prowadziła do pomniejszenia ceny globalnej w sposób niezgodny z SIWZ. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zawartym w odwołaniu, bowiem właśnie niewycenienie w sposób prawidłowy ceny za zakres opcjonalny spowodowało obniżenie ceny globalnej. Manipulowanie zakresem usługi i ujmowanie w cenie usługi zakresu podstawowego ceny zakresu opcjonalnego, a w konsekwencji ceną oferty (ceny łącznej, globalnej) stanowi w ocenie Izby działanie mające na celu eliminację innych wykonawców z postępowania. Ugruntowuje takie stanowisko również argumentacja Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty, gdzie odwołał się on do realizowanych przez Odwołującego w latach wcześniejszych usług o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia.

Brak faktycznej realnej wyceny zakresu opcjonalnego oraz podanie wyceny na poziomie 1,00 zł brutto, uwzględniając wyjaśnienia jakie poczynił Odwołujący stanowi w ocenie Izby czyn nieuczciwej konkurencji zmierzający do utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała czynność Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień Odwołującego z dnia 8 lipca 2020 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lipca 2020 roku za prawidłową, a w konsekwencji Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy i odrzucił ofertę Odwołującego. Izba uznała również za prawidłową czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, bowiem działania polegające na manipulacji cenami oferowanych usług oraz swoista inżyniera cenowa nie mogą pozostać ocenione pozytywnie i to niezależnie od pobudek którymi kierował się Odwołujący i podstawy biznesowej jaką sugerował w trakcie rozprawy.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

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. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: .....