

Sygn. akt: KIO 1539/13

WYROK

z dnia 15 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM-D” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską Złotoryja w Złotoryi Pl. Orłąt Lwowskich 1**

przy udziale **wykonawcy Rejonowego Przedsiębiorstwa Komunalnego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Złotoryi, Al. Miła 2** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1539/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM-D” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM-D” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjnego i Handlowego „COM-D” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25** na rzecz **Gminy Miejskiej Złotoryja w Złotoryi Pl. Orłąt Lwowskich 1** kwotę 4 463 zł. 54 gr (słownie : cztery tysiące

czterysta sześćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. dojazdu i zastępstwa prawnego.

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 **w Legnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych w granicach administracyjnych miasta Złotoryja zostało wszczęte przez Gminę Miejska Złotoryja w Złotoryi, Pl. Orłąt Lwowskich 1 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2013r. za numerem 2013/S 087-148344.

W dniu 14 czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotoryi, Al. Miła 2. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM-D” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25 – zwanego dalej odwołującym.

W dniu 24 czerwca 2013r. drogą elektroniczną odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i na zaniechanie odrzucenia tego wykonawcy wniósł odwołujący. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego w dacie wniesienia odwołania certyfikatu pochodzącego od pełnomocnika odwołującego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 czerwca 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana bezpośrednio w dniu 24 czerwca 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu :

- naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), przez zaniechanie przez zamawiającego zwrócenia się do Rejonowego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o., z siedziba w Złotoryi Al. Miła 2, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty tego wykonawcy, w celu ustalenia, czy oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy porównanie wysokość oferty tego wykonawcy, w stosunku do innych ofert, a także w stosunku do szacunku zamawiającego wskazuje, iż oferta ta spełnia przesłanki określone przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, to jest oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., z siedzibą w Złotoryi, Al.

Miła 2, pomimo że oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; co doprowadziło do:

- naruszenia przepisu art. 7 ust 1 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty, która rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie decyzji zamawiającego z dnia 14 czerwca 2013 roku o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. i nakazanie zamawiającemu zwrócenia się do Rejonowego Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., z siedzibą w Złotoryi, Al. Miła 2 , o udzielanie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, w celu ustalenia, czy oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- odrzucenie oferty złożonej przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., z siedzibą w Złotoryi, Al. Miła 2 na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- dokonanie ponownej oceny ofert

- przeprowadzenie dowodu z akt postępowania przetargowego prowadzonego przez zamawiającego, pod nazwą: Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych w granicach administracyjnych Miasta Złotoryja (nr referencyjny: WOG.271.1.2013).

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania. Przejawia się on w tym, że zgodnie z kryteriami przyjętymi przez zamawiającego oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zamawiający będzie zobowiązany w toku kolejnych czynności nakazanych przez Izbę do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. W aktualnym stanie postępowania, w wyniku czynności zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów prawa, może ponieść szkodę rozumianą jako niezyskanie przedmiotowego zamówienia do realizacji.

W dniu 14 czerwca 2013 roku odwołujący został zawiadomiony o wyborze przez zamawiającego oferty Rejonowego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o., z siedzibą w Złotoryi, Al. Miła 2 jako oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z informacji przekazanej przez zamawiającego, cena oferowana przez wybranego przez zamawiającego wykonawcę wynosi: 342.307,08,00zł.

Cena oferty odwołującego, która pozostaje drugą w kolejności ofertą wynosi 971.922,38zł.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), jedynym kryterium uznania oferty za najkorzystniejszą pozostaje cena.

W ocenie odwołującego zamawiający przy ocenie ofert dopuścił się do naruszenia wskazanych na wstępie odwołania przepisów prawa.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, odrzuceniu podlega oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego istnieją uzasadnione wątpliwości, iż cena oferowana przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., wyczerpuje przesłanki określone przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 .

Regulacja art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Jednak norma ta nie pozostaje pusta, a zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku oceny złożonych mu ofert z punktu widzenia tego, czy ich cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek taki wynika zarówno wprost z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy , jak i z art. 7 ust. 1 ustawy .

Opierając się na wykładni językowej pojęcia rażąco niskiej ceny, należy przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę.

Powyższe rozumowanie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 roku - sygn. akt V Ca 1020/02, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.07.2011r., KIO 1492/11.

W ocenie odwołującego istnieją uzasadnione wątpliwości, iż cena oferowana przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. (342.307,08zł), zawiera rażąco niską cenę. Podkreślić należy, iż szacunek wartości zamówienia wykazuje, iż koszt wykonania zamówienia publicznego wynosi: 1.473.825,00 zł.

Powyższe oznacza, iż wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego przewyższa cenę oferowaną przez wykonawcę Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., o 330%. Tak duża różnica cen wskazuje, w sytuacji gdy zamawiający najlepiej zna swoje potrzeby, zakres zamówienia publicznego i potencjalne koszty jego wykonania, iż realizacja zamówienia przez wybranego wykonawcę za oferowaną przez niego cenę jest nierealna. Jako podstawowe kryterium badania rażąco niskiej ceny uznawane jest porównanie ceny danej oferty z ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku od towarów i usług. Innym istotnym kryterium wskazywane jest zestawienie ceny badanej oferty z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.08.2011r., KIO 1707/11).

Również porównanie wysokości ceny oferty wybranej jako najkorzystniejszej, z cenami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, wskazuje na dużą rozbieżność cenową.

Zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej dokonując oceny; czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska należy w pierwszej kolejności odnieść się do dokonanej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia. Zasadnym jest także ustalenie, czy zaoferowana cena nie odbiega od cen innych ofert. Należy bowiem założyć, iż zarówno zamawiający, jak i inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu dokonują

stosownych oszacowań mając na względzie uwarunkowania opisane powyżej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.II.20Hr., KIO 2369/11)

W ocenie odwołującego, przy takiej rozbieżności wysokości cen (w porównaniu do wartości wynikającej z szacunku zamawiającego oraz do ofert pozostałych wykonawców), zamawiający pozostawał zobowiązany do podjęcia działań wyjaśniających określonych przepisem art. 90 ust. 1 ustawy w szczególności poprzez zwrócenie się do Rejonowego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o., o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, w celu ustalenia, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaniechał podjęcia takich czynności, co stanowi naruszenie przepisów ustawy mające bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Obowiązek wyjaśnienia przez zamawiającego realności ceny podyktowany jest koniecznością dbałości przez zamawiającego o należyte wykonanie zamówienia publicznego. Nadto, kwestia wysokości ceny, to jest ceny, która nie spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest podstawowym elementem i przykładem czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie, oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 ustawy. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej artykuł 90 ust 1-3 ustawy został wprowadzony nie tylko w celu ochrony zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.08.2011r., KIO 1793/11).

Jak wynika z podniesionych powyżej zarzutów i przytoczonej argumentacji, zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Oferta ta zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona. Brak działań ze strony zamawiającego w zakresie przewidzianym przepisami prawa nie pozwala na obalenie tego domniemania. Zaistniała, zatem zdaniem odwołującego, sytuacja faktycznego wyboru oferty, która nie pozostaje najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy.

W dniu 26 czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 czerwca 2013r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Złotorzy, Al. Miła 2. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana, a ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana bezpośrednio zamawiającemu i odwołującemu w dniu 27 czerwca 2013r.

W dniu 12 lipca 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie uznając stanowisko odwołującego za całkowicie błędne i nieudowodnione oraz oparte na nieprawdziwym stanie faktycznym. Wskazał, że zarzuty odwołani budzą zdziwienie zamawiającego, gdyż przedstawiciele odwołującego zapoznawali się z dokumentacją postępowania, a mimo to podnoszą zarzut niewezwania przystępującego do wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że wezwał w dniu 13 czerwca 2013r. przystępującego do wyjaśnień, który te wyjaśnienia złożył w dniu 14 czerwca 2013r. Wyjaśnienia były wystarczające i poparte dowodami. Zamawiający zapoznał się w cenami osiągniętymi w przetargu w części gmin sąsiednich, choć porównywanie cen było utrudnione, gdyż zakresy przedmiotowe były różne. Jednak w zbliżonym postępowaniu w Legnicy zakres przedmiotu zamówienia był podobny, ta sama powierzchnia gminy, podobna odległość do RIPOK i w tamtym postępowaniu wygrał wykonawca z ceną 39,96zł. Cena ta była przedmiotem analizy przed KIO w sprawie sygn. akt KIO 1282/13 i Izba oddaliła odwołanie nie znajdując podstaw do uznania ceny za rażąco niską. Wskazał, że powołane przez przystępującego okoliczności dają mu przewagę konkurencyjną. Przede wszystkim jest nią lokalizacja spółki na terenie miasta Złotorzyja w przeciwieństwie do odwołującego, który ma bazę zlokalizowaną w odległości ponad 20 km od Złotorzy. Ponadto przewaga ta to także znajomość terenu i usytuowania większości pojemników. Te okoliczności przekonały zamawiającego. Zamawiający podniósł, że w stanie faktycznym i prawnym niniejszego zamówienia nie zaistniały przesłanki określone w art. 90 ust. 3 ustawy. Wskazał, że porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej zamawiającego brutto jest błędne, bo zamawiający od 1 lipca 2013r. dopiero będzie realizował gospodarkę odpadami, a szacując zamówienie uwzględnił obiektywnie najwyższe możliwe ceny w danych realiach rynkowych. Wskazał, że dla zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji nie mają znaczenia oceny oferowane przez konkurentów czy przeciętne ceny na rynku, a odwołujący nie wykazał, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną skalkulowaną poniżej kosztów świadczenia.

Odpowiedź została podpisana przez Burmistrza.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do przystępującego z dnia 13 czerwca 2013r., wyjaśnień przystępującego z dnia 14 czerwca 2013r.

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 473 825 zł.

Z oferty przystępującego wynika, że zaoferował ryczałtową cenę jednostkową za odbiór i transport odpadów 1 Mg odpadów netto 46,20 co przy uwzględnieniu szacowanej ilości odpadów i podatku od towarów i usług dało łączną wartość oferty w kwocie 342 037,08 zł. brutto.

W dniu 13 czerwca 2013r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

W dniu 14 czerwca 2013r. przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że skalkulował cenę za całość przedmiotu zamówienia i uwzględniła ona wszystkie elementy cenotwórcze. Została skalkulowana w oparciu o wieloletnie doświadczenie i kwalifikacje związane z wykonywaniem usług odbioru odpadów z terenu miasta Złotoryja biorąc pod uwagę przede wszystkim:

- a) usytuowanie, pojemność oraz poziom zapełniania pojemników,
- b) znajomość ukształtowania terenu, pozwalająca określić średnia ilość kilometrów dla jednego odbioru odpadów,
- c) czas potrzebny na realizację zadania, pozwalający na określenie faktycznego wykorzystania pojazdów oraz udział pracowników zajmujących się odbiorem odpadów,
- d) zatrudnienie pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe niż rynkowe,
- e) posiadanie własnego sprzętu do realizacji przedmiotu zamówienia, co powoduje niższy koszt i brak kosztów związanych z wynajmem sprzętu,
- f) posiadanie własnego zaplecza technicznego i bazy magazynowo transportowej zlokalizowanej na terenie własnym przystępującego w granicach miasta Złotoryja.

Do wyjaśnień załączono jako tajemnicę przedsiębiorstwa kalkulację dotyczącą zadania, gdzie podano wyliczenia dotyczące kosztów sprzętu, osób, kosztów pośrednicy, podatków i zysku. Załączono także harmonogramy, w których wskazano ilości ton wywożonych odpadów, ilości kilometrów, czas pracy sprzętu w układzie tygodniowym i ilość osób przeznaczonych do realizacji zadania, oraz ich czasochłonność w układzie tygodniowym.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż dąży do wyeliminowania oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji do zapewnienia sobie uzyskania zamówienia. Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), przez zaniechanie przez zamawiającego zwrócenia się do Rejonowego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o., z siedziba w Złotoryi Al. Miła 2, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty tego wykonawcy, w celu ustalenia, czy oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy porównanie wysokości oferty tego wykonawcy, w stosunku do innych ofert, a także w stosunku do szacunku zamawiającego wskazuje, iż oferta ta spełnia przesłanki określone przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, to jest oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut został cofnięty na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., z siedzibą w Złotoryi, Al. Miła 2, pomimo że oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w toku postępowania wykazał, że cena oferty przystępującego jest znacząco niższa od ceny zaoferowanej przez odwołującego, jak i szacunków wykonanych przez zamawiającego, jednak nie wykazał, że cena przystępującego jest ceną nierealną, która nie pozwala na wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Sam fakt, że cena przystępującego odbiega od innych cen zaoferowanych, w tym postępowaniu czy od szacunku zamawiającego nie jest w ocenie Izby rozstrzygający dla uznania, że dana oferta została skalkulowana z ceną rażąco niską czy też nie. Niewątpliwie rozbieżności w cenach w danych postępowaniu stanowią podstawę do wszczęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Temu obowiązkowi zadośćuczynił zamawiający wzywając przystępującego do złożenia wyjaśnień, co do

elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przystępujący takie wyjaśnienia złożył wskazując na jego zdaniem obiektywne czynniki pozwalające mu obniżyć cenę swojej oferty. Wymienił wśród nich wieloletnie doświadczenie i kwalifikacje związane z wykonywaniem usług odbioru odpadów z terenu miasta Złotoryja biorąc pod uwagę przede wszystkim:

- a) usytuowanie, pojemność oraz poziom zapełniania pojemników,
- b) znajomość ukształtowania terenu, pozwalająca określić średnią ilość kilometrów dla jednego odbioru odpadów,
- c) czas potrzebny na realizację zadania, pozwalający na określenie faktycznego wykorzystania pojazdów oraz udział pracowników zajmujących się odbiorem odpadów,
- d) zatrudnienie pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe niż rynkowe,
- e) posiadanie własnego sprzętu do realizacji przedmiotu zamówienia, co powoduje niższy koszt i brak kosztów związanych z wynajmem sprzętu,
- f) posiadanie własnego zaplecza technicznego i bazy magazynowo transportowej zlokalizowanej na terenie własnym przystępującego w granicach miasta Złotoryja.

Dodatkowo przystępujący przedstawił własną kalkulację oferty wykazując założony zysk. Odwołujący miał zatem podnoszenia argumentów dwójakiego rodzaju albo obalających prawidłowość oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień, albo wykazujących, że cena jest tak niska, że jest ceną nierealną uniemożliwiającą wykonanie całego przedmiotu świadczenia.

Odwołujący jednak takich argumentów nie podnosił. W zasadzie jedynie poza przedstawieniem swojej subiektywnej oceny sposobu obliczania kosztów dla tego postępowania i wyrażenia przekonania, że cena przystępującego jest ceną rażąco niską, nie polemizował z oceną wyjaśnień przystępującego dokonaną przez zamawiającego. Wskazał jedynie, że jego zdaniem koszty związane z dojazdem z Jawora do Złotoryi i z Legnicy do Jawora, jakie sam musi ponosić (w odróżnieniu od przystępującego mającego bazę w Złotoryi), nie są znaczące. Ale nie wykazał, jakie są te koszty w okresie 18 miesięcy, czy dotyczą tylko kosztów paliwa, czy też wiążą się z innymi kosztami np. pracowniczymi, czy pracy sprzętu. Izba nie mając danych dotyczących rodzaju pojazdów używanych przez przystępującego i odwołującego, zużycia przez nich paliwa, czy sposobu organizacji pracy u przystępującego i odwołującego twierdzenia tego nie mogła zweryfikować, ani wywieść korzystnych skutków dla odwołującego. Odwołujący bagatelizował także znaczenie dla kalkulacji ceny znajomości terenu, rozmieszczenia pojemników oraz częstotliwości ich zapełniania, ale nie wykazał w jaki sposób kalkulował to zagadnienie we własnej ofercie, ani nie wskazywał na istnienie jakiś standardów kalkulacyjnych w tym zakresie, które można byłoby odnieść do oferty przystępującego i ocenić sporządzoną przez niego kalkulację

cenową. W toku rozprawy przystępujący natomiast twierdził, czemu nie przeczył odwołujący, że w cenie oferty nie kalkulował kosztów zakupu pojemników, bo już je na tym terenie posiada, a sam odwołujący szacował te koszty na około 70 tysięcy złotych. Odwołujący wreszcie twierdził, że w żadnym z postępowań, w których brał udział, a które dotyczyły odbioru odpadów, nie było tak dużych, jak w niniejszym postępowaniu, rozbieżności pomiędzy zaoferowanymi cenami, jak i wartością szacunkową zamówienia. Okoliczność ta jednak również nie została poparta ani wyciągami ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia obejmującymi sposób i warunki wykonywania usługi ani informacjami o wynikach postępowań, czy informacjami z otwarcia ofert. Bez tych danych również to twierdzenie odwołującego nie poddawało się weryfikacji, a zamawiający mu przeczył podając, że podobne rozbieżności cenowe wystąpiły w przetargu dla Miasta Legnica. Z kolei danych dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej w Mieście Legnica i wartości składanych tam ofert i wartości szacunkowej zamówienia podanych przez zamawiającego na rozprawie odwołujący nie podważał. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy strony mają obowiązek dowodzenia swoich twierdzeń, a ponieważ to odwołujący chciał osiągnąć skutek prawny w postaci wyeliminowania przystępującego z postępowania, to na nim ciążył obowiązek udowodnienia, że zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy ustawy. Odwołujący temu obowiązkowi nie podołał. Mając na uwadze powyższe Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego, że uznał, iż znaczny wpływ na cenę oferty ma lokalizacja bazy sprzętowo-magazynowej i w przypadku przystępującego jest to obiektywna okoliczność pozwalająca mu na osiągnięcie przewagi konkurencyjnej. Izba dała także wiarę wyjaśnieniom przystępującego, że nie będzie on ponosił kosztów zakupu pojemników. Izba uznała także za prawidłową ocenę zamawiającego, że wpływ na kalkulację ceny oferty przystępującego miały rozeznanie terenu, znajomość usytuowania pojemników, czy częstotliwość ich zapełnienia. Izba pominęła natomiast informację o sposobie kalkulacji oferty z pominięciem kosztu powrotu z RIPOK do Złotoryi, gdyż okoliczność ta nie była podnoszona w wyjaśnieniach przystępującego. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego, że wskazują one na obiektywne przynależne indywidualnie przystępującego okoliczności, które mają wpływ na wysokość kalkulowanej przez niego ceny. Tym samym Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty, która rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 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 a i b i § 5 ust. 2 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) obciążając odwołującego kosztami uiszczonego wpisu oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty zastępstwa prawnego oraz koszty dojazdu na podstawie przedłożonego spisu kosztów.

Przewodniczący.....