

**WYROK**

**z dnia 9 stycznia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 roku przez wykonawcę W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CERBER z siedzibą w Żaganiu przy ulicy Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Jednostkę Wojskową 4213 z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obornickiej 100/102, 50-984 Wrocław

przy udziale wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Ślężnej 118, 53-111 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadania 13 usługa utrzymania czystości – WAK/SOI – Jastrzębie (ok. Namysłowa).

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Jednostkę Wojskową 4213 z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obornickiej 100/102, 50-984 Wrocław i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CERBER z siedzibą w Żaganiu przy ulicy Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Zamawiającego Jednostkę Wojskową 4213 z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obornickiej 100/102, 50-984 Wrocław na rzecz wykonawcy W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CERBER z siedzibą w Żaganiu przy ulicy Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań kwotę **16 138 zł 90 gr** (słownie: szesnaście tysięcy sto trzydzieści osiem złotych, dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów udziału.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Jednostka Wojskowa 4213 z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Obornickiej 100/102, 50-984 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Świadczenie usług utrzymania czystości obiektów, utrzymania terenów zielonych oraz czyszczenia terenów utwardzonych w kompleksach administrowanych przez JW 4213 w 2013 roku* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 października 2013 roku pod numerem 2012/S 190-312776.

13 grudnia 2012 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując, że w zakresie zadania 13 – *Usługa utrzymania czystości – WAK/SOI – Jastrzębie (ok. Namysłowa)* wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Ślężnej 118, 53-111 Wrocław.

21 grudnia 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 2, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze ofert wykonawcy Impel Cleaning Sp.z o.o. dla zadania nr 13 z oferowaną ceną brutto 353 122,13 zł zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), mające wpływ na wynik postępowania, przez podjęcie czynności niezgodnie z ustawą jak też zaniechanie czynności:

- wyboru oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp.z o.o., (dalej: IMPEL), jako najkorzystniejszej,
- zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy IMPEL z postępowania tj. nieodrzczenia, dopuszczenia do końcowej oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszych w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniających warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego IMPEL dotyczącej Zadania 13 w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- z ostrożności - od zaniechania czynności wezwania IMPEL do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- zaniechania czynności zwrócenia się do IMPEL o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za całość wykonania zamówienia,
- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu dla zadania 13.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 i art. 91 ust. 1, 2 ustawy, przez wybór oferty IMPEL. jako najkorzystniejszej,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie przyjęcia oferty IMPEL, która zastosowała cenę dumpingową za wykonanie zadania nr 13,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IMPEL z postępowania z uwagi na nie wykazanie przez IMPEL spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania IMPEL do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 90 ust. 1 ustawy, przez brak zwrócenia się przez Zamawiającego do IMPEL o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze IMPEL dotyczącej Zadania 13 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego,
- dokonania powtórnie czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu dotyczących Zadania 13, szczególnie w zakresie oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny zastosowanej przez IMPEL,
- odrzucenia oferty IMPEL dla Zadania 13 z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu,

- w płaty na rzecz Odwołującego zgodnej z przepisanyymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu, przesyłek i innych.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

Interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu ponieważ jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą w zadaniu 13. W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą prowadzenia niniejszego postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy w tym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w szczególności przez nie uznanie, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza pod kątem ceny i możliwości realizacji wykonania zadania dla Zamawiającego. Podnoszone przez Odwołującego, naruszenia w skazują wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym, przez realne ryzyko pozbawienia go szans na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Odwołujący w dniu 17 grudnia 2012 r. zapoznał się z materiałami przetargowymi w zakresie oceny ofert dla zadania 13, ewentualnej korespondencji Zamawiającego z oferentami. Nie stwierdził obecności w dokumentacji jakiegokolwiek dokumentu świadczącego, iż Zamawiający powziął podejrzenie zastosowania rażąco niskiej ceny przez IMPEL (Dowód-kopia Protokołu Postępowania z Trybie przetargu Nieograniczonego).

Biorąc pod uwagę doświadczenie Zamawiającego w stosowaniu ustawy, szacowania wartości zamówienia, Odwołujący uznał, iż Zamawiający właściwie ocenił wartość zamówienia dla zadania 13 przy jego szacowaniu tj. na kwotę 798 849,91 zł brutto.

Oferta IMPEL w kwocie 353 122,13 zł stanowi 44% wartości zamówienia określonego przez Zamawiającego. Cena 526 693,11 zł oferty Odwołującego stanowi 66% wartości zamówienia, kolejna oferta wykonawcy Blask B..... L..... Żagań ul. H. Brodatego 8/4 w kwocie 586 404,09 zł stanowi 73% wartości zamówienia. Małą rozbieżność kolejnych ofert świadczy o właściwym wyliczeniu cen przez pozostałych oferentów w stosunku zaniżonej ceny IMPEL.

Procentowa wartość oferty IMPEL do szacunkowej wartości zamówienia winno skłonić Zamawiającego do wystosowania zapytania do IMPEL w trybie art. 90 ustawy, potwierdzają to liczne orzeczenia arbitrów: jeśli wykonawca zaproponował cenę o ponad połowę niższą od

szacowanej wartości zamówienia, zamawiający miał obowiązek zażądać wyjaśnień (UZP/ZO/0-2284/06). Podobnie w wyroku UZP/ZO/0-1866/05 skład orzekający uznał, że w przypadku ceny o 45 proc. niższej od wartości szacunkowej zamówienia Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do tego, czy cena w ofercie nie jest rażąco niska. W razie wątpliwości powinien zaś zażądać wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 prawa zamówień publicznych, podobnie w orzeczeniu - UZP/ZO/O-1234/05 z 8 czerwca 2005. Odwołujący wykazuje, że konieczne jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy co potwierdzają także liczne orzeczenia, z których przykładowo wskazał wyrok KIO z dnia 10.11.2010r., w którym między innymi: *Celem art. 90p.z.p. jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Chęć złożenia konkurencyjnej oferty nie zwalania wykonawcy od obowiązku rzetelnej kalkulacji ceny oraz wskazania, na żądanie zamawiającego, istotnych, obiektywnych i weryfikowalnych elementów, które legły u podstaw dokonanej wyceny.* Orzecznictwo nie oczekuje wykazania w składanych wyjaśnieniach tylko tego, że świadczenie usługi nie odbywa się poniżej kosztów jej wytworzenia w celu eliminacji kogokolwiek, ale wskazuje na wartości leżące u podstaw systemu zamówień publicznych, na jego fundamentalne zasady. Prawodawca wprowadza pojęcie „rażąco niskiej ceny” chroniąc w ten sposób inne zasady systemu zamówień publicznych, niż tylko ochrona rynku przed nieuczciwą konkurencją zmierzająca do eliminacji innych przedsiębiorców z danego rynku. Podobnie, w innym orzeczeniu KIO wyjaśnia jak należy rozumieć pojęcie rażąco niskiej ceny wskazując, że: *„Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.”* (wyrok KIO z dnia 10.05.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 704/10). W innym orzeczeniu czytamy: *„Nie można (...) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności, gdy dany wykonawca dopiero pojawia się w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego - niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie.”* Jednym z celów niniejszego odwołania jest właśnie wykazanie, że oferta IMPEL zawiera ceny spekulacyjne, a wyjaśnienie ich elementów kalkulacyjnych jest konieczne, gdyż w konsekwencji zaniechania ich odrzucenia przez Zamawiającego niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestarannego wykonywania profesjonalnych czynności w toku realizacji

zamówienia. Zamawiający powinien podjąć minimalne obowiązki jakie nakłada na niego ustawa i przynajmniej zwrócić się o wyjaśnienia. Ponadto wartość oferty IMPEL rażąco odbiegają od wartości szacunkowej tych części zamówienia. Zauważyć należy, że przy skali przedsięwzięcia, stopniu jego złożoności i wielkości kosztów stałych, opisane wyżej różnice wykraczają znacząco poza różnice występujące w cenach ofert na rynku tego rodzaju usług co może świadczyć o omyłce rachunkowej w obliczeniu ceny oferty IMPEL lub o rażąco niskiej cenie ww. oferty lub o czynie nieuczciwej konkurencji (dumping). Powyższe może zostać ustalone wyłącznie w trybie wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1-3 ustawy. Zgodnie z treścią art. 90 ust 1 ustawy, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do danego wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień (jeżeli zostały złożone) w sposób określony w art. 90 ust. 2 ustawy tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Po wykonaniu ww. czynności Zamawiający w świetle art. 90 ust. 3 ustawy podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy, który: nie złożył wyjaśnień lub złożył wyjaśnienia, ale dokonana ich ocena wraz z oceną dostarczonych dowodów potwierdza, że oferta zawiera faktycznie rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem, art. 90 ustawy nakłada na Zamawiającego trzy obowiązki określonego działania: wezwania do złożenia wyjaśnień, wobec uzasadnionego podejrzenia, że zaoferowana cena jest faktycznie rażąco niska; oceny złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami (jeżeli zostały złożone) i ustalenie czy złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a w konsekwencji ofertę należy odrzucić jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę; odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień.

*Zgodnie z opinią doktryny: rażąco niska cena jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Dla jej ustalenia konieczne jest znalezienie punktu odniesienia. Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać także ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzeni. W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Natomiast nie wydaje się by spotykany w*

*orzecznictwie arbitrażowym pogląd, że podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia można było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np. średnia cena pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym " Tak w: A. Kurowska. M. Sarnowski. G. Wicik. P. Wiśniewski. Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, UZP 2006. str. 16. Przedmiotem zamówienia publicznego udzielanego w wyniku niniejszego postępowania jest ..usługa" w rozumieniu ustawy. Wycena usług przebiega co do zasady inaczej niż wycena dostaw lub robót budowlanych. Niemniej jednak ceny usług stałego sprzątnia określonego rodzaju powierzchni wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych są o tyle łatwiejsze do wyliczenia, że na ich wartość wpływają stosowane stawki zużycia sprzętu i materiałów oraz zatrudnienia pracowników. W przypadku usług wykonawca i zamawiający mogą precyzyjnie wyliczyć każdy element ceny ofert, gdyż co do zasady, wszystkie zmienne wynikają z przepisów Kodeksu pracy, przepisów o systemie ubezpieczeń społecznych, przepisów prawa podatkowego, zasad rachunkowości, itp. Cena usług sprzątnia jest efektem stosunkowo prostej kalkulacji, możliwych do zastosowania stawek i sposobów zatrudnienia pracowników i kosztów eksploatacji sprzętu i materiałów. Koszty stałe mogą być minimalnie różnicowane przez efekt wielkości (skali, obrotów, itp.) każdego z konkurujących wykonawców, ale nie na tak wysokim poziomie wartości jak w przypadku oferty złożonej przez IMPEL. dla cz. 13 zamówienia. Ze względu na powyższe stwierdzić należy , że domniemanie zawarcia rażąco niskiej ceny w ofercie IPMEL jest obiektywnie uzasadnione, a wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia czy cena nie jest rażąco niska - uprawnione i konieczne. Jak w skazuje się w orzeczeniu o sygn. akt: KIO/UZP 1443/08 z dnia 23.12.2008 r.: *Na aprobatę zasługuje stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty' odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia.**

Biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożone w postępowaniu również wiedzę i doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponuje Zamawiający (za wyrokiem KIO sygn. akt: KIO/UZP 1126/09) nie sposób niedopatrzeń się zaniechania Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty IMPEL. Cena oferty dla zadania 13 tego wykonawcy odbiega znacząco zarówno od ustalonej z należytą starannością szacunkowej wartości zamówienia, jak również od średniej cen pozostałych ofert. W ocenie Odwołującego różnica wartości ofert w specyfice przedmiotowego zamówienia nie jest możliwa do uzasadnienia obiektywnymi czynnikami wpływającymi na sposób jej obliczenia. Złożenie ofert z rażąco niską ceną, niezależnie od



samodzielnej przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazać należy na art. 15 ust. 1 tej ustawy zgodnie, z którym *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.* Odwołujący argumentował, że nie jest możliwe świadczenie usług sprzątania z zastosowaniem stawek przyjętych IMPEL dla zadania nr 13. W tej sytuacji jednym z powodów stosowania nierealnych stawek jest właśnie chęć eliminacji innych przedsiębiorców z obrotu w branży. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania do wyjaśnień, a następnie odrzucenia oferty IMPEL mimo istnienia przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy. Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zasadność twierdzeń Odwołującego znajduje potwierdzenie w doktrynie (co wykazano powyżej) i orzecznictwie: Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Obliguje go do tego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Ustawa prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji. Z tych też względów Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny czy złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."- wyrok ZA z dnia 23.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-496/05; Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy - na zamawiającym ciąży' obowiązek odrzucenia oferty jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - wyrok ZA z dnia 14.1 1.2005, sygn. akt: UZP/ZO/O-2751/06; "... zamawiający obowiązany jest, przy dołożeniu należytej staranności, eliminować oferty stanowiące czyni nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia ustawy z dnia 15 grudnia 2005 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - A. Kurowska, M, Sarnowski. G. Wicik. P. Wiśniewski: "Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów' arbitrow' wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, UZP 2006, str. 172. Odwołujący podniósł że sposób w jaki IMPEL dla zadania 13 skalkulował cenę oferty, wypełnia wskazania powyższej przesłanki uznania działań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że pragmatyka wyceny zadań podobnych, a właściwie tych samych winna odpowiadać rzeczywistym kosztom wykonania zadania z godziwym zyskiem przy uwzględnieniu innowacyjności, rabatów, organizacji pracy. Analizując zaoferowane przez IMPEC ceny dla poszczególnych zadań trudno właściwie ocenić realny koszt wykonania zadania bez zażądania przez Zamawiającego od oferenta informacji sposobu wyliczenia

kosztów zadania 13. Zamawiający oceniając oferty winien porównać oferty nie tylko innych wykonawców, lecz szczególnie zwrócić uwagę na sposób wyliczenia innych ofert firmy IMPEL gdyż ewidentnie widać znaczne ponadnormatywne zróżnicowanie wycen dokonanych przez firmę IMPEL dla zadań równoważnych, a także ustalić przyczyny tak znacznych rozbieżności przy jednoczesnej ocenie rażąco niskiej ceny- ceny dumpingowej.

Odwołujący wskazuje, iż wykonywanie usług na terenie WAK/SOI Jastrzębie k/ Namysłowa jest wykonywane od kilku lat. Na okres 24.01.2012 - 25.01.2013 r. postępowanie przetargowe na wykonywanie usług było prowadzone przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu. Postępowanie zakończono w dniu 18 stycznia 2012 r. ogłaszając wybór najkorzystniejszej oferty na rzecz Odwołującego za kwotę 268 301.52 zł. natomiast IMPEL zaoferował za to samo zadanie kwotę 475 840,38 zł uzyskując 56.38 punktów. W trakcie wykonywania usługi w miesiącu wrześniu na skutek zmian organizacyjnych w RZI Wrocław, całość zadania - Jastrzębie k/ Namysłowa do prowadzenia, rozliczeń przejęła JW 4213. Jako następca prawny i faktyczny administrator obiektów WAK/SOI Jastrzębie koło Namysłowa JW 4213 ogłosiła postępowanie przetargowe nr INFR/299/2012 na wykonywanie usług czystościowych min. na zadanie nr 13 WAK / SOI Jastrzębie koło Namysłowa zwiększając jednocześnie zakres zadań np. powierzchnia wewnętrzna do sprzątnia było - 5808 m<sup>2</sup> - jest 9187 ni/2; serwis dzienny -jedna osoba- brak jest - serwis dzienny 1 osoba; tereny zewnętrzne utwardzone - utrzymanie czystości -było 1 raz w miesiącu na pow. 107.398m<sup>2</sup> , jest codziennie na powierzchni 92.098m<sup>2</sup> ( zał. Nr 5 do SWIZ); utrzymanie żywoptotów było 2100m<sup>2</sup> - 2 razy w roku, -jest 8 razy w roku ( zał. nr 5 do SWIZ); utrzymanie terenów zielonych - koszenie itp. było 110700m<sup>2</sup> - 2 razy w roku jest codziennie na powierzchni 122000 m<sup>2</sup>. Przykłady te jednoznacznie wskazują , IMPEL w zadaniu 13 postępowanie przetargowe wyraźnie obniżył cenę z kwoty 475 840,38 zł (postępowanie przetargowe styczeń 2012 r.) na sumę 353 122,13 zł ( postępowanie nr INFR/299/2012) przy znacznym zwiększeniu przez Zamawiającego zadań do wykonania.

Zamawiający powinien podjąć minimalne obowiązki jakie nakłada na niego ustawy i przynajmniej zwrócić się o wyjaśnienia. Zauważyć należy, że przy skali przedsięwzięcia, stopniu jego złożoności i wielkości kosztów stałych, opisane wyżej różnice wykraczają znacząco poza różnice występujące w cenach ofert na rynku tego rodzaju usług co może świadczyć o omyłce rachunkowej w obliczeniu ceny oferty IMPEL lub o rażąco niskiej cenie ww. oferty lub o czynie nieuczciwej konkurencji (dumping). Powyższe może zostać ustalone wyłącznie w trybie wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1-3 ustawy zgodnie z treścią art. 90 ust 1 ustawy, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie jest w stanie wykazać wszystkich czynników wskazujących na zastosowanie rażąco niskiej ceny przez IMPEL z powodu zaniechania Zamawiającego do wezwania IMPEL do złożenia wyjaśnień na okoliczność ustalenia ceny ofert.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 grudnia 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

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

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód z dokumentu złożony przez Odwołującego wraz z odwołaniem: pismo Zamawiającego z 18 stycznia 2012 roku, dokument SIWZ z postępowania 522/V/SGKiE//11/U.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba 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 stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.*

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego pod nazwą *Świadczenie usług utrzymania czystości obiektów, utrzymania terenów zielonych oraz czyszczenia terenów utwardzonych w kompleksach administrowanych przez JW 4213 w 2013 roku, w zakresie zadania 13 – Usługa utrzymania czystości – WAK/SOI – Jastrzębie (ok. Namysłowa).*

Na wstępie wskazać należy, że w trakcie rozprawy Odwołujący sprecyzował, że odwołanie przez niego wniesione dotyczy zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy w zakresie ceny zaoferowanej przez IMPEL dla zadania nr 13. Podnoszony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz 26 ust. 3 ustawy w ocenie Odwołującego dotyczy ceny zaoferowanej dla zadania nr 13 a wezwanie z art. 26 ust 3 miałyby dotyczyć przesłania wyjaśnień.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest do badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia a zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia, że zachodzi wymieniona wcześniej przesłanka odrzucenia oferty Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy).

Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24

kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Jednakże również ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, natomiast ustawa nie określa procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11 ).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba wskazuje, że Odwołujący dowiódł tego, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania IMPEL do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia oraz różnica pomiędzy cenami ofert złożonych w danym postępowaniu mogą prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy). Szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego, która została podana w Protokole postępowania dla zadania nr 13 wynosiła 734 654,50 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia dla zadania 13 tj. 798 849, 91 zł brutto. Dla zadania 13 zostały złożone oferty: IMPEL – 353 122,13 zł brutto, Odwołujący – 526 693, 11 zł brutto, BLASK Beata Laskowska 586 404,09 zł brutto, GWARANT Agencja Ochrony Spółka Akcyjna – 2 456 509,26 zł brutto. Odwołujący wykazał, że zakres świadczonej usługi pomiędzy dotychczasowo realizowaną (przez Odwołującego) a stanowiącą przedmiot obecnie prowadzonego postępowania uległ zmianie (powiększył się) co wynika z porównania załącznika nr 5 do SIWZ dla zadania nr 13 obecnie prowadzonego postępowania a opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączonej do odwołania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiocie świadczenia usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości dla kompleksu wojskowego Jastrzębie k/Namysłowa (Wrocław 28 grudzień 2011 rok) – poza przykładami wskazanymi w odwołaniu Izba wskazuje za Odwołującym na pozycję dotyczącą utrzymania terenów zielonych - koszenie, które było w poprzednim postępowaniu w wysokości 110 700 m<sup>2</sup> dwa razy w roku, obecnie

(w prowadzonym postępowaniu) jest na poziomie 122 000 m<sup>2</sup> codziennie, prowadzi to do zwiększenia kosztów oferty o około 1000% w danym elemencie cenowym co ma bezpośrednie przełożenie na cenę oferty globalnie. Cena złożonej oferty dla zadania nr 13 *Usługa utrzymania czystości – WAK/SOI – Jastrzębie (ok. Namysłowa )* w obecnie prowadzonym postępowaniu przez IMPEL wynosi 353 122,13 zł brutto i w stosunku do ubiegłorocznej ceny 475 840, 38 zł brutto uległa znacznemu zmniejszeniu mimo zmian przedmiotu zamówienia powodującej jej zwiększenie.

Uwzględniając rażącą różnicę pomiędzy cenami złożonych ofert w postępowaniu (IMPEL – 353 122,13 zł brutto, Odwołujący – 526 693, 11 zł brutto, BLASK B..... L..... 586 404,09 zł brutto, GWARANT Agencja Ochrony Spółka Akcyjna – 2 456 509,26 zł brutto) oraz fakt, że oferta dla zadania nr 13 złożona przez IMPEL stanowi zaledwie 44% wartości szacunkowej wartości zamówienia, a także biorąc pod uwagę a wykazaną przez Odwołującego zmianę w zakresie samego przedmiotu zamówienia (zwiększenie zakresu usług oraz ilości wykonywanych dotychczas prac) Izba uznała, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania IMPEL do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Należy zaznaczyć, że uprawnienie Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie ceny oferty stanowi również o obowiązku Zamawiającego, bowiem to na Zamawiającym ciąży obowiązek należytego prowadzenia postępowania oraz prawidłowej oceny oferty i realizacji obligatoryjnych przesłanek. W przypadku badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny realizacja obligatoryjnej przesłanki może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu wyjaśnień. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną zbadane zgodnie z ustawowymi regulacjami w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba uznała, że Zamawiający zaniechał wezwania IMPEL do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy) mimo, że w zaistniałym stanie faktycznym tej konkretnej sprawy wszystkie doktrynalnie ukształtowane przesłanki

wskazywały na konieczność takiego wezwania. Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. 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. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Zamawiający ograniczył się na rozprawie do wniesienia o oddalenie odwołania oraz wskazania, że brak jest w odwołaniu dowodów potwierdzających słuszność wywiedzionych w odwołaniu twierdzeń. Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do żadnego z twierdzeń Odwołującego. Natomiast Odwołujący w sposób precyzyjny wykazał zarówno za pomocą złożonych wraz z odwołaniem dokumentów, jak i w treści odwołania oraz na rozprawie to, co zgodnie z doktryną i orzecnictwem stanowi kluczowy element przy ocenie zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. Uwzględniając oświadczenie Odwołującego złożone na rozprawie, Izba wyjaśnia, że art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu* - dotyczy przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, których spełnieniem wykazuje się wykonawca składając odpowiednie dokumenty w ofercie na potwierdzenie warunków z art. 22 ust. 1 ustawy, natomiast art. 26 ust. 3 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli*

wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert - dotyczy obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń lub pełnomocnictw. Tym samym, w zakresie podnoszonej przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie argumentacji dotyczącej zaniechania wezwania IMPEL do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy – - *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny* – Izba wyjaśnia, że Odwołujący w sposób niewłaściwy wskazał kwalifikację prawną art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy dla potwierdzenia swej argumentacji faktyczne. W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy – (1) *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (2) Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia* Izba wskazuje, że zarzut ten jest przedwczesny, bowiem uprzednio Zamawiający musi wezwać IMPEL do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i dopiero po takim złożeniu wyjaśnień ewentualnie taki zarzut można podnosić. Wobec czego zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* – w związku z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest również przedwczesny. Nausznie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Izba nie stwierdziła, Zamawiający nie posługiwał się innymi niż wymienione w SIWZ kryteriami oceny ofert przy dokonywaniu oceny ofert.



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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....