

Sygn. akt KIO/UZP 76 /09

WYROK
z dnia 30 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Izabela Kuciak

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie ul. Powązkowska 43/45, 01-797 Warszawa** protestu z dnia **31 grudnia 2008 r.**

przy udziale **Lucyna Zawicka, Henryk Zawicki** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **ZORA Lucyna Zawicka, Henryk Zawicki Sp. j. ul. Bednarska 23/95, 00-321 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa**.

Uzasadnienie

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Cmentarzy Komunalnych, 01-797 Warszawa, ul. Powązkawska 43/45 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługi ogrodnicze, sprzątnięcia i wywozu odpadów stałych na terenach cmentarzy komunalnych m.st. Warszawy”. Ogłoszenie ukazało się **03.10.2008 r.** w Dz. Urz. UE Nr 2008/S 192–253859.

24.12.2008 r. zamawiający powiadomił o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę „Zora” Lucyna Zawicka Henryk Zawicki sp. jawna, ul. Bednarska 23/95 00-321 Warszawa.

31.12. 2008 r. wykonawca Remondis sp. z o.o. Oddział Warszawa, ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa wniósł protest na:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zora na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”;

- 2) zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty – tj. oferty złożonej przez protestującego.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego oraz powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dokonał czynności ustalenia, czy oferta wykonawcy Zora zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp i dokonał wyboru tej oferty, mimo że – zdaniem protestującego – wyjaśnienie tego wykonawcy nie odnosiło się w sposób wyczerpujący do kwestii rażąco niskiej ceny i nie dało jakiegokolwiek podstawy do uznania ceny zawartej w ofercie Zora za chociażby zbliżoną do ceny rynkowej, tym samym rozwiania istniejących wątpliwości co do zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Przedmiotowa oferta kwalifikowała się do odrzucenia, albowiem zawierała rażąco niską cenę, a w konsekwencji jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693, Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68 oraz z 2007 r. Nr 171, poz. 1206). Zgodnie z tym przepisem, 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.

Protestujący zwraca uwagę na fakt podania przez wykonawcę Zora w kosztorysie ofertowym rażąco niskich cen jednostkowych.

Z porównania cen, zawartych w ofercie wykonawcy Zora i ofercie protestującego wynika, że ceny zawarte w ofercie wykonawcy Zora są o ponad połowę niższe aniżeli ceny protestującego. Zdaniem protestującego ceny podane przez wykonawcę Zora, wynikają z nierzetelnej kalkulacji. Kalkulacja powinna uwzględniać nie tylko przepisy określające minimalne wynagrodzenie (koszty personalne), ale również zmieniające się ceny w zakresie wywozu zanieczyszczeń i odpadów stałych. Znamienne również jest to, że wysokość ceny, podanej przez wykonawcę Zora, odbiega również w istotnym stopniu od dokonanego przez Zamawiającego oszacowania wartości całego zamówienia (5.645.234,74 zł), a w konsekwencji oszacowania wartości II części tego zamówienia, na którą została złożona oferta wykonawcy Zora. Cena zaoferowana przez wykonawcę Zora to **713.903,12** zł, natomiast cena zaoferowana przez protestującego to **1.359.959,84** zł. Sama kalkulacja ceny przy uwzględnieniu jedynie kosztów personalnych dla wyznaczonej niezbędnej liczby pracowników [17 osób, zgodnie z wymaganiami specyfikacji, a w tym miesięcznie 1

kierownik po 2.900 zł, 8 osób po 2.000 zł i 8 osób po 1276, czyli w wysokości minimalnego miesięczne wynagrodzenie równego najniższemu wynagrodzeniu zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2007 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace w 2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1209)].

$$(2.900 + 8 \times 2.000 + 8 \times 1.276) \times 24 = (2.900 + 16.000 + 10.208) \times 24 = 29.108 \times 24 = 698.592$$

Ostatecznie, po zwiększeniu kosztów personalnych, związanych z doliczeniem dodatkowych obciążeń wykonawcy tytułem zobowiązań publicznoprawnych (składki na ubezpieczenie społeczne) oraz biorąc pod uwagę okres, jaki obejmuje świadczenie usługi (24 miesiące), kalkulacja tego rodzaju kosztów wynosi 792.430,92 zł, a więc o 78.527,80 zł więcej niż cena pełnej oferty wykonawcy Zora.

Przyjmując nawet wymagane na podstawie specyfikacji zatrudnienie 17 osób oraz minimalne wynagrodzenie, wynoszące w 2009 r. 1.276 zł na osobę, to miesięczne koszty wynagrodzenia pracowników wyniosą 21.692 zł nie uwzględniając składek na ZUS (18,31%) uiszczanych przez pracodawcę. Jeśli do tego dodać – na podstawie danych ze specyfikacji średnio miesięczny wywóz zanieczyszczeń w ilości 500 m³, to nawet stosując stawkę wykonawcy Zora, to miesięczny koszt wywozu i utylizacji zanieczyszczeń wyniesie 9.000 zł. Suma tylko tych dwóch pozycji w skali miesiąca przekracza kwotę, którą zaoferował wykonawca Zora. Koszty personalne to tylko jeden rodzaj kosztów, z jakimi każdy wykonawca musi się liczyć przy kalkulacji ceny ofertowej za wykonanie usług o świadczenia powtarzające się okresowo, a mianowicie usług ogrodniczych sprzątnięcia wywozu odpadów stałych na terenach cmentarzy komunalnych m.st. Warszawy.

Następnym rodzajem kosztów, których kalkulacja w znaczącym stopniu wpływa na wysokość ceny, to w szczególności koszty wywozu zanieczyszczeń odpadów stałych pochodzenia roślinnego i innych na czynne wysypisko lub do kompostowni (poz. 26). W tym zakresie wartość netto określona w kosztorysie wykonawcy Zora wyniosła 108.000 zł, to jest o 162.000 zł mniej niż wartość netto skalkulowana przez protestującego. Ponadto od 1 stycznia 2009 r. na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 października 2008 r. stawka za składowanie większości odpadów komunalnych wzrasta o 25%, czyli z 75 zł za tonę do 100 zł za tonę.

Wyżej przedstawiona argumentacja protestującego wskazuje na zastosowanie przez wykonawcę Zora rażąco niskiej ceny, która w tym wypadku jest oczywiście nierealna również z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., V Ca 1020/02, ZPO 2002/1/68).

Zdaniem odwołującego, każdą ofertę zawierającą rażąco niską cenę należy oceniać w kategoriach anomalii, którą charakteryzuje:

- 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu granicy normy właściwej dla cen na zamówienie tego samego rodzaju;
- 2) istotne dysproporcje w stosunku do:
 - a) wartości całego przedmiotu zamówienia,
 - b) wysokości cen rynkowych,
 - c) cen przedstawionych przez innych wykonawców;
- 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

W ocenie protestującego, kiedy zaoferowana cena zawiera chociaż jedno ze znamion „rażąco niskiej ceny”, to konstatacja, że wykonawca przedstawił ofertę zawierającą rażąco niską cenę staje się uzasadniona. Zdaniem protestującego, istnieje swojego rodzaju domniemanie zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny. Oznacza to, że z chwilą wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zamawiający przenosi na wykonawcę ciężar udowodnienia rzetelności sporządzenia kalkulacji i ustalenia wysokości ceny ofertowej. Zgodnie z art. 6 Kc ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę Zora w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego muszą być wystarczające, aby na ich podstawie można było potwierdzić rzetelność zaoferowanej ceny, zgodnie z art. 90 Pzp.

Złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

05.01.2009 r. wykonawca Zora przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Przystępujący posiada wieloletnie, bogate doświadczenie w świadczeniu takich usług, jego baza bezpośrednio sąsiaduje z miejscem świadczenia usług oraz skalkulował minimalne koszty własne – dlatego mógł zaoferować tak niską cenę.

07.01.2009 r. zamawiający oddalił protest jako bezzasadny.

Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zażądał od wykonawcy Zora złożenia wyjaśnień czy zaoferowana cena nie jest rażąco niską. Na podstawie przesłanych wyjaśnień, zamawiający uznał, że kalkulacja cen mieści się w przedziale wartości wskazanych w „Informatorze o stawkach robocizny kosztorysowej oraz o cenach pracy sprzętu budowlanego IRS – SEKOCENBUD na IV kwartał 2008 r. – Zeszyt 58/2008 (1095). W związku z tym zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Zora i dokonania wyboru oferty protestującego jest bezpodstawny.

16.01.2009 r. wykonawca Remondis złożył odwołanie.

Czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzuca w szczególności naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zora z postępowania;
- 2) art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp przez nieuprawnione objęcie klauzulą poufności informacji dotyczących sposobu wyliczenia ceny, przedstawionych w wyniku złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Zora;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy Zora, która to oferta podlega odrzuceniu i tym samym przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Zora;
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

Zamawiający wskazał w specyfikacji, iż realizacją przedmiotu zamówienia musi zajmować się 17 pracowników.

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy Zora o złożenie wyjaśnień dotyczących składników cen jednostkowych wymienionych w kosztorysie ofertowym dotyczącym przedmiotu zamówienia, w zakresie II części kosztorysu ofertowego.

W piśmie z dnia 23 grudnia 2008 r. wykonawca Zora przesłał przedmiotową kalkulację oraz złożył dokumenty mające potwierdzać przyjęte przez niego założenia. Dokumenty te, w związku z zastrzeżeniem złożonym przez wykonawcę Zora, nie zostały odwołującemu ujawnione, dlatego odwołujący nie może w pełni odnieść się do ich treści.

Odwołujący stwierdza, że informacje dotyczące ceny, jakimi są również czynniki cenotwórcze nie mogą być obejmowane klauzulą poufności. W szczególnie uzasadnionych wypadkach i tylko w pewnym zakresie nie można wykluczyć konieczności uznania zastrzeżenia zgłoszonego przez wykonawcę przekazującego informację. A w omawianym przypadku odwołujący nie został poinformowany nawet o ogólnym brzmieniu poszczególnych założeń w kalkulacji ceny, a w konsekwencji nie jest w stanie ocenić, w jakim zakresie wykonawca Zora uzasadniał rzetelność zaoferowanej ceny. Uniemożliwienie odwołującemu zapoznania się choćby z rodzajem czynników cenotwórczych, na jakie wskazywał wykonawca Zora (bez szczegółowego zapoznawania się z przedstawioną przez niego argumentacją) odwołujący ocenia jako nieuprawnione.

Odwołujący stwierdził, że stawki z SEKOCENBUDU ujęte w zestawieniu zostały przyjęte przez zamawiającego nieadekwatnie, zarówno do rodzaju prac, jak i miejsca wykonywania

usług, będących przedmiotem postępowania oraz stawki przyjęte przez wykonawcę Zora zawierają rażąco niską cenę.

Odwołujący podkreśla, iż stawki te niekiedy wskazywane wprost w kosztorysie ofertowym (poz. 21) przede wszystkim stanowią podstawę do wyliczania zryczałtowanych kosztów realizacji usług określonych w specyfikacji.

W tym zestawieniu wskazana została przez zamawiającego (i wykonawcę Zora) stawka robocizny kosztorysowej w przedziale pomiędzy 8 a 33 zł.

Przyjęte stawki, zdaniem Odwołującego, nie odnoszą się do prac będących przedmiotem zamówienia, gdyż przedmiotem przetargu są prace polegające na świadczeniu usług ogrodniczych, sprzątanii i wywozie odpadów stałych, a prace te mają być wykonywane na Cmentarzu Wojskowym w Warszawie (tj. stolicy województwa).

Prace te jak zostało to jednoznacznie wskazane w SEKONCENBUDZIE, na który powołał się zamawiający zaliczają się do robót inżynierskich, dotyczą one bowiem robót terenów zieleni (przypis, str. 34 SEKOCENBUD na IV kwarta 2008 r. –zeszyt 58/2008).

Tymczasem, stawki robocizny kosztorysowej dla robót inżynierskich wykonywanych w stolicy województwa mazowieckiego wynoszą min. 15,00 złotych netto, maks. 33,00 złotych netto (str. 19 SEKOCENBUD na IV kwartał 2008 r.). Podana przez wykonawcę Zora stawka wynosi 10 zł, zatem nie mieści się we wskazanych granicach i jest aż o 50 % niższa od stawki minimalnej. Ponadto, do stawki tej należy dodać wskaźniki narzutów kosztów zakupu, wskaźniki narzutów kosztów pośrednich i wskaźniki narzutów zysku, czego wykonawca Zora nie uczynił. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż podana przez wykonawcę Zora stawka zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący ma prawo zakładać (jako że nie ujawniono mu treści wyjaśnień dotyczących sposobu kosztorysowania pozycji zryczałtowanych z kosztorysu ofertowego wykonawcy Zora), iż wykonawca Zora nie ujął w zryczałtowanych stawkach kosztów usług i materiałów nierozdzielnie związanych z realizacją takiej usługi. Oprócz wyżej wymienionych narzutów do takich kosztów należy zaliczyć m.in. koszty nawozów, nasion, ziemi, torfu, środków ochrony roślin, kosztów zakupu powyższych materiałów (jak przykładowo w pozycjach nr 5 załącznika nr 10/II do specyfikacji – „Renowacja trawników z dowozem 5 cm warstwy ziemi urodzajnej i z dodatkiem 3 cm warstwy torfu”, czy poz. 10 a – „Pielęgnacja rabat bylinowych, nawożenie mineralne, Azofoska 2 kg/a”).

Przyjęte przez zamawiającego w zestawieniu stawki, w których mieściła się stawka podana przez wykonawcę Zora nie odpowiadały przedmiotowi zamówienia, bowiem dotyczyły stawek dla innych regionów, a nie Warszawy, w której prace miały być wykonywane. Zatem, nie mogły stanowić podstawy do dokonania ustaleń w zakresie oceny prawidłowości założeń kosztorysowych oraz ustaleń czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się z kolei do kwestii zaniżenia przez wykonawcę Zora kosztów związanych z wywozem zanieczyszczeń, należy wskazać, iż wykonawca Zora podał cenę jednostkową wywozu zanieczyszczeń w wysokości 18 zł. Tona nieczystości z terenów rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia (cmentarz), stanowi ok. 10 m³. Średnia rynkowa cena samej tylko utylizacji takich nieczystości wynosi w Warszawie ok. 300 złotych za tonę nieczystości, czyli ok. 30zł/m³. Wskazać należy, iż do grudnia 2008 r., a zatem w okresie rozpatrywania protestu wykonawca Zora miał zawartą umowę z odwołującym, i umowna cena za dostarczenie 1 t odpadów wynosiła 295,00 złotych (28,5 zł/m³). W grudniu 2008 r. wykonawca Zora dostarczył 29,8 t odpadów. Tymczasem w Kosztorysie ofertowym na usługi ogrodnicze, sprzątnięcia i wywozu odpadów stałych na Cmentarzu Wojskowym w Warszawie (Załącznik nr 2/II do specyfikacji, załącznik nr 1 do umowy), pod pozycją 26 wykonawca Zora podał cenę jednostkową za 1 m³ nieczystości w wysokości 18,00 zł. Na koszt wywozu nieczystości składają się nie tylko koszty ich utylizacją bądź składowania, ale również koszt ich załadunku oraz wywozu (transportu) z cmentarza do miejsca utylizacji-składowania, co nie zostało przez zamawiającego uwzględnione.

Powyższe powoduje, iż w ocenie odwołującego, wskazana przez wykonawcę Zora cena nie odpowiada cenom rynkowym za przedmiotowe usługi i jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć, iż wykonawca Zora miałby w rzeczywistości zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, to uznać należy, iż wykonawca Zora ponosząc realne koszty zatrudnienia 17 osób oraz wywożenia zadanej ilości odpadów w całym okresie obowiązywania umowy nie byłby w stanie zrealizować jakiegokolwiek zysku, zaś koszty realizacji usługi przewyższyłyby wartość zamówienia.

Przemawia za tym proste rozliczenie, z którego wynika, iż zatrudnienie wymaganych przez Zamawiającego 17 osób po minimalnej stawce obowiązującej w 2009 r. (wynoszącej 1276 zł) wynosi w okresie miesięcznych 21.692 zł, zaś w ujęciu rocznym (tak jak wskazują to kosztorysy do specyfikacji) 260.304 zł. Z kolei, przy wywozie zadanej ilości odpadów rocznie 6.000 m³, tj. 600 t, licząc koszt utylizacji 1 t po 300 zł, daje to kwotę 180.000 zł. Łączny roczny koszt wynagrodzeń i utylizacji odpadów wynosi 440.304 zł. Zestawienie tej wartości z zakładanym przez wykonawcę Zora wynagrodzeniem na poziomie (rocznie) 356.960 zł wskazuje, iż wykonawca Zora poniósłby stratę na realizacji tej części usługi w wysokości 83.343 zł rocznie. Powyższe rozliczenie obejmuje tylko fragment zlecenia i nie uwzględnia szeregu innych czynników kosztotwórczych, które pogłębiłyby wyżej wskazany deficyt.

Odnosząc się do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 w z zw. art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy Zora, która podlega odrzuceniu, i tym samym zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, odwołujący podnosi: w związku z argumentacją zawartą w pkt 1 uzasadnienia odwołania, zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy Zora, a

w związku z tym dokonując wyboru oferty wykonawcy Zora jako najkorzystniejszej dokonał naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. W związku z powyższym powinna być dokonana ponowna ocena ofert, a w jej wyniku wybór oferty odwołującego jako jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu i spełniającej wszystkie wymagania specyfikacji oraz przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i Przystępującego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W granicach zarzutu pierwszego, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Zora na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp ze względu na to, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, skład orzekający Izby nie przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Gdy u zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do zaoferowania oferty z rażąco niską ceną (wywołane przez odwołującego wniesieniem wcześniejszego protestu), zamawiający zwrócił się w formie pisemnej do wykonawcy Zora o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający po przeanalizowaniu wyjaśnień dokonał wyboru tej oferty, mimo że – zdaniem protestującego – nie dało to podstawy do rozwiania istniejących wątpliwości co do zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzuca, że już same koszty zatrudnienia 17 osób są zbliżone do ceny całej oferty. Jednak słusznie zauważa zamawiający, że nie wymagał zatrudnienia przez cały czas wykonania świadczenia 17 osób, a jedynie postawił warunek, do wykazania na załączniku nr 5/II do specyfikacji, aby podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia posiadały taki potencjał kadrowy. Tytuł załącznika 5/II do specyfikacji, cyt.: „Potencjał kadrowy / dotyczy II części zamówienia – Cmentarz Wojskowy” i tytuł 4 rubryki cyt. „Wymagana ilość

pracowników z kwalifikacjami do wykonania zakresu zamówienia”. Jak z tego wynika zamawiający nie żądał wykonywania zamówienia przez 17 pracowników, a jedynie postawił warunek, aby o udzielenie zamówienia mogły się ubiegać podmioty zatrudniające tylu pracowników.

Jak wykazał zamawiający, odwołujący pomylił warunek postawiony przez zamawiającego, aby wykonawca zatrudniał 17 osób z określonymi specjalnościami, z wymogiem postawionym przez zamawiającego, zatrudnienia do wykonania przedmiotu zamówienia takich osób. W rzeczywistości zamawiający nigdzie nie stawiał takiego wymogu ani nie zredagował kryterium w zakresie zatrudniania jakiegokolwiek liczby pracowników.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że wyliczenia kwot koniecznych na uposażenie pracowników i korelowanie tych kwot z ceną ofertową jest bezprzedmiotowe.

W dalszej kolejności odwołujący zarzuca protestującemu zaniżenie kosztów wywozu zanieczyszczeń i odpadów stałych. Jak wynika z wyjaśnień przystępującego, uprawdopodobnił on, że globalna cena wywozu zanieczyszczeń i odpadów stałych może być niższa niż 30 zł za 1 m³, wskazana przez odwołującego jako minimalna, a nawet w zasadzie zaniżona w realiach 2009 r. Jednak ta część wyjaśnień przystępującego została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego, każdą ofertę zawierającą rażąco niską cenę należy oceniać w kategoriach anomalii, którą charakteryzuje:

- 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu granicy normy właściwej dla cen na zamówienie tego samego rodzaju;
- 2) istotne dysproporcje w stosunku do:
 - a) wartości całego przedmiotu zamówienia,
 - b) wysokości cen rynkowych,
 - c) cen przedstawionych przez innych wykonawców;
- 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Ad 1. Cena ofertowa wykonawcy Zora nie przekroczyła wyraźnie dolnej granicy cen dla tego samego rodzaju usług. Zamawiający wskazał na to przedstawiając podobne stawki w wydawnictwie SEKOCENBUD za IV kwartał 2008 r.

Ad 2. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, a więc w zasadzie porównanie ceny zaoferowanej przez przystępującego do ceny odwołującego nie może być podstawą do wysnucia obiektywnych osądów. Jednak ponowne odniesienie do cen rynkowych wskazanych w przytoczonym wydawnictwie musi być podstawą wniosku, że nie ma istotnych dysproporcji w zaoferowanych składnikach ceny przystępującego i wartościach całego zamówienia oraz cen rynkowych.

Ad 3. Odwołujący nie wykazał braku ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia w ofercie przystępującego. Dlatego nie można ulec sugestii, że przystępujący zamierza wykonać zamówienie poniżej kosztów wytworzenia. W tych granicach należy wziąć pod uwagę kwestionowane przez odwołującego twierdzenie, że małe podmioty gospodarcze mogą wykonywać swoją działalność taniej. Jednak przystępujący wykazał, że złożył ofertę opiewającą na niską cenę nie ze względu na niewielkie rozmiary organizacyjne swojego przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego uprawnionym staje się stwierdzenie, że odwołujący nie wykazał zaistnienia wyżej przytoczonych za odwołującym znamion rażąco niskiej ceny, dlatego konstatacja, że wykonawca Zora przedstawił ofertę zawierającą rażąco niską cenę staje się nieuzasadniona.

Wobec stwierdzenia przez skład orzekający Izby, że przystępujący nie złożył oferty z rażąco niską ceną, rozpatrzenie pozostałych zarzutów zawartych w proteście i odwołaniu doprowadza do konkluzji, że przystępujący nie dokonał czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dlatego zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i w rzeczywistości tego nie uczynił.

Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów które nie były zawarte w proteście, co wynika z art. 191 ust. 3 Pzp. Wobec tego skład orzekający izby pozostawia bez rozpatrzenia zarzuty sformułowane w odwołaniu lub na rozprawie i dotyczące zastrzeżeń do oszacowania wartości przedmiotu zamówienia i objęcia klauzulą poufności pełnego tekstu wyjaśnień w sprawie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....