

**WYROK**  
**z dnia 6 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo  
Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez

**Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gmina Miejska Legionowo, w imieniu której działa Komunalny Zakład Budżetowy w Legionowie ul. Jagiellońska 13a, 05-120 Legionowo**

przy udziale **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

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

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

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 Warszawa – Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Legionowo, w imieniu której działa Komunalny Zakład Budżetowy w Legionowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Gminie Legionowo” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 marca 2011 r. w Dz.Urz.UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

15 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. zwane dalej także „MPO Warszawa”.

22 kwietnia 2011 r. Odwołujący – Remondis Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania wyjaśnień od wykonawcy w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi,
- 3) art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uzyskania od MPO Warszawa wyjaśnień w sprawie złożonej oferty,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,

- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 9) art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, mimo istnienia licznych przesłanek faktycznych zobowiązujących do podjęcia takich wyjaśnień,
- 10) art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzyskanie wyjaśnień i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny,
- 11) art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwanej dalej „Dyrektywa 2004/18/WE” poprzez nierówne traktowanie i dyskryminowanie części wykonawców oraz niedochowanie zasad uczciwej konkurencji,
- 12) art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE poprzez zaniechanie wezwania MPO Warszawa do złożenia wyjaśnień na temat sposobu kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie,
- 13) art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez: stworzenie nierównych warunków udziału przedsiębiorców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wybór oferty złożonej przez MPO Warszawa przewidującej całkowicie nierynkowe (niekonkurencyjne) warunki świadczenia usługi, co stanowi praktyki ograniczające konkurencję,
- 14) art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty złożonej przez MPO Warszawa, która przewidywała świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) uzyskania wyjaśnień od MPO Warszawa w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej lub czy jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,
- 4) wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) odrzucenia oferty złożonej przez MPO Warszawa i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania,
- 6) dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał wyboru oferty MPO Warszawa ze wskazaną ceną realizacji usługi w wysokości 8.282.112 zł. W przetargu, który odbył się w 2009 r. cena oferty MPO Warszawa była prawie trzykrotnie wyższa i wyniosła brutto 23.351.858,82 zł, ceny pozostałych firm to: ZUK Błysk Otwock 12.848.881 zł, AG Complex Sp. z o.o. 14.340.050,88 zł,

SITA Sp. z o.o. 19.003.200 zł, Remondis Sp. z o.o. 11.189.566,94 zł, przy czym zakres zamówienia na lata 2011 – 2013 jest znacznie większy od zamówienia z roku 2009.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości połączony m.in. z koniecznością podstawienia pojemników, w szacowanej ilości 12.000 – 15.000 Mg rocznie, przy czym większość odpadów, to faktycznie zmieszane odpady komunalne. Podstawowe koszty związane z realizacją usługi to koszt pracowników, paliwa, amortyzacji i koszt utylizacji odpadów na składowisku.

Koszt utylizacji odpadów komunalnych na składowisku i w spalarni wynosi od 234,85 zł do 251 zł netto, zatem na samo zagospodarowanie odpadów komunalnych wykonawca musi przeznaczyć min. 2.818.200 zł rocznie, tj. 5.636.400 zł przez okres dwóch lat, zatem pozostałe koszty realizacji usługi powinny wynieść maksymalnie 1.322.865 zł rocznie, tj. 110.238 zł miesięcznie, w której to kwocie musiałby zostać uwzględniony koszt co najmniej: paliwa do samochodów ciężarowych (spalających ok. 50 – 60 litrów paliwa na 100 km), zatrudnienia minimum 14 osób do obsługi 14 samochodów i nawet gdyby pracownicy dostawali jedynie wynagrodzenie minimalne (koszt dla pracodawcy to 1645,76 zł miesięcznie), to łączny koszt ich wynagrodzenia miesięcznego wyniósłby minimum 23.041 złotych, oprócz tego należy uwzględnić jednorazowy kosztów podstawienia pojemników i zakupu worków na poziomie ok. 600.000 zł (tj. ok. 25 000 miesięcznie), minimalny zysk wykonawcy. Powyższe nie uwzględnia innych faktycznie występujących kosztów, które przedsiębiorca, rzetelnie kalkulujący cenę realizacji usługi musi uwzględnić, np.: podatków (np. od środków transportu, nieruchomości, ewentualnie koszt opłaty za użytkowanie wieczyste), kosztów zatrudnienia pracowników administracyjnych, eksploatacji samochodów (opony, płyny, części zamienne, robocizna przy remontach), dowozu odpadów na składowisko lub do innych miejsc przetwarzania lub odzysku, umowy ubezpieczenia (np. obowiązkowego ubezpieczenia OC pojazdów), amortyzacji, mediów (energia elektryczna, woda), wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztów informowania mieszkańców o zasadach i terminach odbierania odpadów, sporządzania raportów wymaganych przez zamawiającego, kosztów związanych z wymianą uszkodzonych pojemników, wzrostu kosztów realizacji usługi przez okres dwóch lat (cena realizacji usługi dla Zamawiającego jest stała), rezerwy na poczet kosztów dodatkowych, nieprzewidzianych (min. 5%), rezerwy na ewentualne kary nałożone przez Zamawiającego.

Z doświadczeń Remondis Sp. z o.o., która obecnie realizuje przedmiotową usługę wynika, że miesięcznie pojazdy przejeżdżają minimum 10.000 km, co powoduje wydatki na paliwo min. 20.000 zł (przy założeniu stawki oleju napędowego 4 zł). Baza MPO Warszawa znajduje się w większej odległości od Legionowa, więc jego samochody musiałyby przebyć miesięcznie znacznie większą odległość niż 10.000 km.

Jak wskazuje sprawozdanie zarządu z działalności MPO Warszawa za 2009 r. spółka ta przewiduje dla pracowników wypłatę nagród jubileuszowych, nagrody rocznej, posiłków profilaktycznych pracownikom zatrudnionym w warunkach uciążliwych, a w 2009 r. koszty działalności operacyjnej

wzrosły o 13,2% w stosunku do 2008 r., a w 2010 r. zakłada utrzymanie poziomu cen z 2009 r. Zdaniem Odwołującego obecnie nie nastąpiły żadne okoliczności pozwalające na realizację usługi znacząco poniżej niezbędnych kosztów, które uwzględniają firmy konkurencyjne – sprawozdanie wskazuje również, iż MPO Warszawa nie było w stanie zrealizować usług po takich cenach, jak czyniła to konkurencja, co wskazuje, iż wykonawca ten nie poradzi sobie z realizacją zamówienia po zaoferowanej cenie, gdyż koszty własne realizacji usługi pomiędzy rokiem 2009 i 2011 musiałyby zmniejszyć się co najmniej czterokrotnie, gdy tymczasem podatki, opłata z tytułu składowania odpadów na składowisku, koszty paliw, energii elektrycznej, wody, koszty wynagrodzeń systematycznie wzrastają.

Bezsporne jest zatem, iż oferta MPO Warszawa zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności.

Zamawiający poinformował oferentów, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 10.056.000 zł, natomiast wartość zamówienia została oszacowana na 18.614.253 zł. Skoro zatem Zamawiający sam oceniał wartość zamówienia na kwotę przekraczającą 18.000.000 zł, bezspornym jest, iż oferta MPO Warszawa została zaniżona.

W tej sytuacji Zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości co do warunków zaproponowanych przez MPO Warszawa i na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE zwrócić się o wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie, tym bardziej, że nie wymagał załączenia do oferty jakiegokolwiek kalkulacji ceny. Okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że Zamawiający powinien chociażby powziąć wątpliwość, czy zaoferowana przez MPO Warszawa cena oferty nie jest ceną rażąco niską, gdyż:

- 1) jest o około 10.000.000 zł niższa od wartości zamówienia, tym samym wybrany wykonawca zobowiązał się wykonać usługę za kwotę, która stanowi ok. 45% tej wartości,
- 2) jest o ok. 35% niższa od kolejnej ceny zaproponowanej przez Odwołującego,
- 3) jest o ok. 70% niższa od ceny, którą ten sam wykonawca zaproponował 2 lata wcześniej za realizację zamówienia o znacznie mniejszym zakresie, podczas gdy zakres usług zwiększył się w porównaniu z przetargiem zorganizowanym w 2009 r.,
- 4) Remondis Sp. z o.o. w chwili obecnej świadczy analogiczne usługi na terenie Gminy Legionowo, a tym samym realizacja umowy przez kolejne lata będzie się wiązała z niższymi kosztami własnymi, jak koszty zakupu i podstawienia pojemników,
- 5) nastąpił znaczący wzrost cen paliw oraz innych opłat kosztotwórczych,
- 6) wykonawca musi uwzględniać stały wzrost płac, w tym chociażby następujący corocznie wzrost płacy minimalnej.

Wobec powyższego bezspornym jest, iż wybór oferty złożonej przez MPO Warszawa przewidującej całkowicie nierynkowe (niekonkurencyjne) warunki świadczenia usługi, stanowi naruszenie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Składanie propozycji realizacji zamówienia za kwotę, której nie jest

w stanie zaoferować rzetelnie kalkulującą cenę przedsiębiorca, prowadzi do wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku.

Zgodnie z ustawą o finansach publicznych wydatki jednostek sektora finansów publicznych powinny być dokonane w sposób celowy, oszczędny i z zachowaniem zasady uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów, a wybór oferty MPO Warszawa jest szkodliwy nie tylko dla Zamawiającego. Spółka ta może w przyszłości popaść w problemy finansowe, które uniemożliwią dalszą realizację udzielonego zamówienia, a gmina Warszawa będzie zmuszona dofinansować MPO Warszawa, co narusza dyscyplinę finansów publicznych przez przekazanie dotacji innej gminie z naruszeniem zasad lub trybu jej udzielania.

MPO Warszawa nie wykazała się też doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w części I § 5 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, aby wykonawca, wykazał się wiedzą i doświadczeniem polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat co najmniej 1 usługi odbioru odpadów komunalnych, wykonanej na rzecz właścicieli nieruchomości w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej minimum 12.000 Mg – MPO Warszawa nie wykazało się wykonaniem przedmiotowej usługi na rzecz właścicieli nieruchomości, lecz jedynie na rzecz Robotniczej Spółdzielni Mieszkaniowej „Praga”. Spółdzielnia mieszkaniowa może być właścicielem nieruchomości, lecz nie musi, bowiem na rzecz członka spółdzielni może zostać ustanowione prawo odrębnej własności lokalu, a w takim przypadku zadaniem spółdzielni jest jedynie zarządzanie nieruchomością na cudzy rachunek. Spółdzielnia jako podmiot posiadający osobowość prawną jest samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, więc umowa dotycząca realizacji usługi na rzecz spółdzielni nie może być utożsamiana z umową realizowaną na rzecz właścicieli nieruchomości, tylko dlatego, że są oni członkami tej spółdzielni. Bezsprzeczne jest, iż usługa odbioru odpadów od mieszkańców całej gminy, zlecana na podstawie art. 6a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ma inny charakter, zakres i specyfikę, niż usługa przedstawiona w referencjach MPO Warszawa.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Jego zdaniem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną, a cenę tę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Zamawiający uznał, że żadna ze złożonych ofert nie zawiera ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym nie uruchomił procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ust. 1. Jego ocena w tym zakresie wynikała zarówno z porównania wartości zamówienia (wartość szacunkowa bez zamówień uzupełniających – a taka powinna służyć porównaniu – to 12.409.502 zł) z cenami ofertowymi, w tym z ofertą MPO Warszawa, jak i z odniesienia tej ostatniej kwoty do ceny, za jaką usługę świadczy obecnie Remondis Sp. z o.o.

W żadnym razie przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku badania ceny każdej oferty, która zawiera cenę najniższą ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Jeżeli zatem Zamawiający nie stwierdził wystąpienia okoliczności wskazujących na zaniżenie ceny w stosunku do kosztów, to nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową, wobec tego wynagrodzenie wykonawcy będzie miało również charakter ryczałtowy. Jeżeli strony umawiają się na wynagrodzenie ryczałtowe, to sposób, w jaki cena została skalkulowana, pozostaje bez znaczenia dla oceny zgodności oferty ze specyfikacją.

To na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia, że dany wykonawca nie wykona usługi za cenę, która zgłosił, a Odwołujący nie dowiódł, aby oferta MPO Warszawa zawierała cenę nierealistyczną, niewiarygodną, skalkulowaną poniżej kosztów własnych czy spekulacyjną, która tym samym odpowiadałaby kryterium ceny rażąco niskiej, a jego własne analizy kosztów realizacji usługi, które załączył do odwołania, przeczą zarzutowi, że cena jest rażąco niska. Odwołujący wyliczył bowiem, że łączne miesięczne koszty plus 1-procentowy zysk wykonawcy stanowią kwotę 299.270,68 zł, a miesięczna stawka wynagrodzenia MPO Warszawa wynikająca ze złożonej oferty cenowej wynosi 345.088 zł. Tym samym bezpodstawny jest zarzut Odwołującego, że wykonanie umowy odbioru odpadów komunalnych przy cenie zaproponowanej przez MPO Warszawa jest nierealne.

Dołączony do odwołania bilans zysków i strat oraz sprawozdanie finansowe MPO Warszawa za 2009 r., w ocenie Zamawiającego nie stanowiące dowodu na poparcie żadnego z zarzutów Remondis Sp. z o.o., pokazują ponadto, że spółka znajdowała się w dobrej kondycji finansowej, dysponuje dużym kapitałem i majątkiem oraz zanotowała zysk, co potwierdza jej zdolność do wywiązania się ze zobowiązań wzajemnych wobec zamawiających.

Poza tym MPO Warszawa jest spółką komunalną należącą w 100 % do m.st. Warszawy co powoduje, że odnoszą się do niej przepisy ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, a ich celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, a ich świadczenie nie jest działalnością nastawioną na osiąganie zysków czy ich maksymalizację, a w każdym razie nie jest to podstawowy cel takiej działalności. Zdaniem Zamawiającego okoliczność ta, powiązana z potencjałem ekonomicznym i organizacyjnym spółek komunalnych, również nie pozostaje bez wpływu na zdolność do realizacji usług na konkurencyjnym poziomie cenowym.

Cena rażąco niska to nie to samo, co cena dumpingowa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym zarzuty naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy uznać za chybione. W kontekście art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji sprzedaż poniżej kosztów świadczenia



usługi następuje, gdy nastąpiła poniżej kosztów własnych poniesionych przez wykonawcę, nawet jednak sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest jeszcze wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców, czego Odwołujący nie wykazał. Ponadto nadrzędnym celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest m.in. zapewnienie prawidłowości zawierania umów odpłatnych, nie zaś zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie wykonawców na rynku z zamiarem uzyskania zamówienia, takiego działania nie można potraktować jako czynu nieuczciwej konkurencji. Także nie da się uczynić zarzutu Zamawiającemu, że wybiera ofertę najtańszą w przypadku, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a nie daje ona podstaw do uznania jej za rażąco niską. Ryzyko gospodarcze pozostawić należy po stronie wykonawcy, który dokonuje kalkulacji ceny oferty w oparciu o pewne założenia oraz który za wskazaną cenę ofertową będzie zmuszony zrealizować przedmiot zamówienia.

W ocenie Zamawiającego chybione są także zarzuty niewykazania przez MPO Warszawa spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 1 usługę odbioru odpadów komunalnych wykonaną na rzecz właścicieli nieruchomości w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie 12.000 Mg, a okoliczność ta miała być potwierdzona wykazem wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (w tym wielkość odebranych odpadów komunalnych w Mg) oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. MPO Warszawa złożyła wymagany wykaz w stopniu szczegółowości żądanym przez Zamawiającego dołączając referencje Robotniczej Spółdzielni Mieszkaniowej „Praga” w Warszawie, na której rzecz realizuje usługę wywozu odpadów komunalnych. Dywagacje Odwołującego dotyczące statusu prawnego spółdzielni jako podmiotu właścicielskiego są nietrafne i oderwane od rzeczywistości prawnej i faktycznej. Spółdzielnia posiada określony majątek, który należy do niej jako do osoby prawnej i który należy odróżnić od majątku jej członków. Nawet w przypadku wyodrębnienia własności lokali w budynku stanowiącym własność spółdzielni, nie traci ona swych uprawnień właścicielskich do budynku i gruntu, na którym został on wzniesiony oraz innych, nie wyodrębnionych lokali w celu przeniesienia ich własności, tyle, że uprawnienie to dzieli z innymi osobami (współwłasność).

Z art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wynika, że przez właścicieli nieruchomości rozumie się także współwłaścicieli, użytkowników wieczystych oraz jednostki organizacyjne i osoby posiadające nieruchomości w zarządzie lub użytkowaniu, a także inne podmioty władające nieruchomością, do przepisów tych odsyła także Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego też pojęcie właściciela nieruchomości w przedmiotowym przetargu na

odbiór odpadów komunalnych należy rozumieć w tym szerszym znaczeniu, wynikającym z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło MPO Warszawa wnosząc o oddalenie odwołania i stwierdzając, iż Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 18.614.253 zł w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę 6.204.751 zł, więc faktyczna wartość zamówienia opiewa na kwotę 12.409.502 zł, gdyż zamówienia uzupełniające, choć powiązane funkcjonalnie oraz proceduralnie z zamówieniem podstawowym, są zupełnie nowym i samodzielnym zamówieniem. W sytuacji, gdy jako punkt odniesienia przyjęta będzie kwota 12.409.502 zł cena zaproponowana przez MPO Warszawa nie może być uznana za rażąco niską, gdyż stanowi prawie 70% kwoty zamówienia podstawowego. Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, iż zamierza przeznaczyć na zamówienie kwotę 10.056.000 zł, a więc cena oferty MPO Warszawa stanowi ponad 82% tej kwoty. Wobec powyższego wystąpienie przez Zamawiającego do MPO Warszawa celem wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny nie stanowiło naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych i nie było konieczne. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert.

Zarzut niewykazania się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego jest chybiony. Konstrukcja umowy z Robotniczą Spółdzielnią Mieszkaniową „Praga” przewiduje, że to spółdzielnia samodzielnie i we własnym imieniu zobowiązuje się wobec MPO Warszawa i dokonuje na jego rzecz określonego przysporzenia, MPO zaś zobowiązane jest do spełnienia świadczenia wzajemnego w postaci określonych w umowie usług. Uznanie za trafne twierdzeń Odwołującego doprowadziłoby w konsekwencji do zaburzenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem celem formułowania przez zamawiających warunku w zakresie wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem jest gwarancja należytego wykonania przez wykonawcę przyszłej umowy, nie zaś wykazanie się identycznym zakresem wykonywanych prac w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ofercie uwzględniono wszystkie czynniki cenotwórcze, w tym koszt transportu odpadów. Przystępujący posiada w bliskiej odległości od miejsca świadczenia własną instalację do zagospodarowania odpadów na której większość z odebranych odpadów może poddać odzyskowi (20 03 01, 20 03 07, 20 02 01, 20 01 01). Pozostała część odpadów zostanie przekazana do recyklerów, za które w większości przystępujący otrzyma zapłatę (20 01 02, 20 01 39, 20 01 35, 20 01 36, 20 01 23, 20 01 40). W związku z tym koszty transportu nie będą znaczne, co pozwoliło na zaoferowanie niższej ceny za wykonywane usługi.

Taki proces świadczenia usług jest również wymagany na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy o odpadach, zgodnie z którym posiadacz odpadów jest obowiązany w pierwszej kolejności do

poddania ich odzyskowi. W związku z powyższym w kalkulacji ceny usługi uwzględniono koszt przyjęcia tony odpadów do odzysku w Zakładzie Utylizacji Odpadów Komunalnych przy ul. Kampinoskiej. Proces ten umożliwia odzysk odpadu w procencie, na który zezwala charakterystyka odpadu, przy jednoczesnym zmniejszeniu kosztów transportu, a przede wszystkim pozwala na znaczne zmniejszenie kosztów wynikających z obowiązku odprowadzania opłat za korzystanie ze środowiska, tzw. opłaty marszałkowskiej. Zatem od każdego odebranego od Zamawiającego 1 Mg odpadów o kodzie 20 03 01, 20 03 07, 20 02 01 MPO Warszawa nie odprowadza opłaty w wysokości 107,85 zł, lecz opłatę w wysokości 21,75 od 1 Mg balastu, który powstaje w procesie poddania odpadu odzyskowi, czyli od każdego odebranego od Zamawiającego 1 Mg odpadu i przekazania do odzysku, odprowadzi nie 107,87 zł, lecz poniżej 16,00 zł opłaty marszałkowskiej. Zatem zastosowana przez Przystępującego metoda świadczenia usług jest odmienna od aktualnie stosowanej przez Odwołującego, zgodnie z którą jednym z czterech głównych kosztów związanych z realizacją usługi jest koszt utylizacji odpadów na składowisku w wysokości 234,85 czy 251 zł.

Odwołujący porównując przeprowadzone zamówienia przez tego samego Zamawiającego na lata 2009-2011 z niniejszym postępowaniem wskazuje na znaczne zwiększenie zakresu przedmiotowego obecnego postępowania, co nie jest poprawne. Faktycznie przedmiot postępowania został zwiększony o odbiór odpadów segregowanych z zabudowy wielorodzinnej, z ok. 43 kompletów 3-pojemnikowych. Tymczasem największy procent odbieranych odpadów to niesegregowane odpady komunalne, zatem nastąpiło tylko nieznaczne zwiększenie przedmiotu zamówienia i to o odpad, który w znacznej części przekazany będzie do recyklera za odpłatnością, nie zaś przekazany całościowo do utylizacji na składowisku. Odwołujący założył, że cały wskazany w ofercie sprzęt, jakiego wymaga Zamawiający, zostanie jednocześnie zaangażowany i w oparciu o to założenie przeprowadził kalkulację kosztów oferty. Natomiast z wielu lat świadczenia usług przez Przystępującego wynika, że nie występuje sytuacja, w której w tym samym czasie wymagane byłoby zaangażowanie całego sprzętu. Podobnie niewiarygodne są oszacowane przez Odwołującego koszty transportu odpadów. MPO Warszawa posiada bazę zlokalizowaną w Warszawie przy ul. Kopijników, a więc w odległości niewiele ponad 10 km od miejsca realizacji zamówienia, ponadto większość odpadów zostanie ostatecznie zagospodarowana w instalacji Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ZUOK przy ul. Kampinoskiej, oddalonej od miejsca świadczenia usługi niewiele ponad 20 km, co pozwoli na znaczne ograniczenie kosztów transportu w porównaniu do kosztów oferty Odwołującego przekazującego odpady na składowisko oddalone o ok. 30 km od Legionowa. Poza tym sam Odwołujący świadczy usługi za niższe ceny od ceny zaoferowanej przez MPO Warszawa w niniejszym postępowaniu, np. w Gminie Pszczyna czy spółdzielnie mieszkaniowe na terenie Warszawy.

Rażąco niska cena jest ceną nierealistyczną, poniżej rzeczywistych kosztów wykonania, co w ocenie Przystępującego nie ma miejsca w odniesieniu do zaoferowanej przez niego ceny. Zaoferowana usługa jest usługą rentowną dla Przystępującego ze względu na przyjęte metody jej wykonania oraz uwarunkowania zewnętrzne. Cena Przystępującego za odbiór 1 Mg odpadów od mieszkańców Legionowa to ok. 270 zł/Mg. MPO Warszawa nie składałoby oferty, która mogłaby pogorszyć jej sytuację finansową lub doprowadzić do utraty płynności finansowej, gdyż byłoby to sprzeczne z jego podstawowym interesem gospodarczym. Cena oferty została skalkulowana w oparciu o zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, posiadane ponad 80-letnie doświadczenie na rynku usług komunalnych oraz prawie roczne obserwacje usługi świadczonej przez Odwołującego dla mieszkańców Legionowa. Roczna ilość odpadów odbieranych od mieszkańców Gminy Legionowo stanowi zaledwie 6% wzrostu wolumenu odpadów odbieranych przez MPO Warszawa i nie jest to wartość, która powodowałaby chęć do uzyskania przez MPO krótkotrwałych korzyści.

Sprawozdanie Zarządu Spółki z 2009 r. nie ma znaczenia dla świadczenia usługi przez MPO Warszawa. W 2010 r. nastąpiła zmiana zarządu spółki, co spowodowało zmianę jakości zarządzania dostosowując ją do realiów panujących na rynku usług komunalnych oraz najnowszych trendów w światowym zagospodarowywaniu odpadów, nastąpiła także rezygnacja z dodatkowych świadczeń dla pracowników – nagród jubileuszowych itp.

Przystępujący przedstawił także własną kalkulację kosztów świadczenia przedmiotowej usługi.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na to, że z pism Stron i Przystępującego wynika, iż znane są im występujące w orzecznictwie i piśmiennictwie poglądy i definicje dotyczące ceny rażąco niskiej, Izba nie będzie ich powtarzała. Argumentację Stron podsumuje jedynie stwierdzeniem, że wysokość szacunkowej wartości zamówienia (bez wartości zamówień uzupełniających), środków, które zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, czy ceny innych ofert są pewnymi wskazówkami pozwalającymi na wstępną ocenę, czy zachodzą przesłanki do przypuszczeń, że cena oferty może być ceną rażąco niską. Jednak dla ostatecznego

stwierdzenia lub zaprzeczenia temu faktowi znaczenie ma kalkulacja ceny badanej oferty – wynika to wyraźnie z opisu procedury wyjaśnień zawartej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy tym nie ma znaczenia, czy cena jest ceną ryczałtową, czy kosztorysową lub fakt, że przy innych kontraktach przedsiębiorca odnotowuje znaczące zyski, gdyż istotna jest cena danej oferty w stosunku do danego przedmiotu zamówienia. Na marginesie należy też zauważyć, że nawet jeśli głównym celem działania spółki komunalnej nie jest osiągnięcie zysku, nie oznacza to, że powinna ona działać ze stratą w stosunku do innej gminy niż ta, która ją utworzyła.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego oraz przedstawionymi przez nich danymi Izba stwierdziła, że sporządzona przez Odwołującego kalkulacja własna, jak również obliczenie kosztów wykonane w przedstawionej przez niego ekspertyzie, są przekonujące przy założeniu poprawności przyjętych przez niego danych wyjściowych, wśród których głównym założeniem kosztotwórczym było, że Przystępujący będzie wywoził niesegregowane odpady komunalne na składowisko, w związku z czym będzie ponosił tzw. opłatę marszałkowską w wysokości 107,87 zł za tonę. Przystępujący jednak wskazał, że odpady te zamierza poddać odzyskowi, co spowoduje, że nie będzie musiał odprowadzać ww. opłaty w tej wysokości, lecz mniejszą o ok. 85%, na dowód czego przedstawił stosowne decyzje administracyjne zezwalające na odzysk odpadów. Odwołujący, oprócz stwierdzenia, że nie daje wiary owym zapewnieniom Przystępującego, nie był w stanie wskazać na poparcie swojego stanowiska żadnych dowodów ani konkretnych argumentów. Tym samym powyższy zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu, że Zamawiający zaniechał żądania od Przystępującego wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że rozpatrywanie tego zarzutu obecnie jest bezprzedmiotowe, gdyż nie ma wpływu na wynik postępowania, a przy tym odpowiednik owej procedury miał miejsce podczas rozprawy – wykonawca, u którego kwestionowany był poziom ceny oferty, miał sposobność wykazać, że cena jego oferty nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej. Tym samym, w szczególności wobec stwierdzenia powyższego przez Izbę, nie ma potrzeby nakazywania Zamawiającemu wzywania wykonawcy do ponownego udzielania tych wyjaśnień.

Nie potwierdził się również zarzut niewykazania przez MPO Warszawa wymaganego doświadczenia w realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych wykonanej na rzecz właścicieli nieruchomości w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie 12.000 Mg ze względu na to, że usługa świadczona w wyniku zawarcia umowy z Robotniczą Spółdzielnią Mieszkaniową „Praga” nie spełnia ww. wymogu, ponieważ owa spółdzielnia może nie być

właścicielem nieruchomości, gdyż na rzecz członków spółdzielni mogło zostać ustanowione prawo odrębnej własności lokalu, a spółdzielnia może jedynie zarządzać nieruchomością na cudzy rachunek.

Przed wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący swój zarzut oparł jedynie na powyżej przytoczonym hipotetycznym stwierdzeniu, nie potwierdzając w żaden sposób, że taka sytuacja rzeczywiście ma miejsce. Poza tym z powszechnie dostępnych informacji zawartych na stronie internetowej RSM „Praga” wynika, że spółdzielnia ta istnieje ponad 40 lat i posiada wiele budynków wybudowanych od lat 60-tych do lat obecnych, tym samym trudno zakładać, że struktura właścicielska tych budynków jest inna niż w innych tego typu spółdzielniach mieszkaniowych, czyli oprócz lokali o odrębnej własności istnieje wiele mieszkań tzw. lokatorskich czy własnościowych, a więc spółdzielnia prawdopodobnie pozostaje właścicielem lub współwłaścicielem większości budynków. Poza tym badając takie okoliczności należałoby także stwierdzić, w jaki sposób struktura ta rozkłada się pomiędzy poszczególne należące do spółdzielni budynki i jaki jest ilościowy podział odpadów obieranych z budynków i mieszkań w zależności od rodzaju prawa do lokalu przysługującego zamieszkującym je osobom.

Z brzmienia warunku wynika także, że podmiotem, który zawarł umowę dotyczącą wykonania usługi odbioru odpadów, nie musi być właściciel nieruchomości, lecz sama usługa ma być wykonywana „na rzecz” właścicieli nieruchomości.

Poza tym Izba podziela argumentację Zamawiającego, że w niniejszym przypadku należy raczej zastosować definicję „właściciela nieruchomości” zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która obejmuje także współwłaścicieli, użytkowników wieczystych, jednostki organizacyjne i osoby posiadające nieruchomości w zarządzie lub użytkowaniu i inne podmioty władające nieruchomością, a więc znacznie szerszą niż pojęcie własności w rozumieniu prawa cywilnego. Tym bardziej, że sprawdzenie, czy dane odpady wytwarza właściciel nieruchomości (w rozumieniu prawa cywilnego), czy też np. najemca albo osoba, której właściciel pozwala z lokalu korzystać nieodpłatnie, byłoby niewykonalne. Zresztą sama Gmina Legionowo również zawiera i w 2009 r. zawarła umowę dotyczącą w dużej mierze odbierania odpadów z nieruchomości nie będących własnością komunalną.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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).

**Przewodniczący:** .....