

Sygn. akt: KIO 1091/18

**WYROK**  
**z dnia 18 czerwca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 czerwca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2018r. przez **wykonawcę KOMA Lublin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Mełgiewska 2** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Lublin z siedzibą w Lublinie, Plac Litewski 1**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę KOMA Lublin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Mełgiewska 2 i :**
  - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **KOMA Lublin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Mełgiewska 2** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. Zasądza od wykonawcy **KOMA Lublin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Mełgiewska 2** na rzecz **Gminy Lublin z siedzibą w Lublinie, Plac Litewski 1** kwotę **3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin – 7 części zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 lutego 2018r. za numerem 2018/S 033-071944.

W dniu 21 maja 2018r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy KOMA Lublin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie – dalej odwołujący i o unieważnieniu postępowania w części 5 zamówienia.

W dniu 1 czerwca 2018r. (31 maja 2018r. – dzień ustawowo wolny od pracy) odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 1 czerwca 2018r.

Odwołujący zakwestionował czynności zamawiającego polegające na:

1) odrzuceniu oferty odwołującego, ze względu na to, że:

- a) zawiera rażąco niską cenę,
- b) jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- c) zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- d) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

pomimo, że w ofercie wykonawcy nie występują powyższe okoliczności

2) unieważnieniu postępowania w części 5 (sektor V), pomimo, że na tę część zamówienia wpłynęła oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że dopuszczając się powyższych zaniedbań, doprowadził do naruszenia następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – dalej ustawy, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy przez błędne uznanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, w sytuacji gdy wykonawca wykazał że na całym zamówieniu osiągnie zysk,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne uznanie, że odwołujący w swojej ofercie przyjął inne wartości podstawowe do ustalenia ceny jednostkowej oraz nie wyliczył wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy w złożonej kalkulacji odwołujący wykazał poszczególne koszty związane z realizacją zamówienia zaś w formularzu ofertowym oraz załączniku 5e przyjął do wyliczenia prognozowane przez zamawiającego ilości odpadów,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez:

a) nieprawidłowe uznanie, że odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę a tym

samym naruszył zasady uczciwej konkurencji, w sytuacji gdy w rzeczywistości cena Odwołującego nie jest rażąco niska,

b) jego błędną wykładnię prowadzą do wniosku, że przeznaczenie zysków z jednej pozycji wykazu cenowego na pokrycie kosztów realizacji części usługi z innej pozycji wykazu cenowego jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 5 (Sektor V)

- dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą,

Odwołujący wskazał, że mu przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem ma interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, jeśli podniesione w odwołaniu zarzuty się potwierdzą, oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę m.in. na część 5 (Sektor V) oferując jego realizację za cenę 11 347 052,40 zł (cena ofertowa brutto z prawem opcji), Zamawiający przeznaczył zaś na realizację zamówienia w tej części 10 036 172,99 zł (kwota brutto bez prawa opcji)

Dodatkowo z protokołu postępowania wynika, że zamawiający oszacował wartość zamówienia (w części 5) na kwotę 9 775 773,71 zł (netto z prawem opcji).

Celem porównania oferty odwołującego z wartością szacunkową zamówienia w dalszej części przyjęto kwotę netto z prawem opcji, przy tym założeniu oferta odwołującego opiewa na kwotę 10 506 530 zł, Zamawiający zaś oszacował zamówienie na kwotę 9 775 773,71 zł (netto z prawem opcji). Z czego wynika, że oferta odwołującego jest wyższa o 730 756,29 zł od wartości szacunkowej zamówienia.

Pismem z 11 maja 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Pismem z 17 maja 2018 r. odwołujący stosowne wyjaśnienia złożył załączając szczegółową kalkulację oraz dowody potwierdzające, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska.

Pismem z dnia 21 maja 2018 r. zamawiający poinformował, że oferta odwołującego została odrzucona a postępowanie w części 5 unieważnione z powodu braku oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zdaniem zamawiającego oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z następujących powodów:

1) Ceny jednostkowe w ofercie wykonawcy dotyczące odbierania oraz zagospodarowania

papiery i tektury, metali i tworzyw sztucznych oraz szkła są rażąco niskie (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy),

2) Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz oferta zawiera błędy w wyliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy). Zamawiający zanegował wyjaśnienia wykonawcy w których ten przyznał, iż uzupełnił formularz ofertowy oraz załącznik 5e zgodnie z wytycznymi zamawiającego jednakże prognozuje, że ilość odbieranych odpadów będzie inna niż założył zamawiający,

3) Złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji „z powodu niezgodnego ze specyfikacją sposobu obliczenia ceny tj. przerzucania ciężarów ponoszonych w poszczególnych frakcjach do innej pozycji, w której w rzeczywistości tego kosztu nie poniosą, przyjęcie ceny poniżej kosztów wykonania, czyli nierealistycznej, zatem jest to nieuczciwe działanie w stosunku do wykonawców którzy rzetelnie wycenili poszczególne rodzaje odpadów, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego" (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy).

Zamawiający zakwestionował cenę za odbiór oraz zagospodarowanie następujących frakcji odpadów: papieru i tektury, metali i tworzyw sztucznych, szkła oraz nie uznał wyjaśnień odwołującego, iż zysk z odbioru pozostałych frakcji odpadów pozwoli mu na osiągnięcie rentowności także w odbiorze i zagospodarowaniu w/w frakcji.

Zamawiający nie zakwestionował rentowności realizacji całego zamówienia a jedynie części tj. odbioru i zagospodarowania frakcji: papieru i tektury, metali i tworzyw sztucznych, szkła. Tym samym odwołujący stwierdził, iż przekonujące i wystarczające były jego wyjaśnienia co do tego, że cena całościowa za realizację zamówienia pozwoli mu osiągnąć zakładany w kalkulacji zysk.

Przebieg orzecznictwa KIO w tej materii pozwala podsumować, że „Prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu, składających się na ostateczną cenę oferty prowadziłyby bowiem do fałszywych wniosków, rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem o rażąco niskiej cenie oferty, a ponadto wypaczałoby instytucję rażąco niskiej ceny oferty, która przedmiotem oceny czyni cenę oferty a nie ceny jej elementów składowych" (KIO 3021/13), a także „Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 p.z.p. stanowią literalnie, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji, np. do ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych choćby nawet cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niskiej ceny całej oferty, (za postanowieniem SO w P. z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05)" (KIO 1338/13).

Zdaniem odwołującego, skoro jako wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w złożonej kalkulacji wykazał, że na całości zamówienia osiągnie zysk to

działanie zamawiającego polegające kwestionowaniu cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie niektórych frakcji zbieranych selektywnie jest nieuprawnione.

Dodatkowo odwołujący podnosił w składanych wyjaśnieniach, że zamierza osiągnąć zysk ze sprzedaży surowców wtórnych. Zamawiający niewłaściwie zinterpretował tę część wyjaśnień odwołującego i napisał w zawiadomieniu o unieważnianiu postępowania „ (...) Wykonawca w swoich wyjaśnieniach, które powinny być bardzo szczegółowe i nie budzące jakichkolwiek wątpliwości, nie przedstawił wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia wskazanej ceny w zakresie zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów: papieru i tektury, metali i tworzyw sztucznych i szkła. Wykonawca zawarł jedynie stwierdzenie cyt. „ liczymy również na dodatkowy przychód ze sprzedaży surowców wtórnych”. Odwołujący uważa, że w swoich wyjaśnieniach, załączonej kalkulacji kosztów i wyliczeniach dotyczących wszystkich składników kosztotwórczych każdej ceny jednostkowej, w sposób rzetelny przedstawił zarówno koszty odbioru jak i zagospodarowania odpadów. Zdanie z wyjaśnień odwołującego: „liczymy również na dodatkowy przychód ze sprzedaży surowców wtórnych” nie stanowiło wyjaśnień dotyczących kosztów zagospodarowania, była to informacja o przewidywanym dodatkowym zysku ze sprzedaży surowców wtórnych.

Odwołujący przedstawił sposób wyliczenia zysku ze sprzedaży surowców przez odwołującego, zarówno według ilości odpadów przewidzianych przez zamawiającego, jak i według prognoz odwołującego w dwóch tabelach ujmując podane przez zamawiającego ilości odpadów jak i prognozowane przez siebie ilości odpadów oraz ceny skupu netto za tonę danego rodzaju odpadu.

Z tych tabeli wynika, że odwołujący założył sprzedaż trzech rodzajów odpadów: papier i tekturę za cenę 175zł. netto za tonę, metale i tworzywa sztuczne – 175zł. netto za tonę i szkło – 91,67zł. za tonę, co przy ilościach podanych przez zamawiającego mogłoby przynosić zysk brutto 34 069,65zł/m-c, a przy wartościach prognozowanych przez odwołującego 13 088,84zł. brutto/m-c.

Wyliczenia zostały dokonane na podstawie otrzymanych ofert na zakup surowców, przyjęto średnie ceny za 1 Mg według ofert 5 potencjalnych odbiorców.

Mając powyższe wyliczenia na uwadze odwołujący zauważył, iż po uwzględnieniu zysku ze sprzedaży surowców, faktyczna cena jaką odwołujący otrzymałby za 1 Mg odpadów wyniosłaby odpowiednio:

- papier i tektura 225,00 / 1 Mg ( 50,00zł od zamawiającego stawka z formularza ofertowego + 175,00zł średnia cena ze sprzedaży surowca),
- metale i tworzywa sztuczne 225,00 / 1 Mg ( 50,00zł od zamawiającego stawka z formularza ofertowego + 175,00zł średnia cena ze sprzedaży surowca),
- szkło 141,67zł / 1 Mg ( 50,00zł od zamawiającego stawka z formularza ofertowego + 91,67zł średnia cena ze sprzedaży surowca).

Opracowany przez zamawiającego wzór formularza ofertowego nie miał opcji do wpisania kwot ujemnych po stronie zagospodarowania odpadów (zysk ze sprzedaży surowców musiałby być przedstawiony jako np. - 175,00zł). Zamawiający założył, że surowce wtórne należy oddawać do utylizacji i płacić za ich zagospodarowanie.

Tymczasem jest to towar, który można sprzedać i otrzymać za niego dobrą cenę, Dotychczas na terenie miasta Lublina nie funkcjonowała segregacja odpadów na tak wiele frakcji, odbywał się podział jedynie na dwie frakcje: mokrą i suchą, być może dlatego zamawiający nie przewidział innej możliwości niż taka, że wykonawcy będą musieli ponieść koszty zagospodarowania ( utylizacji) odpadów.

Dodatkowym czynnikiem pozwalającym na oszczędność kosztów jest odbiór odpadów przez odwoływającego za pomocą pojazdów wielokomorowych. Dojazd do punktów gromadzenia odpadów jest najbardziej kosztotwórczym czynnikiem przy realizacji usługi, pracując pojazdem wielofunkcyjnym zmniejszamy koszty dwu, trzykrotnie, w zależności od pojazdu. Odwołujący planuje odbiór papieru, plastiku, szkła z zabudowy jednorodzinnej pojazdami 3 komorowymi, natomiast bioodpadów oraz odpadów zielonych pojazdami dwukomorowymi.

Z informacji zamawiającego z dnia 21 maja 2018 r. (uzasadnienie odrzucenia oferty odwoływającego), wynika, że zdaniem zamawiającego oferta Koma Lublin Sp. z o.o. „nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 12.2.2 SIWZ w związku z pkt 3.4.5. SIWZ - brak wyliczenia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania całego zakresu zamówienia oraz przez przyjęcie innych wartości podstawowych do ustalenia ceny jednostkowej”.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2383/17) „O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (...) Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego.”

Niezrozumiały dla odwoływającego jest tak sformułowany zarzut zamawiającego. Zamawiający w swoim piśmie wskazał postanowienia SIWZ, z którymi jego zdaniem oferta odwoływającego jest niezgodna (pkt 12.2.2 SIWZ w związku z pkt 3.4.5. SIWZ), jednakże nie wskazał, która część oferty wykonawcy jest obciążona takową wadą. Najprawdopodobniej zamawiający opiera się tu o fragment wyjaśnień wykonawcy, w których podał on, że prognozuje (i tym samym założył) inne ilości odbioru odpadów niż wskazane przez zamawiającego. Taka okoliczność jednak nie powoduje niezgodności treści oferty z SIWZ bowiem odwołujący prawidłowo wypełnił zarówno formularz ofertowy jak i załącznik 5e (wykaz cenowy - część 5/sektor V), dostosował się zatem do algorytmu przewidzianego przez zamawiającego w SIWZ. Okoliczność, iż zdaniem odwoływającego założenia te się nie spełnią pozostaje bez

znaczenia.

Powyższą okoliczność zamawiający rozpatruje także jako błąd w obliczeniu ceny w ofercie odwołującego. Odwołujący zauważył, że złożona przez niego kalkulacja została sporządzona w oparciu o dane co do prognozowanej ilości odpadów zakładane przez zamawiającego (vide szczegółowa kalkulacja z rozbiem na koszty odbioru poszczególnych frakcji pozycja 1 kolumna „ilość Mg/m-c” jest 441,11 ton/m-c, co przy przemnożeniu przez ilość miesięcy - 36 daje 15880 ton - ilość zakładaną przez zamawiającego - załącznik 5e do SIWZ wiersz zmieszane odpady komunalne).

Zamawiający, pomimo że w pierwszej części swojego pisma z dnia 21.05.2018 r. (odrzućenie oferty odwołującego), przywołuje w podstawach prawnych zrzut naruszenia uczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), nie wyjaśnia go na tyle aby można byłoby się do niego właściwie ustosunkować. Zamawiający łączy zarzut rażąco niskiej ceny z naruszeniem uczciwej konkurencji („przyjęcie ceny poniżej kosztów wykonania, czyli nierealistycznej, zatem jest to nieuczciwe działanie w stosunku do wykonawców którzy rzetelnie wycenili poszczególne rodzaje odpadów, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego”), w konsekwencji jeśli pierwszy z nich się nie potwierdzi bezprzedmiotowy będzie drugi z zarzutów. Odwołujący dodał, że konstruując powyższy zarzut zamawiający zapomniał się, że w 5 części wpłynęła tylko jedna oferta (odwołującego), trudno zatem zachowanie odwołującego oceniać w porównaniu ze sposobem przygotowania ofert przez pozostałych wykonawców, ponieważ na tę część zamówienia ich nie było.

W orzecznictwie KIO funkcjonuje pogląd, iż czynem nieuczciwej konkurencji są praktyki manipulowania cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (np. KIO 7/13). Postępowanie prowadzone przez zamawiającego - Gminę Lublin zostało tak ukształtowane w kwestii kryteriów oceny ofert (pkt 13 SIWZ), że punktowana jest cena za całość zamówienia, a contrario nie są punktowane oddzielnie poszczególne ceny jednostkowe. Dlatego wykonawca, w tym odwołujący nie mieli możliwości wpływania na ostateczną punktację poprzez „manipulowanie” cenami.

W końcowej części pisma zamawiającego uzasadniającego odrzucenie ofert odwołującego (bez stawiania konkretnego zarzutu uzasadniającego odrzucenie oferty odwołującego) znalazła się argumentacja, iż Koma Lublin Sp. z o. o. dokonała niedozwolonej zmiany oferty bowiem w JEDZ wskazano, że zamierza zlecić podwykonawcy 70% zamówienia a w przedłożonych wyjaśnieniach podano, że do obowiązków podwykonawcy będzie należało odbiór i transport odpadów zmieszanych i zebranych selektywnie z sektora V miasta Lublin. Zamawiający nie zgłębia na czym owa zmiana oferty miałaby polegać. Podsumować należy, że w ramach zamówienia wykonawca musi wykonywać także inne czynności, które nie polegają na odbiorze i transporcie odpadów, których nie zlecił podwykonawcy tj. tytułem przykładu:

- wyposażenie nieruchomości w worki i pojemniki (§1 ust. 5 i 6 SOPZ),
- mycie i dezynfekcja pojemników (§1 ust. 10 SOPZ),
- prowadzenie Biura Obsługi Mieszkańca (§3 ust. 12 SOPZ),
- sporządzanie, aktualizowanie i dostarczanie harmonogramy odbioru odpadów (§5 SOPZ),
- prowadzenie dokumentacji (§9 SOPZ),

Powyższe pokazuje, że część czynności w ramach realizacji zamówienia pozostanie do wykonania odwołującemu. Znamienny jest również to, że odwołujący w JEDZ (w części C pkt 10) wpisał w rubryce „Wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom następująca część (procentowo) zamówienia” wpisał około 70%. Zdaniem Odwołującego nie sposób obecnie dokładnie wskazać ile % całego zamówienia zajmują czynności wymienione powyższej, w ocenie odwołującego to właśnie pozostałe około 30% całego zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania oraz dopuszczenie jako dowodów wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 17 kwietnia 2018r. i 27 kwietnia 2018r. dotyczących części III i IV zamówienia, wyjaśnień odwołującego z dnia 23 kwietnia 2018r., 24 kwietnia 2018r. i 9 maja 2018r. złożonych dla części III i IV, pism o odrzuceniu ofert złożonych w części III i IV na okoliczność istnienia cen rażąco niskich w ofercie odwołującego, w tym podstawy wszczęcia procedury badania wystąpienia rażąco niskiej ceny, zasadności zajętego przez zamawiającego stanowiska. Podtrzymał swoje stanowisko, że cena oferty odwołującego dla części V dla odpadów papieru i tektury, metali i tworzyw sztucznych i szkła nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a odwołujący pełnego wykonania zakresu zamówienia. Odwołujący oparł swoją kalkulację za innych założeń niż wymagane przez zamawiającego, a w wyjaśnieniach nie przedstawił wyjaśnień i dowodów dotyczących zagospodarowania odpadów, a także przyjął różne ilości odpadów. Dopiero w odwołaniu pojawiły dowody dotyczące zagospodarowania. Odwołujący na wezwanie zamawiającego nie przedstawił również kalkulacji kosztów dla pojedynczych cen jednostkowych odbioru i zagospodarowania odpadów papieru i tektury, metali i tworzyw sztucznych i szkła. Dowody dołączone na etapie postępowania odwoławczego nie mogą być brane pod uwagę. Zwrócił uwagę na sposób rozliczania usługi nie w oparciu o zbiorczą kwotę, ale o miesięczne faktury zawierające ilości poszczególnych odpadów. Sposób kalkulacji kosztów wykonany przez odwołującego wskazuje na brak realnych możliwości wykonania wskazanego pełnego zakresu usług w zamian za zaproponowane ceny jednostkowe. Zamawiający stanął na stanowisku, że przedstawiona kalkulacja całości zamówienia, a nie poszczególnych cen jednostkowych, oszacowanie dokonane w oparciu o doświadczenie własne odwołującego, a nie podane ilości odpadów, brak dokumentów potwierdzających koszty zagospodarowania odpadów segregowanych, bilansowanie zysków pomiędzy poszczególnymi pozycjami kalkulacji



kosztów potwierdzają wcześniejsze podejrzenia zamawiającego, co do nierzetelności wyliczenia ceny oferty. Zamawiający odwołał się do załącznika nr 22 do wyjaśnień z dnia 17 maja 2018r. (numeracja nadana załącznikom przez Izbę w celu możliwości odniesienia się do nich bez potrzeby ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa) oraz do akapitu 3 na str. 2 wyjaśnień z dnia 17 maja 2018r., które zdaniem zamawiającego potwierdzają, że odwołujący w swoich kalkulacjach dopuściła się manipulacji kosztów jednostkowych podanych w formularzach ofertowych. Podkreślił, że odwołujący nie kwestionował wezwania do wyjaśnień, a zamawiający ma prawo w każdym przypadku powzięcia wątpliwości, co do realności ceny dokonać jej badania. Podniósł, że oferty odwołującego w częściach III i IV zostały odrzucone z tych samych powodów, a odwołujący tej czynności nie kwestionował. Odnośnie tabel zaprezentowanych przez odwołującego w odwołaniu zamawiający podniósł, że ich przedstawianie jest spóźnione, powinny być zawarte w wyjaśnieniach z 17 maja 2018r. Są to pierwsze wyjaśnienia dotyczące zagospodarowania odpadów i pierwsze dowody na tę okoliczność, co więcej zostały sporządzone po dacie składania ofert, a także po dacie składania wyjaśnień, a więc dokumenty zostały pozyskane na potrzeby postępowania odwoławczego. Ponadto oferty, poza Agencją Handlową WOLMAX, nie pochodzą od podmiotów wskazanych w załączniku 6b w ofercie, co może świadczyć o nieuprawnionej zmianie treści oferty. Zdaniem zamawiającego tezy odwołującego wywodzone z załączonych do odwołania ofert oparte są o hipotetyczny zysk ze sprzedaży surowców wtórnych, a więc nie jest to element pewny, o który oparto sposób wyliczenia oferty. Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku przekazywania odpadów papieru, metali tworzyw sztucznych i szkła do RIPOKów, a postępowanie z tymi odpadami podlega zasadom ogólnym: bliskości i hierarchii postępowania z odpadami. Zamawiający nie neguje możliwości osiągnięcia zysku z tych frakcji, ale wedle jego wiedzy te odpady wymagają doczyszczania w sortowniach. Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku utylizacji surowców wtórnych, przeciwnie zależy mu na jak najwyższych poziomach recydingu. Odwołujący natomiast nie udowodnił w wyjaśnieniach, że kwota pochodząca ze sprzedaży surowca wpłynie na jego zysk i zwiększenie rentowności całego zamówienia. Zamawiający nie zgodził się na podawanie cen ujemnych, gdyż jest to sprzeczne z celem prowadzenia działalności gospodarczej, a także może rodzić ryzyko generowania zysku kosztem zamawiającego. Zamawiający podniósł, że deklarowana wola wykonywania odbioru odpadów pojazdami wielokomorowymi nie przełożyła się na wyliczenie i udowodnienie oszczędności możliwych do osiągnięcia przez odwołującego z tego tytułu. Odwołujący jedynie pozornie wypełnił prawidłowo formularz ofertowy, ponieważ miał on obliczyć cenę oferty zgodnie z założeniami wskazanymi w siwz. Jednak wyjaśnienia odwołującego potwierdziły nieprawidłowość obliczenia cen jednostkowych, czyli nieprawidłowości powstałe na etapie przygotowania cen jednostkowych, a zatem potwierdziły wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, który powstał w związku z naruszeniem zasad obliczania

cen jednostkowych wskazanych przez zamawiającego i tak ustalone ceny nie stanowią odzwierciedlenia przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego. Wyjaśnienia stanowią integralną treść oferty i odwołujący nie ma podstawy prawnej i faktycznej, aby uchylać się od skutków swoich oświadczeń złożonych w wyjaśnieniach. Odwołujący kalkulował ceny jednostkowe w oparciu o własne doświadczenia w zakresie odbioru odpadów nie dowodząc jednak zasadności przyjęcia takich ilości, co stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz jak również o błędzie w obliczeniu ceny. Zamawiający swoje przekonanie oparł o ostatni akapit str. 1 akapitów 1, 2 i pierwsze zdanie akapitu 3 str. 2 wyjaśnień z dnia 17 maja 2018r. Odwołujący w postępowaniu wyjaśniającym nie udowodnił, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia. Będąc profesjonalistą powinien wyceny oferty dokonać w oparciu o powszechnie obowiązujące i rzeczywiste ceny rynkowe odrębnie dla każdej usługi wskazanej przez zamawiającego w siwz, ponieważ będą one rozliczane oddzielnie. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie może bazować na doświadczeniach z ubiegłych lat, gdyż obecnie wdrażany jest nowy system selektywnego zbierania odpadów, co wymusza konieczność dokonania wyceny innego zakresu usług, co prowadzi do wady przyjęcia innego zakresu usług i błędu w obliczeniu ceny. Wycena odwołującego została oparta o wadliwe założenia powodujące obniżenie ilości odbieranych, transportowanych i zagospodarowywanych poszczególnych rodzajów odpadów zbieranych selektywnie i iluzoryczne zawyżenie ceny odbioru i transportów odpadów zmieszanych w stosunku do wymaganych w siwz. W ocenie zamawiającego uzasadnia to tezę o czynie nieuczciwej konkurencji, co wzmocnił cytatem z orzeczenia sygn.. akt KIO 1934/12. W ocenie zamawiającego odwołujący dokonał także zmiany oświadczenia o zakresie podwykonawstwa, gdyż w ofercie ten zakres obejmował odbieranie części odpadów komunalnych, a w wyjaśnieniach to odbieranie i transport odpadów zmieszanych oraz zebranych selektywnie z sektora V miasta Lublin. Zdaniem zamawiającego jest to niedopuszczalna zmiana treści oferty, która świadczy o braku profesjonalizmu i nie oparciu kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o zawartą już na termin składania ofert umowę o podwykonawstwo.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, informacji z otwarcia ofert, protokołu postępowania, oferty odwołującego, pisma zamawiającego z 11 maja 2018r. odpowiedzi odwołującego z dnia 17 maja 2018r., informacji o wyniku postępowania, ofert załączonych do odwołania oraz wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 17 kwietnia 2018r. i 27 kwietnia 2018r. dotyczących części III i IV zamówienia, wyjaśnień odwołującego z dnia 23 kwietnia 2018r., 24 kwietnia 2018r. i 9 maja 2018r. złożonych dla części III i IV, pism o odrzuceniu ofert złożonych w części III i IV.

Z pkt. 3.4.5 i 12 siwz wynikają następujące wymagania zamawiającego:

#### 3.4.5 Część 5 - Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z sektora V

Odbieranie odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych oraz ich zagospodarowanie dotyczy następujących rodzajów odpadów wskazanych w 53 ust. 1 uchwały nr 488/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Lublin i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi ze zm. (Dz. Urz. Województwa Lubelskiego 2016 poz. 2187 z dnia 2016-06-02 r <http://edziennik.lublin.uw.gov.pl/#/legalacU2016/2187/>:

(1) zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne, odpady zbierane selektywnie:

(2) papier i tektura,

(3) metale i tworzywa sztuczne,

(4) szkło,

(5) bioodpady,

(6) odpady zielone,

(7) meble i inne odpady wielkogabarytowe,

(8) odpady budowlane i rozbiórkowe,

Powyższe rodzaje odpadów określa SI ust, 1 zał. do uchwały nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin ze zm. (Dziennik Urzędowy Województwa Lubelskiego 2016 poz. 2533 z dnia 2016-06-28) <http://edziennik.lublin.uw.gov.pl/#/legalacU2016/2533/> Klasyfikacja kodowa odpadów, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U.2014.1923), jest następująca:

(1) zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne kod 20 03 01 odpady zbierane selektywnie:

(2) papier i tektura — kod 20 01 01

(3) metale i tworzywa sztuczne — kod 20 01 39, 20 01 40

(4) szkło kod 20 01 02,

(5) bioodpady — kod 20 01 08,

(6) odpady zielone — kod 20 02

(7) meble i inne odpady wielkogabarytowe — kod 20 03 07,

(8) odpady budowlane i rozbiórkowe — kod: 17 01 01, 17 01 02, 17 01 07

Wielkość zamówienia:

Część 5 Przewiduje się udzielenie zamówienia objętego prawem opcji.

Zamówienie podstawowe obejmuje:

1. Odbieranie 15 880 Mg zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych z

nieruchomości zamieszkałych z sektora V — w całym okresie zamówienia;

2. Odbieranie i zagospodarowanie 14 082 Mg selektywnie zebranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora V — w całym okresie zamówienia, w tym:

(1) papier i tektura — 2 042 Mg,

(2) metale i tworzywa sztuczne — 3 679 Mg,

(3) szkło - 1 467 Mg,

(4) odpady zielone 3 737 Mg,

(5) meble i inne odpady wielkogabarytowe — 1 116 Mg,

(6) odpady budowlane i rozbiórkowe 2 041 Mg;

3. Odbieranie 6 166 Mg bioodpadów z nieruchomości zamieszkałych z sektora V — w całym okresie zamówienia;

4. Zagospodarowanie 4 111 Mg bioodpadów z nieruchomości zamieszkałych z sektora V — w okresie zamówienia do 30.06.2020 r.;

Zamówienie objęte prawem opcji polega na zagospodarowaniu w okresie 01.07.2020 r - 30.06.2021 r. bioodpadów z nieruchomości zamieszkałych z sektora V w ilości 2 055 Mg.

Podział miasta na sektory zgodnie z uchwałą nr 553/XXIII/2012 Rady Miasta Lublin z dnia 6 września 2012 r. w sprawie podziału obszaru miasta Lublin na sektory w celu zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dziennik Urzędowy Województwa Lubelskiego 20122763 z 2012-09-24) [https://bip.lublin.eu/rada-miasta-lublin-vii,,kadencja/sesje/uchwaly-rm-lublin/vi-kadencjarady-miasta-lublinQ010-2014/sesja-nr-xxiii-z-dnia-06-09-2012/uchwala-nr-553xxiii2012rady-miasta-lublin-z-dnia-6-wrzesnia-2012-r-w-sprawie,,podzialu-obszaru-miasta-lublin-nasektory-w-cetu-zorganizowania-odbierania-odpadow-komunalnych-od-wlascicielinieru.html](https://bip.lublin.eu/rada-miasta-lublin-vii,kadencja/sesje/uchwaly-rm-lublin/vi-kadencjarady-miasta-lublinQ010-2014/sesja-nr-xxiii-z-dnia-06-09-2012/uchwala-nr-553xxiii2012rady-miasta-lublin-z-dnia-6-wrzesnia-2012-r-w-sprawie,,podzialu-obszaru-miasta-lublin-nasektory-w-cetu-zorganizowania-odbierania-odpadow-komunalnych-od-wlascicielinieru.html)

Granice sektorów stanowią granice dzielnic znajdujących się w sektorach, określone na podstawie stosownych uchwał Rady Miasta Lublin w sprawie utworzenia w Lublinie dzielnic jako jednostek pomocniczych. Uchwały dostępne na stronie internetowej zamawiającego pod adresem <https://lublin.eu/rady-dzielnic/dzielnice/>

Szczegóły dotyczące realizacji zamówienia w zakresie LII zawiera załącznik nr 1 Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

(2, Wyposażenie nieruchomości zamieszkałych w mieście Lublin w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych, o których mowa w par. 5 załącznika do uchwały nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin ze zm., oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym.

12.2) Wyposażenie nieruchomości zamieszkałych w mieście Lublin w worki służące do selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

Każdą nieruchomość zamieszkałą wykonawca wyposaża, zgodnie z S 5 ust. 1 zał. do uchwały

nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. ze zm., w pojemniki lub worki do zbierania następujących rodzajów odpadów:

(1) zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,

Odpady zbierane selektywnie:

(2) papier i tektura,

(3) metale i tworzywa sztuczne,

(4) szkło,

(5) bioodpady,

(6) odpady zielone,

(7) odpady budowlane i rozbiórkowe,

Parametry techniczne pojemników określa 55 ust. 2, a worków 55 ust. 4-6 zał. do uchwały nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin ze zm.. Rodzaj i ilość pojemników

W nawiązaniu do S 6 ust. 2 pkt 1 zał. do uchwały nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. ze zm. Zamawiający przedstawia posiadane informacje pozwalające ustalić Wykonawcy niezbędną ilość pojemników lub worków zapewniające właścicielom nieruchomości możliwość zbierania odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów zgodnie z przepisami prawa lokalnego,

Sektor V:

ilość budynków mieszkalnych jednorodzinnych — 1 961 ilość budynków mieszkalnych wielorodzinnych 343 ilość gospodarstw domowych w zabudowie jednorodzinnej:

- 1 os.- 279

-2 os. - 637

„ 3 i więcej os. — 1 124

ilość gospodarstw domowych w zabudowie wielorodzinnej:

- 1 os. - 5 485

- 2 os. -5 166

- 3 i więcej os. — 3 839

Szczegółowy wykaz nieruchomości jedno- i wielorodzinnych w poszczególnych sektorach oraz ilości gospodarstw domowych w tych nieruchomościach, na które zostały złożone deklaracje o wysokości gospodarowania odpadami komunalnymi, zawiera załącznik nr 7 do SIWZ.

Utrzymanie pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym polega na myciu, dezynfekowaniu i naprawie ich w sposób niepowodujący uciążliwości dla osób korzystających z danej nieruchomości oraz nieruchomości sąsiednich, z częstotliwością określoną w uchwale nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin ze zm..

W ramach realizacji obowiązku wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w mieście Lublin w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych Wykonawca będzie obsługiwał pojemniki będące własnością gminy Lublin o pojemności 2,0 m<sup>3</sup> - 215 m<sup>3</sup> oraz dostosuje te pojemniki do wymogów S 5 zał. do uchwały nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin ze zm., znajdujących w poszczególnych sektorach: Sektor V - 96

W ramach realizacji obowiązku wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w mieście Lublin w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych Wykonawca będzie obsługiwał pojemniki będące własnością gminy Lublin o pojemności 7 m<sup>3</sup> oraz dostosuje te pojemniki do wymogów S 5 zał. do uchwały nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin ze zm., znajdujących w poszczególnych sektorach: Sektor V - 4

Wykaz lokalizacji pojemników o pojemności 7 m<sup>3</sup> będących własnością gminy Lublin, Zamawiający prześle w terminie 2 dni od dnia podpisania umowy,

Wykonawca jest zobowiązany konserwować i utrzymywać pojemniki w należyłym stanie estetycznym, technicznym i sanitarnym w czasie realizacji w tym uzupełniać napisy na pojemnikach.

Spis pojemników oraz poglądowe zdjęcia takiego pojemnika stanowi załącznik nr 8 do SIWZ. Szczegóły dotyczące realizacji zamówienia w zakresie 12) zawiera załącznik nr 1 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia.

12. Opis sposobu obliczenia ceny.

12.1 Oferta musi zawierać, ostateczną sumaryczną cenę dla każdej części oddzielnie za odebranie i zagospodarowanie odpadów w ilościach wskazanych w punkcie 3 .

12.2. Obliczanie ceny:

12.2.2 dla części 3,4 i 5 oddzielnie objętej prawem opcji będzie kwotą obliczoną w niżej wymieniony sposób:

Zamówienie podstawowe:

Cena uwzględniająca wszystkie koszty związane z realizacją zadania niezbędne do jego prawidłowego wykonania, w szczególności:

1) Odbieranie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych — w całym okresie zamówienia;

2) Odbieranie i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych - w całym okresie zamówienia , w tym:

(1) papier i tektura,

(2) metale i tworzywa sztuczne,

(3) szkło,

(4) odpady zielone,

(5) meble i inne odpady wielkogabarytowe,

(6) odpady budowlane i rozbiórkowe;

3) Odbieranie bioodpadów — w całym okresie zamówienia;

4) Zagospodarowanie bioodpadów w okresie zamówienia do 30.06.2020 r.

Zamówienie objęte prawem opcji polega na zagospodarowaniu bioodpadów w okresie 01.07.2020 r. - 30.06.2021 r.

5) wyposażenie nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze danego sektora w pojemniki lub worki oraz dostosowanie gminnych pojemników o pojemności  $m^3$  2,5  $m^3$  oraz  $7m^3$  do wymogów S 5 zał. do uchwały nr 485/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin ze zm..

6) podatek VAT w wysokości 8 % — dotyczy podmiotu będącego czynnym podatnikiem podatku VAT.

W wykazie cenowym należy podać:

- cenę jednostkową netto za odbieranie oraz cenę jednostkową netto za zagospodarowanie 1 Mg odpadów następujących rodzajów:

(1) zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,

oraz odpady zbierane selektywnie:

(2) papier i tektura,

(3) metale i tworzywa sztuczne,

(4) szkło,

(5) bioodpady,

(6) odpady zielone,

(7) meble i inne odpady wielkogabarytowe,

(8) odpady budowlane i rozbiórkowe,

- obliczyć kwotę podatku VAT dla każdej pozycji odzienie, mnożąc cenę jednostkową netto przez stawkę podatku VAT 8%,

- obliczyć cenę jednostkową brutto dla każdej pozycji , dodając cenę jednostkową netto do kwoty podatku VAT,

dla pozycji „Odbieranie odpadów komunalnych — zamówienie podstawowe ” obliczyć wartość brutto, dla każdego rodzaju odpadu oddzielnie mnożąc cenę jednostkową brutto przez ilość każdego rodzaju odpadu, Następnie zsumować wartość brutto i wpisać w pozycji 'Razem brutto odbieranie odpadów komunalnych — zamówienie podstawowe"; dla pozycji „Zagospodarowanie odpadów komunalnych — zamówienie podstawowe oraz objęte prawem opcji" obliczyć wartość brutto, dla każdego rodzaju odpadu oddzielnie mnożąc cenę jednostkową brutto przez ilość każdego rodzaju odpadu. Następnie zsumować wartość brutto i wpisać w pozycji "Razem brutto zagospodarowanie odpadów komunalnych - Podstawowe";

Zsumować "Razem brutto odbieranie odpadów komunalnych — zamówienie podstawowe" i "Razem brutto zagospodarowanie odpadów komunalnych - Podstawowe" i wpisać w pozycji „SUMA brutto — Zamówienie podstawowe”.

- dla pozycji „Zagospodarowanie odpadów komunalnych — zamówienie podstawowe oraz objęte prawem opcji" obliczyć wartość brutto dla bioodpadów — prawo opcji mnożąc cenę jednostkową brutto przez ilość dla prawa opcji. Następnie wartość tą wpisać w pozycji „Razem brutto zagospodarowanie odpadów komunalnych — Prawo opcji". Wartość pozycji „Razem brutto zagospodarowanie odpadów komunalnych Prawo opcji" należy wpisać w wierszu „SUMA brutto — Zamówienie objęte prawem opcji”.

- dla pozycji „SUMA brutto — cena ofertowa" zsumować „SUMA brutto — Zamówieni podstawowe i „SUMA brutto — zamówienie objęte prawem opcji” wartość ta stanowi cenę ofertową. Cenę tę należy wpisać do formularza wykaz cenowy w wierszu „SUMA brutto — cena ofertowa”.

Cenę tę należy wpisać do formularza ofertowego w wierszu cena ofertowa w zł brutto.

Z par. 8 wzoru umowy wynika, że zamawiający zobowiązuje się płacić wykonawcy wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych za odebranie i za zagospodarowanie 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów.

Z informacji z otwarcia ofert znak ZP.P.I.271.7.2018 wynika, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części V zamówienie podstawowe bez opcji kwotę 10 036 172,99zł., zaś odwołujący zaoferował cenę łącznie z prawem opcji w kwocie 11 347 052,40zł.

Z protokołu postępowania pkt. 2.4 wynika, że wartość szacunkowa zamówienia dla części V wynosiła 9 775 773,71zł.

Z oferty odwołującego str. 4 wynika, że za całość zamówienia w części V zaoferował on cenę 11 347 052,40zł. brutto z prawem opcji.

Z Załącznika nr 5e do siwz – str. 7 oferty odwołującego wynika, że zaoferował on następujące ceny jednostkowe netto osobno za odbieranie i osobno za zagospodarowanie:

1. Zmieszane niesegregowane odpady – odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 15 880 Mg, cena jedn. za 1 Mg – 350zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe i opcja – nie wymagano
2. Papier i tektura - odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 2042 Mg, cena jedn. za 1 Mg – 25zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe – ilość 2042 Mg, cena jedn. – 25zł.
3. Metale i tworzywa sztuczne - odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 3679 Mg, cena jedn. za 1 Mg – 25zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe – ilość 3679 Mg, cena jedn. – 25zł.
4. Szkło - odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 1467 Mg, cena jedn. za 1 Mg –



- 25zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe – ilość 1467 Mg, cena jedn. – 25zł.
5. Bioodpady - - odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 6166 Mg, cena jedn. za 1 Mg – 80zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe – ilość 4111 Mg, cena jedn. – 220zł. opcja ilość 2055 Mg cena jedn. 220zł.
  6. Odpady zielone - odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 3737 Mg, cena jedn. za 1 Mg – 150zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe – ilość 3737 Mg, cena jedn. – 240zł.
  7. Meble i inne odpady gabarytowe - odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 1116 Mg, cena jedn. za 1 Mg – 300zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe – ilość 1116 Mg, cena jedn. – 300zł.
  8. Odpady budowlane i rozbiórkowe - odbieranie zamówienie podstawowe – ilość 2041 Mg, cena jedn. za 1 Mg – 150zł., zagospodarowanie zamówienie podstawowe i opcja – ilość 2041 Mg, cena jedn. – 150zł.

Z JEDZ odwołującego str. 12 – 13 część II C i D wynika, że odwołujący polega na zdolnościach innych podmiotów i będzie korzystał z podwykonawstwa firmy Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Lublinie. Z części III lit. C pkt 10 wynika, że odwołujący zamierza zlecić podwykonawcy ok. 70% zamówienia. Z JEDZa Koma sp. z o.o. sp.k. wynika, że udostępni on swoje doświadczenie w zakresie odbierania odpadów oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia – str. 40 oferty.

Ze zobowiązania KOMA sp. z o.o. sp. k., że udostępniane jest doświadczenie w zakresie odbioru odpadów oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, stosunkiem łączącym odwołującego i KOMA sp. z o.o. sp. k. jest umowa o podwykonawstwo- str. 44 oferty.

Z oświadczenie odwołującego o zakresie podwykonawstwa wynika, że KOMA sp. z o.o. sp. k. będzie wykonywać odbiór części odpadów komunalnych.

Z załącznika nr 6b dotyczy części 3, 4 i 5 str. 46-47 wynika, że papier i tekturę, metale i tworzywa sztuczne i szkło wykonawca zamierza przekazywać te odpady do następujących podmiotów zbierających te odpady:

- Zakład Zagospodarowania Odpadów w Wólce Rokickiej, Sortownia Odpadów Kozubszczyzna, Zakład Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach, Sortownia Odpadów Komunalnych Frakcji Suchej w Kamionce i Wolmax w Lublinie.

W dniu 11 maja 2018r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, w szczególności zamawiający zobowiązał wykonawcę, aby przedstawił szczegółowe wyliczenia poszczególnych składników cen jednostkowych zamieszczonych w wykazie cenowym – załącznik nr 5e, odrębnie dla wszystkich frakcji obieranych i odrębnie dla każdej z frakcji selektywnie zbieranych przeznaczonych do zagospodarowania, oraz do dołączenia dowodów, które potwierdzałyby wskazane czynniki kosztotwórcze.

W dniu 17 maja 2018r. odwołujący złożył wyjaśnienia oraz przedłożył kalkulacje i dowody w

postaci ofert, umów, które w całości objął tajemnicą przedsiębiorstwa:

Załącznik nr 1 stanowi kalkulację dotyczącą kosztów odbierania odpadów – w kalkulacji wskazany jest zysk,

Załącznik nr 2 dotyczy jednego z kosztów odnoszącego się do odbierania odpadów,

Załącznik nr 3 dotyczy kosztu związanych z używaniem sprzętu do odbierania odpadów,

Załącznik nr 4 dotyczy kosztów związanych z używaniem sprzętu do odbierania odpadów,

Załącznik nr 5 dotyczy kosztu utrzymania sprzętu,

Załącznik nr 6 związany jest z kosztem bazy magazynowo-transportowej,

Załącznik nr 7 dotyczy kosztów obsługi biurowej,

Załącznik nr 8 dotyczy kosztów ubezpieczenia,

Załącznik nr 9 dotyczy kosztów pojemników,

Załącznik nr 10 dotyczy ilości pojemników,

Załącznik nr 11 dotyczy szacunków ilości pojemników

Załącznik nr 12 dotyczy kosztów worków do selektywnej zbiórki odpadów,

Załącznik nr 13 dotyczy ilości odpadów selektywnych prognozowanych przez odwołującego,

Załącznik nr 14 dotyczy podwykonawstwa wskazanego w ofercie. W załączniku tym na str. 2 tabela nad 3 wierszem od dołu zamieszczone zostały ceny odnoszące się do odbioru odpadów. Izba ustaliła, że ceny netto dla poszczególnych frakcji w stosunku do cen wskazanych w załączniku nr 5e do siwz są:

1. Odpady zmieszane – niższa niż w ofercie,
2. papier i tektura – taka jak w ofercie
3. metale i tworzywa sztuczne - taka jak w ofercie
4. szkło - taka jak w ofercie,
5. bioodpady – wyższa niż w ofercie,
6. odpady zielone - taka jak w ofercie,
7. meble i inne odpady wielkogabarytowe – niższa niż w ofercie,
8. odpady budowlane i rozbiórkowe - taka jak w ofercie.

Załącznik nr 15 dotyczy kalkulacji kosztów W kalkulacji wskazany jest zysk.

Załącznik nr16 dotyczy kosztów związanych ze sprzętem

Załącznik nr 17 dotyczy kosztów związanych ze sprzętem,

Załącznik nr 18 dotyczy kosztów związanych ze sprzętem.

Załącznik nr 19 dotyczy kosztów usług związanych z realizacją zamówienia,

Załącznik nr 20 jest nieczytelny,

Załącznik nr 21 i 22 stanowią kalkulacje kosztów, gdzie odwołujący uśrednił koszty dla trzech frakcji odpadów:

- zmieszanych,
- plastik, szkło, papier, bioodpady,

- zielonych, wielkogabarytowych i budowlanych.

Przy takich zabiegach odwołującego z przedstawionego przez niego zestawienia – załączniki 21 i 22, a także z tabeli w załączniku nr 14 Izba ustaliła, że odwołujący niektóre ceny jednostkowe takie jak papier i tektura, metale i tworzywa, szkło i bioodpady zamierza zaoferować poniżej kosztów ich rzeczywistego odbioru. Izba ustaliła, że odwołujący w wyjaśnieniach nie wykazał kosztów zagospodarowania. Izba ustaliła, że na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu odwołujący nie wykazał tezy twierdzonej w odwołaniu, że zamierza odsprzedać papier i tektura, metale i tworzywa, szkło i w ten sposób wygenerować rentowność tych świadczeń. Odwołujący w przypadku bioodpadów nawet nie podjął próby wykazania, że koszt odbioru i zagospodarowania tych odpadów będzie pokryty z osiągniętych zysków ze sprzedaży, a zaoferował w ofercie cenę niższą niż w załączniku nr 14 w zakresie odbioru tego odpadu.

Z oferty Stora Enso Poland SA Zakład Odzysku Surowców Wtórnych z dnia 24 maja 2018r. wynika, że skupują makulaturę mocną i mieszaną i są w stanie zaoferować cenę za makulaturę mocną 200zł./t. Gwarantują kontenery i odbiór własnym transportem.

Z oferty firmy Wolmax z dnia 25 maja 2018r. wynika, że firma ta jest zainteresowana odbiorem odpadów tworzyw sztucznych w cenie 250zł/t.

Izba ustaliła, że firma Wolmax miałaby odbierać także papier i tekturę oraz szkło, jednak przedłożony dowód nie stanowi dowodu na to, że firma Wolmax zamierza odkupować te odpady. Tym samym brak jest dowodu na to, że odwołujący realnie jest w stanie wygenerować zysk z tych odpadów. Pozostałe oferty nie dotyczą podmiotów wskazanych z załączniku nr 6b. Z oferty firmy Krynicki Recycling z dnia 28 maja 2018r. wynika, że firma ta proponuje odbiór własnym transportem każdej ilości mieszanego i bezbarwnego szkła za cenę 50zł./Mg netto opakowań szklanych mieszanych (kolorowych) loco Zakład Uzdatniania Stłuczki Szklanej w Pełkinich i 70zł./Mg netto opakowań szklanych mieszanych (kolorowych) dpr wliczony w cenę, loco Zakład Uzdatniania Stłuczki Szklanej w Pełkinich.

Z oferty Stena Recycling sp. z o.o. z dnia 29 maja 2018r. wynika, że firma ta jest zainteresowana odkupem metali i tworzyw sztucznych za cenę 100zł./tona, papieru i tektury 150zł./tona, złomu 10zł./tona i szkła 15zł./tona, bez oferowania transportu.

Z oferty Huty Szkła z dnia 28 maja 2018r. wynika, że firma ta jest zainteresowana zakupem stłuczki szklanej w cenie 210 -230zł.

Izba oceniła dowody z wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 17 kwietnia 2018r. i 27 kwietnia 2018r. dotyczących części III i IV zamówienia, wyjaśnień odwołującego z dnia 23 kwietnia 2018r., 24 kwietnia 2018r. i 9 maja 2018r. złożonych dla części III i IV, pism o odrzuceniu ofert złożonych w części III i IV, jako nie służące ustaleniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Nie jest przedmiotem oceny Izby to, czy wykonawca skarży określone decyzje zamawiającego czy też nie, a sam

fakt nie kwestionowania przez odwołującego rozstrzygnięć zamawiającego w częściach III i IV, nie stanowi dowodu, że ceny jednostkowe oferty odwołującego w części V również muszą być rażąco niskie, zwłaszcza, że są one 25-krotnie wyższe niż w postępowaniach dotyczących części III i IV. W konsekwencji te dowody nie miały wpływu na rozstrzygnięcie Izby.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w związku z nieuzyskaniem zamówienia, co wypełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy przez błędne uznanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, w sytuacji gdy wykonawca wykazał że na całym zamówieniu osiągnie zysk

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy w obecnym brzmieniu został wprowadzony w wyniku nowelizacji z dnia 28 lipca 2016r. (Dz. U. z 2016r. poz. 1020) i w aktualnym stanie prawnym nie tylko cena całkowita oferty może rodzić wątpliwości co do realności, ale także koszt czy ich istotne części składowe. Tym samym z mocy art. 90 ust. 1 ustawy w aktualnym brzmieniu zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości ma prawo oczekiwać wyjaśnień także istotnych części składowych ceny lub kosztu, przez co należy rozumieć także jako części cen jednostkowych składające się na całość ceny ofertowej. Zamawiający ma zatem ustawowe prawo żądania wyjaśnień odnośnie poszczególnych cen czy kosztów jednostkowych. W niniejszej sprawie zamawiający wprost zażądał przedstawienia kalkulacji kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów dla każdej z cen jednostkowych deklarowanych przez odwołującego za odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie. Zamawiający wskazał, że żąda wyjaśnień odrębnie dla wszystkich frakcji obieranych i odrębnie dla każdej z frakcji selektywnie zbieranych przeznaczonych do zagospodarowania, oraz do dołączenia dowodów. Natomiast jak słusznie ustalił zamawiający odwołujący tego polecenia zamawiającego nie wykonał. Przedstawił ogólnie przyjęte przez siebie założenia do kalkulacji całości ceny i przewidywane w tym zakresie w oparciu o własne doświadczenie lub doświadczenie podmiotów z jego grupy ilości odpadów i przypisane tym wielkościom koszty dla takich elementów cenotwórczych jak koszty osobowe, sprzętowe – pojazdy pojemniki worki, nabycia usług niezbędnych do realizacji zamówienia, najmu bazy magazynowo – transportowej, czy koszty podwykonawcze. Jednak na podstawie tych zestawień nie można w żaden sposób ustalić jakie koszty odwołujący będzie ponosił odrębnie za poszczególne frakcje papier i tekturę, metal i tworzywa sztuczne i szkło. Natomiast sam

odwołujący w zestawieniu nr 21 i 22 wyraźnie przedstawił, że łączne koszty dla tych frakcji nie zostaną pokryte w całości z zadeklarowanych cen jednostkowych w załączniku nr 5e. Nadto te wyjaśnienia dotyczą przede wszystkim kosztu odbioru odpadów. Odwołujący poza ogólnym stwierdzeniem, że koszty tych odpadów zbieranych selektywnie będą generować przychody na etapie wyjaśnień takiego twierdzenia nie poparł jakkolwiek kalkulacją ani dowodami, tym samym twierdzenie to było w dacie 17 maja 2018r. gołosłowne. Co więcej odwołującemu ten dowód nie udał się także na etapie postępowania odwoławczego, gdyż zamawiający żądał deklaracji co do podmiotów, którym przekazywane będą odpady, w tym zbierane selektywnie, a tylko odbioru tworzyw sztucznych dotyczy deklaracja Wolmaxu wskazanego w ofercie, podmiot ten nie zaoferował odkupu innych frakcji odpadów. Tym samym nie można uznać, że odwołujący wykazał, że możliwe jest uzupełnienie jego wyjaśnień w tym zakresie. Izba wzięła pod uwagę, że w niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe są istotnymi częściami składowymi ceny, gdyż zgodnie z par. 8 wzoru umowy zamawiający przyjął, że rozliczenie z wykonawcą będzie następować na podstawie ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych w danym miesiącu odpadów w ramach każdej frakcji. Tym samym zamawiający nie założył rozliczenia ryczałtowego, a raczej obmiarowe – mierzone ilością odpadów. W konsekwencji zaniżenie choćby jednej z cen jednostkowych może spowodować nierentowność całości zamówienia, w sytuacji, gdy rzeczywista ilość odebranych odpadów zaniżonej frakcji będzie istotnie wyższa, przy jednoczesnym istotnym zmniejszeniu się frakcji odpadów, na której odwołujący założył zysk – odpady zmieszane. W tej sytuacji nie można uznać, że odwołujący udowodnił zamawiającemu, że jego ceny jednostkowe spornych frakcji odpadów nie zawierają ceny rażąco niskiej, a ceny te mogą powodować, że cena za całość zamówienia jedynie oszacowana na potrzeby porównania i oceny ofert, może okazać się również rażąco niska w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy bowiem zwrócić uwagę odwołującego na fakt, że o jego rzeczywistej cenie i rzeczywistym zysku z realizacji zamówienia nie zadecyduje cena całości oferty, ale poszczególne ceny jednostkowe i ilości rzeczywiście odebranych odpadów. Co więcej odwołujący uważa, że ilości poszczególnych odpadów podane w załączniku nr 5e przez zamawiającego są nierzeczywiste i przedstawił w wyjaśnieniach własne założenia rozkładu tych ilości, jednak obecnie trudno jest jednoznacznie prognozować jakie będą te ilości, a odwołujący nie podjął próby wykazania, że ilości te będą kształtować się w sposób zaprezentowany w wyjaśnieniach. Ilości te pozostają jedynie twierdzeniami odwołującego, którym zamawiający przeczy w treści siwz. Może zatem dojść do sytuacji, w której z uwagi na zachęty proekologiczne w ramach kampanii prowadzonych przez jednostki samorządu terytorialnego w toku 3 lat trwania zamówienia ilość odpadów zmieszanych będzie ulegać istotnemu zmniejszeniu w stosunku do założonego przez odwołującego. Wówczas właśnie może dojść do sytuacji, gdzie ceny jednostkowe niepokrywające kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie

spowodują nierentowność całości zamówienia. Brak pokrycia kosztów tych frakcji odpadów wynika wprost z wyjaśnień odwołującego z dnia 17 maja 2018r. – załączniki 21 i 22 w konfrontacji z treścią załącznika nr 5e załączonego do oferty. Izba już wskazywała na to, że odwołujący jednocześnie nie wyjaśnił, ani zamawiającemu w toku wyjaśnień, ani Izbie jak skalkulował przychody ze sprzedaży spornych odpadów na etapie przygotowywania oferty. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający miał ustawowe prawo i obowiązek badać ceny jednostkowe oferty odwołującego i wzywać w tym zakresie do wyjaśnień nie kierując się wyłącznie podaną ceną całości oferty. Odwołujący natomiast w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał kosztów tak jak żądał tego zamawiający, to jest odrębnie dla każdej frakcji z rozbiem na odbiór i zagospodarowanie, nie wykazał także kosztów zagospodarowania, a kalkulację poszczególnych cen ofertowych oparł o założenie innych ilości odpadów w poszczególnych frakcjach niż wymagał tego zamawiający. Jedynie dodatkowo Izba zwróciła uwagę na to, że koszt odbioru odpadów biodegradowalnych wprost z wyjaśnień odwołującego wynika, że został skalkulowany w ofercie poniżej kosztów świadczenia z tego tytułu podwykonawstwa – zał. Nr 14, a w odwołaniu odwołujący nie wykazał, że ta frakcja odpadów może przynosić jakiegokolwiek przychody ze sprzedaży. Tym samym także z tego powodu dopuszczenie do ewentualnego uzupełnienia złożonych wyjaśnień nie zmieniałoby sytuacji odwołującego w postępowaniu. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie korespondują z treścią wezwania zamawiającego i nie wykazują żądanych przez zamawiającego kosztów, są poparte dowodami jedynie w zakresie odbioru odpadów, a nie kosztu ich zagospodarowania, a nadto kalkulacje przedstawione przez odwołującego świadczą o tym, że zysk jest generowany w przedmiotowym zamówieniu w oparciu o odpady zmieszane, a nie odpady zbierane selektywnie, na których odwołujący wykazał stratę. W konsekwencji należało uznać, że rację ma zamawiający stwierdzając, że złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie cen rażąco niskich na poszczególne frakcje odpadów zbieranych selektywnie, a ceny te mają wpływ na cenę za którą zostanie zrealizowane przedmiotowe zamówienie, a więc są istotnymi częściami składowymi ceny. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne uznanie, że odwołujący w swojej ofercie przyjął inne wartości podstawowe do ustalenia ceny jednostkowej oraz nie wyliczył wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy w złożonej kalkulacji odwołujący wykazał poszczególne koszty związane z realizacją zamówienia zaś w formularzu ofertowym oraz załączniku 5e przyjął do wyliczenia prognozowane przez zamawiającego ilości odpadów

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie kwestionował, że kalkulację oparł na założeniu

innych ilości odpadów poszczególnych frakcji niż przyjęte w siwz przez zamawiającego. W ocenie Izby każda cena składająca się na cenę oferty powinna być skalkulowana w oparciu o założenia przyjęte przez zamawiającego w siwz. Nie ma racji odwołujący mówiąc, że wypełnił prawidłowo formularz cenowy – załącznik 5e w ofercie. W ocenie Izby kalkulując ceny poszczególnych frakcji odpadów każdy przedsiębiorca działający na tym rynku musi ustalić wielkości strumieni poszczególnych odpadów. Bez tej wiedzy nie jest w stanie oszacować rentowności cen za poszczególne frakcje odpadów, jak również za całość oferty. W tej sprawie zamawiający nie wskazał, że podane przez niego ilości odpadów mają być zweryfikowane przez wiedzę każdego z wykonawców, a zatem nie dopuścił do sytuacji, w której każdy wykonawca kalkulowałby ceny w oparciu o ilości odpadów wynikających z doświadczeń poszczególnych wykonawców. Zamawiający nakazał kalkulację odnosić do podanych przez niego wielkości poszczególnych strumieni odpadów. Ma to istotne znaczenie dla porównywalności ofert, gdyby bowiem przyjąć, że wykonawcy mogą ustalać ceny jednostkowe w oparciu o inne założenia niż przyjęte w siwz, to trudno byłoby uznać, że oferty takie są porównywalne. Dlatego rację należy przyznać zamawiającemu, że przyjęcie dla kalkulacji cen jednostkowych innych ilości przez które ceny te będą przemnażane stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Oferta bowiem zostaje złożona w innych okolicznościach niż opisane w przedmiocie zamówienia. Konsekwencją obliczenia ceny jednostkowej z inną ilością odpadów jest także błąd w obliczeniu ceny, gdyż ceny jednostkowe zostały ustalone w oparciu o inne ilości odpadów niż te, do których je następnie faktycznie podstawiono w załączniku nr 5e. Zatem błąd w obliczeniu ceny nie powstał na etapie wypełnienia fizycznego formularza ofertowego, ale na etapie kalkulacji ceny za 1 Mg odpadu danej frakcji. Nie sanuje tego błędu prawidłowe wypełnienie formularza 5e, gdyż został on wypełniony cenami jednostkowymi obliczonymi niezgodnie z pkt. 3.4.5 i 12.2.2 siwz. Na uwzględnienie nie zasługuje natomiast twierdzenie zamawiającego, że odwołujący zmienił zakres podwykonawstwa w taki sposób, który skutkowałby niezgodnością treści oferty z treścią siwz. Jedyną zmianą w stosunku do deklaracji odwołującego w ofercie jest powierzenie podwykonawcy całości czynności związanych z odbiorem odpadów, a nie jedynie części tych czynności. Jednak zamawiający nie poczynił w treści siwz zastrzeżeń zakazujących przekazania czynności odbioru odpadów podwykonawcom, tym samym brak było wzorca do którego można byłoby porównać oświadczenia o wielkości czy zakresie podwykonawstwa. Zakres ten koresponduje z zakresem udostępnianego zasobu, a jego rozszerzenie na całość czynności odbiorowych z racji nie nadania tej czynności szczególnej rangi przez zamawiającego w siwz nie należy uznać za istotną zmianę treści oferty, która nie byłaby dopuszczalna w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy. Jednak nie potwierdzenie się tych twierdzeń zamawiającego, w sytuacji zasadności odrzucenia oferty odwołującego z innych przyczyn nie ma znaczenia dla wyniku postępowania, a zatem z mocy art. 190 ust. 2 ustawy w też zakresie odwołanie podlega oddaleniu. W

konsekwencji należało uznać, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez:

a) nieprawidłowe uznanie, że odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę a tym samym naruszył zasady uczciwej konkurencji, w sytuacji gdy w rzeczywistości cena Odwołującego nie jest rażąco niska,

b) jego błędną wykładnię prowadzą do wniosku, że przeznaczenie zysków z jednej pozycji wykazu cenowego na pokrycie kosztów realizacji części usługi z innej pozycji wykazu cenowego jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 17 maja 2018r. wykazał, że skalkulował ofertę w oparciu o założenie, że zyski z poszczególnych pozycji cen jednostkowych będą służyły pokryciu strat w innych pozycjach cen jednostkowych, co w ocenie Izby przy przyjętym obmiarowym sposobie rozliczenia ceny oferty powoduje, że wykonawca dla poszczególnych pozycji cen jednostkowych nie przyjął rzeczywistych kosztów ich świadczenia rażąco je zaniżając, co w ocenie Izby stanowi podstawę do stwierdzenia, że odwołujący mógł dążyć do wyeliminowania innych wykonawców z postępowania w części V. Izba zwraca uwagę na to, że w dacie składania oferty odwołujący nie miał żadnej pewności, że na część V zostanie złożona tylko jego oferta, tym samym można mu przypisać zamiar dążenia do wyeliminowania innych wykonawców, przez rażące zniżenie poszczególnych cen jednostkowych, które mogą powodować w toku realizacji kontraktu, że całość kontraktu okaże się nierentowna. Działanie odwołującego wpisuje się bowiem zarówno w treść art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, które stanowią:

„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.” manipulowanie i zniżanie cen jednostkowych jest sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi i narusza przede wszystkim interes klienta jakim jest zamawiający,

„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 – w niniejszej sprawie sprzedaż poszczególnych usług składających się na zamówienia w wyjaśnieniach została wskazana jako sprzedaż poniżej kosztów świadczenia, a jak już Izba wskazywała w dacie składania ofert odwołujący nie mógł zakładać, że nie będzie miał konkurencji, którą swoim działaniem mógłby wyeliminować z postępowania.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 uznk



nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie z przedstawionym rachunkiem.

**Przewodniczący: .....**