

WYROK

z dnia 2 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (lider), Chemeko System sp. z o.o., Zakład Zagospodarowania Odpadów, AG Complex sp. z o.o., Epa Green z siedzibą dla lidera w Rusku w postępowaniu prowadzonym przez Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: FBSerwis Wrocław sp. z o.o. (lider), FBSerwis S.A. z siedzibą dla lidera w Bielanach Wrocławskich, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji

sp. z o.o. (lider), Chemeko System sp. z o.o., Zakład Zagospodarowania Odpadów, AG Complex sp. z o.o., Epa Green z siedzibą dla lidera w Rusku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm

w składzie: Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (lider), Chemeko

System sp. z o.o., Zakład Zagospodarowania Odpadów, AG Complex sp. z o.o., Epa Green z siedzibą dla lidera w Rusku tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o.

(lider), Chemeko System sp. z o.o., Zakład Zagospodarowania Odpadów, AG Complex sp. z o.o., Epa Green z siedzibą dla lidera w Rusku na rzecz

Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającej w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

W odniesieniu do zadania 1 i 3 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. (dalej „zamawiający”) na „Całoroczne utrzymanie

czystości i porządku na terenie gminy Wrocław z podziale na 5 zadań: (...)” wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (lider), Chemeko-System sp. z o.o., Zakład Zagospodarowania Odpadów, „Ag-Complex” sp. z o.o. i Epa Green sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z FBSerwis S.A.(dalej „przystępujący”) dla zadania nr 1 - Stare Miasto oraz dla zadania nr 3 - Krzyki.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jej złożenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
2. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy:

1. umów wraz z załącznikami ze szczególnym uwzględnieniem Załącznika - Zestawienie kosztów zadania zawartych z przystępującym (wówczas pod nazwą TRANS-FORMERS WROCLAW Sp. z o.o.) w 2013, 2015 r., 2017 r. na ten sam przedmiot zamówienia, uwzględniające dzielnice Stare Miasto i Krzyki o numerach postępowania: 6/2013, 1/2015, 5/2016 na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczonych zadań w dzielnicach Stare Miasto i Krzyki w bezpośrednio wcześniejszych okresach,
2. ewentualnych Odpowiedzi przystępującego (wówczas pod nazwą TRANS-FORMERS WROCLAW Sp. z o.o.) w 2013, 2015 r., 2017 r. na wezwania zamawiającego do

udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny na ten sam przedmiot zamówienia uwzględniające dzielnice Stare Miasto i Krzyki o numerach postępowania: 6/2013, 1/2015, 5/2016 na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczanych zadań w dzielnicach Stare Miasto i Krzyki w bezpośrednio wcześniejszych okresach,

3. wszelkich dokumentów potwierdzających miesięczne ilości wytworzonych przez Wykonawcę w okresie roku 2019 odpadów powstałych podczas czyszczenia ulic i placów 20 03 03 (potocznie zwane zmiotkami) przy realizacji tego samego przedmiot zamówienia tj. Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań (...)uwzględniające dzielnice Stare Miasto, Śródmieście, Krzyki, Fabryczna, Psie Pole o numerze postępowania 5/2016 - na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczanych Wykonawcy zadań Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej I, II, III kolejności i Zamiatania jezdni w sezonie letnim na dzielnicach Stare Miasto, Krzyki w porównaniu do pozostałych wykonawców dla dzielnic Śródmieście, Fabryczna, Psie Pole,

4. zestawienia wykonanych przez pojazdy Wykonawcy Akcją zimowego oczyszczania I, II, III kolejności wraz z zestawieniem zużytych podczas akcji materiałów (sól, solanka, chlorek sodu) w okresie sezonu zimowego 2017 - 2018, 2018 - 2019 - na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczanych Wykonawcy zadań na dzielnicach Stare Miasto i Krzyki w bezpośrednio wcześniejszych okresach

Wniósł także o:

1. zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, tj. kosztów złożenia odwołania i kosztów transportu na rozprawę,

2. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego dla zadania nr 1 i 3,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dla zadania nr 1 i 3,
- wykluczenie przystępującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia złożonej oferty oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla zadania nr 1 i 3.

Odwołujący oświadczył, że nie zgadza się z zaniechaniem wezwania przystępującego na podstawie art. 90 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu we wskazanych w ustawie zakresach, a także z zaniechaniem wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego ofert, a w konsekwencji z zaniechaniem wyboru ofert odwołującego jako najkorzystniejszych.

Stwierdził, że zamawiający nienależycie zbadał i ocenił treść przedłożonych mu dokumentów, z których wynika, że przystępujący „przerzucił” koszty pomiędzy odrębnie rozliczanymi usługami:

1. dla Zadania nr 1 - pozycje 1, 8, 9, 15-17, 21, 23-24, 27-38, 42-48 i 53 w Zestawieniu kosztów zadania nr 1 (dalej „Zestawienie nr 1”), będącymi częścią stałą i płatnymi ryczałtem miesięcznie a Akcjami zimowego oczyszczania - pozycje nr 2, 3, 4 w tym Zestawieniu, których ilość zleceń nie jest gwarantowana, a także Oczyszczaniem

jezdni w technologii zamiennej w okresie zimowym - pozycje nr 5, 6 i Zamiatanie jezdni w sezonie letnim - pozycja nr 14, których ceny są rażąco niskie.

2. dla Zadania nr 3 - 1, 8, 9, 13, 15-17, 19, 21-23, 25, 26-29, 34-37, 40 i 42 w Zestawieniu kosztów zadania nr 3 (dalej „Zestawienie nr 3”), będącymi częścią stałą i płatnymi ryczałtem miesięcznie a Akcjami zimowego oczyszczania - pozycje nr 2, 3, 4 w tym Zestawieniu, których ilość zleceń nie jest gwarantowana, a także

Oczyszczaniem jezdni w technologii zamiennej w okresie zimowym - pozycje nr 5, 6, 7 i Zamiataniem jezdni w sezonie letnim - pozycja nr 12, których ceny są rażąco niskie.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący w obu ofertach buduje wartość prac w okresie zimowym w ten sposób, że cena za część stałą np. gotowość techniczną jest wysoka, a cena za część, która może w ogóle nie zostać zlecona jest rażąco niska, co -

zdaniem odwołującego - jest przykładem działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego.

Podkreślił, że mimo, iż zamawiający w kryterium cena oceniał łączne wynagrodzenie za usługi utrzymania czystości i porządku, to jednak usługi te są usługami odrębnie zlecanymi i rozliczonymi w odmienny sposób (np. gotowość techniczna, płatna jest miesięcznie ryczałtem, zaś usługi akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności zlecane są w zależności od zapotrzebowań zamawiającego i rozliczane kosztorysowo).

Wskazując na odrębny charakter tychże usług za niezasadne uznał stanowisko, że w tym zakresie wykonawca ma pełną swobodę w kształtowaniu cen usług jednostkowych.

Uzupełnił, że w przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w formularzu ofertowym nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), ale pełnią funkcję samodzielnych cen w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac, stanowiących jeden z niezależnych elementów przedmiotu zamówienia.

Stwierdził, że zastosowana przez przystępującego konstrukcja ceny ofertowej jest podyktowana chęcią uzyskania stałych miesięcznych dochodów w wysokości znacznie przekraczającej rzeczywiste koszty tej usługi, co jest rozwiązaniem korzystnym dla samego wykonawcy, ale niekorzystnym dla zamawiającego.

Uznał, że budowa ceny oferty, jaką zastosował przystępujący może prowadzić do tego, że zamawiający będzie płacił za usługi ryczałtowo miesięcznie wynagrodzenie, które odbiega od rzeczywistych kosztów nakładu pracy za tego typu usługi.

Wskazał także, iż zaniżenie stawki za Akcję zimowego oczyszczania I, II i III kolejności, przy jednoczesnym zawyżeniu wynagrodzenia za usługi wskazane na wstępie dla każdego z Zadań oddzielnie, prowadzi do wniosku, że przystępujący w sposób nieuprawniony dokonał „przerzucenia” części kosztów z elementu zmiennego (Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności) do kosztów związanych z elementem stałym, co oznacza że niedoszacowane ceny za pracę podczas Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności będą znajdowały pokrycie w innych usługach, realizowanych również w okresie letnim, płatnych niezależnie od faktycznego zlecenia usług Akcji zimowego oczyszczania.

Zdaniem odwołującego pomimo tego, że łączna cena oferty nie odbiega znacząco od poziomu ceny odwołującego to zastosowany przez przystępującego sposób kalkulacji cen jednostkowych prowadzi do wniosku, iż przystępujący nie będzie w stanie zrealizować poszczególnych prac związanych z Akcją zimowego oczyszczania po zaoferowanych stawkach jak również Oczyszczania jezdni w technologii zamiennej w okresie zimowym dla Zadania nr 1, 3 i Zamiatania jezdni w sezonie letnim dla Zadania nr 1, 3.

Stwierdził, że przystępujący nie jest w stanie zrealizować Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności związanych z plużeniem oraz plużeniem z jednoczesnym posypywaniem jezdni środkami chemicznymi po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie, tj. 1,30 zł za 100 m kw. Podał, że przystępujący od 2013 r. do tej pory wykonywał te prace za kwoty znacznie powyżej 2,00 zł, tj. od 2017 r. do 2020 r. za 2,50 zł i 2,10 zł (Akcja zimowego oczyszczania I kolejności) oraz za 2,80 zł i 2,40 zł (Akcja zimowego oczyszczania II kolejności, za 2,80 zł i 2,50 zł (Akcja zimowego oczyszczania III kolejności).

Podniósł, że przystępujący nie wykazał, jak skonstruował obecną ofertę, aby zgodnie z zasadami ekonomii zagwarantować pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności zimowego oczyszczania, np.:

- wynagrodzenie kierowców, wynagrodzenie operatora ładowarki, wynagrodzenie koordynatora akcji, (koszt ten w znacznej mierze - stwierdził odwołujący - jest ujęty w pozycji Gotowość techniczna, jednak - zdaniem odwołującego - powinien zostać również uwzględniony w pozycjach Akcja zimowego oczyszczania I, II i III kolejności w wielkości zapewniającej możliwość rozliczenia się za rzeczywiście wykonane akcje zimowego oczyszczania, które są odrębną usługą prognozowaną łącznie na 120 dni

roboczych w okresie 10 miesięcy),

- koszt paliwa, (uzasadnienie jak wyżej),
- koszty napraw sprzętu,
- koszty soli, solanki i chlorku sodu,
- koszty pojazdu małogabarytowego do obsługi miejsc niedostępnych dla pojazdów ciężarowych z uwagi na wąskie przejazdy lub nośność mostów/wiaduktów,

mimo iż od 2013 r. do 2020 r. wykonywał te same prace za blisko dwukrotnie wyższą stawkę w sytuacji gdy, stwierdził odwołujący, wiedzą powszechną jest, iż ceny materiałów i pracy są obecnie wyższe.

Wskazał, iż zamawiający nie rozróżnił akcji posypywania chlorkiem sodu bez płócenia od posypywania chlorkiem sodu w trakcie płócenia, które jest akcją droższą o ok. 80% i należałoby przyjąć te właśnie wyższe koszty do kalkulacji przy obowiązku określania przez wykonawcę rzeczywistej ceny usługi Akcja zimowego oczyszczania I, II i III kolejności.

Odwołujący oświadczył, że na podstawie swojego doświadczenia zawodowego kwestionuje brak realności zaoferowanych cen jednostkowych przez przystępującego. Stwierdził, że zaoferowana cena jednostkowo powinna pozwalać zamawiającemu uznać, iż jest możliwe wykonanie zamówienia z należytą starannością, a w niniejszym przypadku - uznał odwołujący - tak nie jest wobec czego zamawiający nie powinien dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia przez przystępującego, gdyż jego oferta nie zapewnia właściwego wykonania.

Zwrócił uwagę, iż zamawiający ma pełną świadomość, iż przez ostatnie 7 lat przystępujący realizował Akcję zimowego oczyszczania w kwotach blisko dwukrotnie wyższych od zaproponowanych obecnie. Stwierdził, że z „zawnioskowanych umów i zestawień kosztów stanowiących do nich załączniki, przez cały ten okres Wykonawca za te usługi wyliczał cenę znacznie powyżej 2,00 zł, co oznacza że obecnie zaproponował cenę o ponad 75% niższą do tych, za które realizował te same zadania dla Zamawiającego przez ostatnie 7 lat”.

Podkreślił, że w tym okresie płaca minimalna wzrosła o 62,5%, cena paliwa, cena soli, solanki i chlorku sodu nie zmalały, a zamawiający dla aktualnego zadania podniósł wymogi sprzętowe w związku z polityką redukcji spalin. Uzupełnił, że obecnie wszystkie pojazdy, którymi posługuje się wykonawca muszą spełniać normę EURO 6 wg Europejskiego standard emisji spalin, co generuje dodatkowy znaczny koszt, gdyż wykonawca musiał kupić nowe pojazdy, których wcześniej nie posiadał (wymóg wskazany w rozdziale IV 1.2.3. SIWZ Warunki udziału w postępowaniu). Podał, że średni koszt takiego pojazdu to 220.000,00 zł (podał, że zamawiający musi posiadać ich 12 na Zadanie nr 3), a zamiatarki 800.000,00 zł.

W ocenie odwołującego zamawiający, posiadając powyższą wiedzę z urzędu miał obowiązek zwrócić się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym do złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za omawiane usługi.

Za istotne uznał, aby badanie cen jednostkowych dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów, składających się na zamówienie - taki charakter mają usługi Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności dlatego zaproponowane ceny jednostkowe przystępującego (1,30 zł) za 100 m kw Akcji zimowego oczyszczania I, II, III kolejności powinny zostać zbadane przez zamawiającego, który wówczas uznałby je za rażąco niskie, nierealistyczne i niewiarygodne w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia.

Odwołujący stanął nadto na stanowisku, że zachowanie przystępującego stanowi dodatkowo podstawę stwierdzenia dokonania przez niego manipulacji cenowej, podnosząc że przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.

W odniesieniu do ceny oczyszczania jezdni w technologii zamiennej I, II, III kolejności stwierdził, że należy powtórzyć argumentację przedstawioną dla zaniżonej ceny i przerzuconych kosztów Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności.

Stwierdził także, że analiza kosztów oczyszczania jezdni w technologii prowadzi do wniosku, że przystępujący złożył ofertę, która nosi znamiona rażąco niskiej ceny, co potwierdza załączona do odwołania symulacja dla Zadania nr 1 i Zadania nr 3 - potwierdza ona nierealność cen z ofert przystępującego, mimo że w analizie nie zostały ujęte dodatkowe koszty serwisu, wymiany elementów eksploatacyjnych, wody (która jest niezbędna do działania zamiatarek), leasingu, narzędzi, ubrań, które dodatkowo zwiększą koszty wykonania zadania. Wyjaśnił, że koszty policzono przy założeniu, iż żaden z pracowników nie będzie przebywał na urlopie lub zwolnieniu chorobowym, bez nadgodzin, bez awarii sprzętu oraz przestojów związanych z warunkami pogodowymi oraz, iż w przypadku tej technologii wydajność oczyszczania jest niższa z powodu większej ilości zanieczyszczeń. Uzupełnił, że dla doświadczonej brygady jezdniowej wraz z zamiatarką wydajność wynosi 35 000 m kw w ciągu 8 godzin pracy, dodatkowo w okresie jesiennym wydajność jest niższa, gdyż zamiatarka musi być opróżniana częściej, a ilość zużytego paliwa jest wyższa.

Wyjaśnił w dalszej kolejności, że:

- jezdnie oczyszczane w technologii zamiennej I kolejności zostały podzielone na te, które mogą być oczyszczane w dzień oraz w nocy, dla tych sprzątaných w nocy został stworzony harmonogram prac nocnych zamiatarek rozpisany na 13 dni, co należy uznać za absolutne minimum, ponieważ w technologii zamiennej zanieczyszczeń na jezdniach jest o wiele więcej, a wydajność zamiatania jest o wiele niższa; pozostałe jezdnie zostały rozdzielone na te, które mogą być sprzątane w dzień,
- jezdnie oczyszczane w technologii zamiennej II kolejności będą oczyszczane w dzień przez brygadę jezdniową oraz zamiatarkę,
- jezdnie oczyszczane w technologii zamiennej III kolejności wymagają dwóch brygad oraz dwóch zamiatarek.

Odwołujący uznał, że na wszystkich wymienionych pozycjach przystępujący ponosi stratę przy realizacji usług po oferowanych cenach na pozycji Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I i II kolejności.

W odniesieniu do ceny zamiatania jezdni w sezonie letnim stwierdził, że należy powtórzyć argumentację przedstawioną dla zniżonej ceny i przerzuconych kosztów Akcji zimowego oczyszczania I, II i III kolejności.

Stwierdził dalej, że przystępujący zaproponował również cenę rażąco niską za usługi zamiatania jezdni w sezonie letnim stanowiącą pozycję nr 14 Zestawienia.

Podał, że powierzchnia jezdni objęta tą usługą wynosi 1 190 324 m kw co przy stawce miesięcznej zaproponowanej przez przystępującego 2,40 zł za 100 m kw daje łączną kwotę w wysokości 28.567,78 zł miesięcznie.

W ocenie odwołującego pomimo braku uzasadnienia tej kwoty przez przystępującego jest to cena rażąco niska w stosunku do realnych kosztów - z załączonej analizy odwołującego koszty związane z realizacją tej usługi są wyższe.

Odwołujący uznał, że w wyniku zaoferowania za powyższe prace cen rażąco niskich, przystępujący, zachowując zbliżony do drugiej oferty poziom ceny łącznej, w innych pracach jednostkowych (pozycje 1, 8, 9, 13, 15-17, 19, 21-23, 25, 26-29, 34-37, 40 i 42 Zestawienia) zastosował ceny wysokie lub rażąco wygórowane, odbiegające poziomem od analogicznych cen jednostkowych oferowanych przez innych wykonawców lub jego samego we wcześniejszych umowach z zamawiającym na te same zadania - w wyniku niedozwolonej manipulacji cenami jednostkowymi przystępujący pozornie zachował konkurencyjność złożonej oferty, a w rzeczywistości przedłożył ofertę w wymiarze ekonomicznym rażąco wysoką, co należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami dostępu do rynku przez innych wykonawców oraz w sposób naruszający uzasadnione interesy zamawiającego.

Wskazał, że otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji ma na celu eliminację zachowań uczestników obrotu gospodarczego, które w obiektywnym odczuciu są

nieuczciwe, niezgodne z powszechnie przyjętymi regułami postępowania, które w efekcie nieuprawnionych działań powodują naruszenie uczciwej konkurencji oraz wpływają na utrudnienie dostępu do rynku dla konkurentów.

W ocenie odwołującego zaferowanie przez przystępującego rażąco niskich cen do części prac umożliwiło manipulowanie cenami za prace najczęściej realizowane przy zachowaniu pozorów konkurencyjności oferty; akceptacja takiego sposobu działania prowadziłaby, do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, ponieważ wykonawca na skutek niedozwolonego sposobu kształtowania cen uzyskuje znaczną przewagę konkurencyjną.

Uzupełnił, że nawet gdyby łączna cena oferty przystępującego była najniższa ze wszystkich złożonych ofert, w wymiarze ekonomicznym będzie ofertą najdroższą, ponieważ najczęściej realizowane prace wskazane wyżej są rażąco drogie.

W ocenie odwołującego celem takiego działania nie jest zaferowanie jak najkorzystniejszej oferty, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczania ceny, służących jedynie porównaniu zaferowanych cen, do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego.

Podał, że zamawiający, zlecając prace wskazane w Zestawieniu pod pozycjami 1, 8, 9, 13, 15-17, 19, 21-23, 25, 26-29, 34-37, 40 i 42 musiałby zapłacić ukrytą za te pozycje cenę za wykonanie prac z pozostałych pozycji nr 2, 3 i 4, co do których nie ma pewności czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy oraz za prace wskazane w pozycjach 5, 6, 7, 12, których ceny są rażąco niskie; zabieg przeniesienia kosztów z tych pozycji pozwolił przystępującemu na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług.

Uznał, że działania przystępującego wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w wyniku czego zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, również z uwagi na fakt, że przystępujący dąży do zdobycia dominującej pozycji na rynku, a jego działanie nakierowane jest na eliminację konkurencji. Wskazał, że za rażąco niską cenę przyjmuje się ofertę, której cena jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów, a co za tym idzie, badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinno być zindywidualizowane, zależne od realiów danego postępowania.

Podkreślił, iż podstawowymi czynnikami tworzącymi koszt dla Zadania nr 1 nr 3 są koszty ludzi, sprzętu i paliwa, a mimo to przystępujący w jednych pozycjach podniósł ceny, a w innych obniżył o kilkadziesiąt procent w stosunku do poprzedniego zamówienia, co wynika z zawnioskowanych umów.

Podsumował, że wybór oferty przystępującego był nieuzasadniony i takie działanie zamawiającego doprowadziło także do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, przez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 21 lutego 2020 r., stanowiska przystępującego - pismo z dnia 2 marca 2020 r. wraz z załącznikami, Tabel złożonych przez zamawiającego na rozprawie: Zestawienie cen jednostkowych dla zadania nr 1 - lata 2013, 2015, 2017, 2020, Zestawienie cen jednostkowych dla zadania nr 3 - lata 2013, 2015, 2017, 2020, Porównanie cen wskazanych w odwołaniu jako rażąco niskie, 2020 rok, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy

ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert przystępującego w zadaniu nr 1 lub w zadaniu nr 3, które zostały uznane przez zamawiającego za najkorzystniejsze oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia w zadaniu nr 1 lub w zadaniu nr 3.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta ta zawiera
rażąco niską cenę, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90
ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale XIV SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny pkt 1 zamawiający wskazał, że wykonawca w Formularzu ofertowym podaje ceny ofertowe brutto (oddzielnie dla każdego zadania, na które jest składana) za wykonanie wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia dla danego zadania, obliczoną na podstawie załączników nr od IIA do IIE „Zestawienie kosztów zadania”, w zależności od tego, na które zadanie wykonawca składa ofertę.

W rozdziale XIV SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny pkt 7 zamawiający wskazał także, że ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia w ramach danego zadania, na które składana jest oferta, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia muszą uwzględniać wszystkie elementy - czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SIWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SIWZ.

W załączniku nr IIA (zadanie nr 1) oraz nr IIC (zadanie nr 3) odpowiednio w pozycjach 2 - 6 zamawiający ujął następujące rodzaje usług (jednostka - 100 m²):

- 2 - akcja zimowego oczyszczanie I kolejności,
- 3 - akcja zimowego oczyszczanie II kolejności,
- 4 - akcja zimowego oczyszczanie III kolejności,
- 5 - oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I kolejności,
- 6 - oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej II kolejności,

W załączniku nr IIC (zadanie nr 3) w pozycji 7 zamawiający ujął także - oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej III kolejności (jednostka - 100 m²).

W załączniku nr IIA (zadanie nr 1) i nr IIC (zadanie nr 3) odpowiednio w pozycji 14 i 12 zamawiający ujął także - zmiatanie jezdni w sezonie letnim (jednostka - 100 m²).

Tożsame rodzaje usług zamawiający ujął w odniesieniu do pozostałych zadań (nr 2, 4 i 5) - załączniki nr IIB, IID, IIE - w zadaniu nr 2 ofertę złożył odwołujący (także w zadaniach nr 1 i 3), w zadaniach nr 2, 4 i 5 ofertę złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. z Wrocławia, w zadaniach nr 4 i 5 ofertę złożył wykonawca SUEZ Zachód sp. z o.o. z Wrocławia.

Przystępujący zaofერował następujące ceny:

- w załączniku nr IIA (zadanie nr 1) w pozycjach:

- 2, 3 i 4 - akcja zimowego oczyszczanie I, II i III kolejności - 1, 30 zł,
- 5 i 6 - oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I i II kolejności - 2,80 zł,
- w załączniku nr IIC (zadanie nr 3) w pozycjach:
 - 2, 3 i 4 - akcja zimowego oczyszczanie I, II i III kolejności - 1, 30 zł,
 - 5, 6 i 7 - oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I, II i III kolejności - 2,40 zł,
 - w załączniku nr IIA (zadanie nr 1) i nr IIC (zadanie nr 3) odpowiednio w pozycji 14 i 12 - zamiatanie jezdni w sezonie letnim -2,70 zł i 2,40 zł.

Zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

7 lutego 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w zadaniu nr 1 i nr 3 wybrał - jako najkorzystniejszą - ofertę przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Obowiązkiem zamawiającego, nałożonym nań przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz odrzucenie oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Podkreślić należy, że obowiązkiem zamawiającego jest jednak także zwrócenie się do wykonawcy, którego cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie wzywał przystępującego, w szczególności na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień wobec czego automatycznie, nie poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień odrzucenie oferty przystępującego, jak oczekuje odwołujący, formułując żądanie odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 1 i nr 3 (str. 4 lit. C i F odwołania) jest niedopuszczalne.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący błędnie upatruje odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 1 i 3 jako konsekwencji wykluczenia przystępującego (str. 4 lit. C i F odwołania) w sytuacji, gdy żaden z zarzutów nie dotyczy wykluczenia przystępującego.

Abstrahując od sposobu sformułowania samego zarzutu (zaniechania odrzucenia z powodu zaofierowania rażąco niskiej ceny), dostrzec należy, że odwołujący oświadczył, że

„nie zgadza się z czynnościami Zamawiającego polegającymi na braku wezwania Wykonawcy na podstawie art. 90 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu we wskazanych w ustawie zakresach” (str. 5

odwołania) i zaprezentował argumentację, która - zdaniem odwołującego - przemawiać ma za wezwaniem przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wobec czego skład orzekający Izby uznał, że odwołujący kwestionuje zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Argumentami, który winny wzbudzić u zamawiającego wątpliwości co do kwestionowanych, zaofierowanych przez przystępującego pozycji cenowych było to, że:

- przystępujący od 2013 roku do tej pory wykonywał te prace za kwoty powyżej 2,00 zł, w szczególności w okresie 2017 - 2020 za 2,10 zł do 2,80 zł, czego zamawiający miał świadomość (str. 8 drugi akapit oraz str. 9 trzeci akapit odwołania),

- przystępujący nie wykazał, jak skonstruował obecną ofertę, aby zgodnie z zasadami ekonomii zagwarantować pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, mimo iż od 2013 r. do 2020 r. wykonywał te same prace za blisko dwukrotnie wyższą stawkę, a wiedzą powszechną jest, iż ceny materiałów i pracy są obecnie wyższe (str. 8 trzeci akapit odwołania),

- doświadczenie własne odwołującego przeczy realności cen jednostkowych zaoferowanych przez przystępującego (str. 9 drugi akapit odwołania); w odniesieniu do oczyszczania jezdni w technologii zamiennej I, II i III kolejności dla zadania nr 1 i nr 3 oraz w odniesieniu do zamykania jezdni w sezonie letnim dla zadania nr 1 i nr 3 odwołujący przedstawił wyliczenia własne (załącznik nr 8 i 9 do odwołania), prowadzące do wniosku, że przystępujący „ponosi stratę przy realizacji usług po

oferowanych cenach dla Zadania nr 3 a dla Zadania nr 1 na pozycji Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I i II kolejności” (str. 12 trzeci akapit odwołania) oraz “koszty związane z realizacją tej usługi są wyższe” - w przypadku zamykania jezdni

w sezonie letnim (str. 12 szósty akapit odwołania).

Podnieść należy, że w przedmiotowej sprawie nie powstało domniemanie zaoferowania przez przystępującego ceny/cen rażąco niskiej/niskich ze względu na okoliczności i przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień na podstawie tegoż przepisu. Nie znajduje zatem zastosowania art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania: (...)”.

Ciężar wykazania, że zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - zaniechał takiego wezwania pomimo, że winien powziąć wątpliwości do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez przystępującego zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów spoczywał na odwołującym. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcia twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentu, że przystępujący od 2013 roku do tej pory wykonywał te prace za kwoty powyżej 2,00 zł skład orzekający Izby wskazuje po pierwsze, że nie można zasadnie twierdzić, że przystępujący - konsorcjum firm FBSSerwis Wrocław sp. z o.o. i FBSSerwis S.A. oraz konsorcjum w innym składzie (z udziałem w szczególności Chemeko-System sp. z o.o.) to ten sam wykonawca. W konsekwencji - co najmniej - nie można wykluczyć, że taka zmiana podmiotowa w składzie konsorcjum prowadziła do zmian w zakresie oferowanych przez konsorcjum w innym składzie cen.

Po wtóre, przypomnieć należy, że podstawowymi miernikami porównawczymi ceny ofertowej danego wykonawcy w kontekście jej rażąco niskiego charakteru są: ubruttowiona wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania oraz ceny ofertowe innych wykonawców. Wniosek taki płynie z analizy przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, który odwołuje się właśnie do „wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2” oraz „średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”. Uzupełniająco podnieść należy, że ustawodawca zakłada aktualność szacunku wartości zamówienia, w przypadku usług, na 3 miesiące [art. 35 ust. 1 ustawy Pzp: „Ustalenie wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi (...)]. W tym kontekście odwoływanie się do cen z postępowań z lat uprzednich (począwszy od 2013 roku) uznać należy za nieadekwatne.

W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie dopuszczalnym, dla ustalenia aktualnego poziomu cen rynkowych, było porównanie kwestionowanych przez odwołującego pozycji cenowych przystępującego do takich samych pozycji z innych zadań, tj. zadań nr 2, 4 i 5, ponieważ są to tożsame rodzaje usług, a odwołujący nie wykazał czy i jaki wpływ mają „różnice terenowe” w poszczególnych zadaniach (Protokół posiedzenia i rozprawy str. 9). Trudno w ogóle ustalić, co odwołujący miał na myśli, odwołując się do „różnic terenowych”. Nie sposób także pominąć, że w zadaniach nr 1 i 3, których dotyczy odwołanie oferty złożył jedynie odwołujący i przystępujący stąd odwołanie się do cen

ofertowych innych wykonawców z pozostałych zadań dotyczących takich samych usług jest tym bardziej uzasadnione.

W konsekwencji kwestionowane przez odwołującego pozycje cenowe przystępującego w wysokości 1,30 zł można porównać do cen innych wykonawców (Tabela 3 złożona przez zamawiającego, dane w niej ujęte nie były kwestionowane przez odwołującego) na poziomie 0,85 zł i 1,30 zł oraz 1,40 zł, co w konsekwencji prowadzi do wniosku o braku rażącego zaniżenia ceny przez przystępującego. Podkreślić przy tym należy, że pozycje cenowe odwołującego (akcja zimowego oczyszczania I, II i III kolejności) w każdym zadaniu, w którym złożył ofertę (zadanie nr 1, 2 i 3) były najwyższe (odpowiednio dla zadań: 2,12 zł, 2,43 zł i 2,12 zł), co skłania do wniosku, że to nie cena odwołującego oddaje aktualny poziom cen dla wskazanych rodzajów usług.

W pozostałych kwestionowanych przez odwołującego pozycjach ceny przystępującego kształtują się na poziomie zbliżonym albo niższym niż innych wykonawców.

Odnosząc się w drugiej kolejności do argumentu odwołującego, że przystępujący nie wykazał, jak skonstruował obecną ofertę, aby zgodnie z zasadami ekonomii zagwarantować pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, mimo iż od 2013 r. do 2020 r. wykonywał te same prace za blisko dwukrotnie wyższą stawkę, a wiedzą powszechna jest, iż ceny materiałów i pracy są obecnie wyższe, skład orzekający Izby podnosi, że oczekiwanie odwołującego prezentacji przez przystępującego „konstrukcji ceny” nie znajduje umocowania w postanowieniach SIWZ. Przystępujący złożył wszystkie oczekiwane przez zamawiającego wypełnione wzory formularzy w tym załączniki nr IIA i IIC. Odwołujący nie twierdził iżby w złożonych przez przystępującego formularzach brak było, w porównaniu do opracowanych przez zamawiającego wzorów, jakichkolwiek informacji.

Odnosząc się w dalszej kolejności do argumentu dotyczącego doświadczenia odwołującego i wyliczeń odwołującego, skład orzekający Izby podnosi, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, iż doświadczenie, które zdobył przewyższa doświadczenie innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co dodatkowo dawałoby odwołującemu jakąkolwiek przewagę w zakresie konstrukcji ceny ofertowej oraz, że prezentowane założenia, a w konsekwencji wyliczenia są miarodajne dla innych wykonawców.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie narzucił wykonawcom w SIWZ szczegółowych założeń co do wyliczenia pozycji cenowych w szczególności co do liczebności brygady ręcznej, prędkości pracy zamiatarki (wskazał poziom minimum), wydajności brygady stąd wyliczenia odwołującego oparte na założeniach samego odwołującego nie mogą decydować o uznaniu, że wyliczenia przystępującego są nieprawidłowe - rażąco niskie. Odwołujący nie wykazał, że jego założenia to „jedyne” możliwe (prawidłowe).

I choć zgodzić należy się z odwołującym co do tego, że „za niezasadne należy ocenić stanowisko, że (...) Wykonawca ma pełną swobodę w kształtowaniu cen usług jednostkowych” (str. 7 drugi akapit odwołania), to jednak brak szczegółowych założeń co do wyliczenia pozycji cenowych otwartym pozostawia pytanie o granice tej swobody. Odwołujący nie wykazał, że granica ta przebiegała zgodnie z założeniami, które sam przyjął.

Nie sposób nie dostrzec, że odwołujący nie był nawet konsekwentny w stosowaniu przyjętych przez siebie założeń. Tytułem przykładu, odwołujący uzasadniał 5-cio osobowy skład brygady ręcznej jako najbardziej efektywny (wliczając w to kierowcę zamiatarki), po czym do wyliczeń roboczogodzin przyjął aż 6 osób (str. 1 i 3 załącznika nr 8 do odwołania), co oczywiście wpłynęło na wyższy poziom wyliczeń odwołującego.

Co więcej, w wyliczeniach odwołującego wkradły się także błędy rachunkowe, na co wskazywał przystępujący w swoim stanowisku pisemnym (pkt 1.3.3.str. 11). Tytułem przykładu, odwołujący w załączniku nr 9 w części 1.1. wskazał cenę roboczogodziny dla operatora zamiatarki w wysokości 28 zł brutto oraz w części 1.4.1. 28 roboczogodzin dla operatora zamiatarki, obliczając iloczyn tych wartości na 2 730 zł zamiast 784 zł.

Powyższe, tym bardziej nie pozwala uznać wyliczeń odwołującego jako miarodajnych.

Nie można zatem zaakceptować wniosków opartych na wyliczeniach odwołującego, tj. iż przystępujący „ponosi stratę przy realizacji usług po oferowanych cenach dla Zadania

nr 2 a dla Zadania nr 1 na pozycji Oczyszczanie jezdni w technologii zamiennej I i II

kolejności”.

Warto wreszcie, za zamawiającym zaznaczyć - w odniesieniu do ceny 1,30 zł (czego odwołujący nie kwestionował), że „iż za taką samą cenę obecnie realizowana jest usługa przez aktualnego wykonawcę dla zadania 2 i 5 i usługa realizowana jest w sposób należyty” (str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy), co stanowi istotną weryfikację realności ceny.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Argumentację dotyczącą tego zarzutu odwołujący „wplótł” w argumentację dotyczącą zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, co - jak się wydaje - doprowadziło zamawiającego do wniosku, że odwołujący utożsamia obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę z obowiązkiem odrzucenia tej oferty także z tego powodu, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Bezsprzecznie przepis art. 89 ust. 1 przewiduje dwie odrębne przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy - z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej (pkt 4) oraz z tego powodu, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (pkt 3). I choć złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę może zostać w konkretnym stanie faktycznym uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, to jednak nie można pomiędzy tymi przesłankami odrzucenia stawiać znaku równości.

Odwołujący twierdził, że przystępujący „przerzucił” koszty pomiędzy odrębnie rozliczonymi usługami, tj. koszty z pozycji cenowych, które są rażąco niskie (zarzut poprzedni), rozliczanych odpowiednio do ilości zleconych przez zamawiającego do innych wskazanych przez odwołującego kilkunastu pozycji cenowych, które są pozycjami stałymi, rozliczanymi ryczałtem, kwalifikując owo „przerzucenie” jako manipulację cenową w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (str. 11 akapit pierwszy odwołania).

Pomimo spoczywającego na nim ciężaru (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp) odwołujący nie udowodnił, że „przerzucenie” kosztów pomiędzy pozycjami w ofercie odwołującego w zadaniu nr 1 i nr 2 miało miejsce. Zarzut został oparty na tym, że „niedoszacowane ceny (...) będą znajdowały pokrycie w innych usługach” (str. 7 ostatni akapit odwołania).

Jednak uznanie przez skład orzekający Izby, że nie potwierdził się zarzut poprzedni, dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oznacza, że kwestionowane przez odwołującego pozycje cenowe przystępującego nie są rażąco niskie (przy czym odwołujący nie różnicował ceny niedoszacowanej i rażąco niskiej), a w konsekwencji, że „nie było co przerzucić” do innych pozycji cenowych - założenie zarzutu okazało się nieprawdziwe.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący nie zaprezentował odrębnej argumentacji w odniesieniu do tego zarzutu, wskazując jedynie, iż „W takich okolicznościach wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej był nieuzasadniony. Takie działanie Zamawiającego doprowadziło także do naruszenia art. 7 Pzp, przez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.” (str. 14 drugi akapit odwołania).

Skład orzekający Izby uznał wobec powyższego, że zarzut ten został postawiony „jedynie” w konsekwencji zarzutów wcześniejszych.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów wcześniejszych skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Skoro nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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.

z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

KIO 331/20

21