

**WYROK**

**z dnia 16 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2013 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „KOMART” sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy Mikołów* (nr postępowania PN-13/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Mikołów**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „KOMART” sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „KOMART” sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „KOMART” sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego: Gminy Mikołów** kwotę **495 zł zł 00 gr** (słownie: czterysta dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Mikołów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy Mikołów* (nr postępowania PN-13/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S\_069-114940 z 9 kwietnia 2013 r., z tym, że 4 kwietnia 2013 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.bip.mikolow.eu](http://www.bip.mikolow.eu)), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”)

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 11.004.441,67 zł, co stanowi równowartość 2.737.696,00 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 3.000.000,00 zł, co stanowi równowartość 764.343,00 euro.

21 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwu Produkcyjno-Handlowo-Usługowemu „KOMART” sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej {zwanego również dalej w skrócie „PUK Górny Śląsk”}.

1 lipca 2013 r. Odwołujący wniósł za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PUK Górny Śląsk, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
2. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania wykonawcy PUK Górny Śląsk do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

3. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy – oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez PUK Górny Śląsk, ewentualnie wezwania PUK Górny Śląsk do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub gdy złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami będą potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – odrzucenia oferty PUK Górny Śląsk.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. {rażąco niska cena oferty złożonej przez PUK Górny Śląsk}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie uznania ceny zaoferowanej przez PUK Górny Śląsk za cenę rażąco niską, pomimo zaistnienia znacznej różnicy pomiędzy ceną tej oferty a wartością szacunkową zamówienia, która to cena nie jest realistyczna i rynkowa, a co za tym idzie nie jest możliwe wykonanie za nią przedmiotu zamówienia. Odwołujący zacytował następujące stanowisko orzecznictwa: *Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.* {wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 sierpnia

2011 r., sygn. akt KIO 1562/11}.

Odwołujący podał, że z godnie z przekazanym przez Zamawiającego zbiorczym zestawieniem ofert do upływu terminu składania ofert złożono następujące oferty:

- PUK Górny Śląsk: 6.103.119, 12 zł, przy cenie jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (tony) odpadów komunalnych na poziomie 235,76 zł;
- Odwołujący: 6.953.248,20 zł, przy cenie jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (tony) odpadów komunalnych na poziomie 268,60 zł ;
- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ekośrodowisko sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu oraz SUMA - Servicos Urbanos e Meia Ambiente S.A. z siedzibą w Lizbonie: 7.507.230,00 zł, przy cenie jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (tony) odpadów komunalnych na poziomie 290,00 zł.

Z kolei szacunkowa wartość zamówienia bez VAT podana przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu została określona jako zakres pomiędzy 7 i 12 mln zł. Według Odwołującego – biorąc pod uwagę, że zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 pzp zamawiający zobowiązany jest do ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością – należy stwierdzić, że podana przez Zamawiającego wartość zamówienia jest realna oraz adekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia.

Zdaniem Odwołującego ponieważ cena oferty złożonej przez PUK Górny Śląsk jest niższa od ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, a także od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, jest to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia oraz {wskazująca} na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi. Według Odwołującego za zaoferowaną przez PUK Górny Śląsk cenę nie jest bowiem możliwe zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 15 SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny: Wykonawca powinien podać cenę jednostkową brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (tony) odpadów komunalnych i wyliczyć wartość umowną zamówienia przy założeniu, że ilość odpadów komunalnych w okresie trwania umowy wyniesie 25 887 Mg. Wyliczone wartości należy wpisać do formularza oferty stanowiącego Załącznik Nr 1 do siwz. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Analogiczna, szacunkowa ilość odpadów komunalnych, którą Zamawiający przewiduje do odebrania od właścicieli nieruchomości, w okresie realizacji usługi, została przez Zamawiającego podana w załączniku A do SIWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia. Stosownie do pkt 6 załącznika A do SIWZ: Szacunkowa ilość odpadów komunalnych, którą Zamawiający przewiduje do odebrania od właścicieli nieruchomości wynosi w okresie realizacji usługi 25.887 Mg, w tym 19.500 Mg*

zmieszanych odpadów komunalnych. W przypadku gdy ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych przekroczy ilości szacunkowe, Zamawiający może udzielić wykonawcy zamówienia uzupełniającego. Szacunkowe ilości poszczególnych frakcji odpadów przeznaczonych do odebrania i zagospodarowania w okresie trwania umowy zawiera załącznik nr D. Zamawiający zobowiązany jest odbierać całą masę odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Odwołujący wyliczył, że tym samym odpady niesegregowane stanowią 75% podanej przez Zamawiającego szacunkowej ilości odpadów, a odpady segregowane (w tym zielone) 25%.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający zastrzegł, iż podane przez niego ilości są ilościami szacunkowymi i mogą ulec zmianie. Zgodnie bowiem z § 1 pkt 4 wzoru umowy *Ilości odpadów, o których mowa powyżej mają charakter szacunkowy i nie upoważniają Wykonawcy do występowania z jakimikolwiek roszczeniami, o ile rzeczywista ilość odebranych odpadów będzie niższa lub wyższa od szacowanej.*

Przy tym według Odwołującego należy mieć na względzie prognozy ilościowo-jakościowe odpadów wynikające z *Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014*, w którym na str. 62 wskazano, co następuje. *Odpady komunalne. Prognozując zmiany ilości i jakości odpadów komunalnych przyjęto następujące założenia:*

- zmiany składu morfologicznego wytwarzanych odpadów komunalnych przyjęto wg KPGO 2014,
- wzrost jednostkowego wskaźnika wytwarzania odpadów przyjęto wg KPGO 2014,
- nastąpi wzrost selektywnego zbierania odpadów komunalnych z obecnych 7% (w stosunku do ilości odpadów komunalnych wytworzonych) do 11% w 2013r. i 33% w 2022.

Szacunkowa ilość poszczególnych frakcji odpadów komunalnych została przez Zamawiającego określona w załączniku D do SIWZ {rodzaj odpadu, szacunkowa masa wytworzonych na czas trwania umowy w Mg}: 1) zmieszane odpady komunalne 19.500,00; 2) papier (w tym tektura) 450,00; 3) szkło 1.500,00; 4) metale 37,50; 5) tworzywa sztuczne 240,00; 6) opakowania wielomateriałowe 225,00; 7) odpady ulegające biodegradacji (zielone) 2.250,00; 8) przeterminowane leki 1 chemikalia 0,75; 9) zużyte baterie i akumulatory 2,25; 10) zużyte sprzęt elektryczny i elektroniczny 22,50; 11) meble i inne odpady wielkogabarytowe 750,00; 12) odpady budowlano-remontowe i rozbiórkowe 900,00; 13) zużyte opony 9,00; razem 25.887,00

Odwołujący wyliczył, że udział procentowy niesegregowanych odpadów w podanej przez Zamawiającego szacunkowej liczbie odpadów wynosi 75 %, zaś udział odpadów zielonych 9 %, co daje łącznie 84 % odpadów. Ponieważ zgodnie z art. 91 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach, odpady w pierwszej kolejności powinny być przekazywane do RIPOK, wykonawca

zamówienia będzie zatem zobowiązany przekazywać 84 % odebranych odpadów do Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych. Odwołujący wskazał, że cena za zagospodarowanie odpadów komunalnych i odpadów zielonych przez RIPOK, którą będzie zmuszony ponieść PUK Górny Śląsk wynosi 210 zł netto za Mg. Uwzględniając, że szacowana przez Zamawiającego ilość odpadów niesegregowanych wynosi 21.745,08 Mg (84% wszystkich odpadów) – koszt zagospodarowania wszystkich odebranych przez wykonawcę w trakcie trwania umowy odpadów niesegregowanych wynosi 4.566.466,80 zł netto ( $21.745,08 \text{ zł} \times 210 \text{ zł netto/Mg} = 4.566.466,80 \text{ zł netto}$ ), czyli 4.931.783,28 zł brutto ( $4.566.466,80 \text{ zł netto} \times 8\% \text{ VAT} = 4.931.783,28 \text{ zł brutto}$ ).

Tym samym, po odjęciu od zaoferowanej przez PUK Górny Śląsk ceny ofertowej, kosztów związanych z zagospodarowaniem niesegregowanych odpadów komunalnych pozostaje kwota 1.171.335,84 zł brutto ( $6.103.119,12 \text{ zł brutto} - 4.931.783,28 \text{ brutto} = 1.171.335,84 \text{ zł brutto}$ ). Za tę kwotę przez cały okres realizacji zamówienia (18 miesięcy) wykonawca będzie zobowiązany do dokonywania czynności związanych z: odbieraniem odpadów niesegregowanych od właścicieli nieruchomości, odbieraniem odpadów segregowanych od właścicieli nieruchomości oraz zagospodarowaniem odpadów segregowanych.

Według Odwołującego koszty związane z realizacją zamówienia, które musi ponieść wykonawca wynoszą co najmniej 1.199.645, 00 zł netto, wyliczone w poniższy sposób.

A. Koszt zakupu worków do selektywnej zbiórki – ok. 103.340 zł netto,

B. Koszt eksploatacji 7 pojazdów, przy założeniu wykorzystywania ich w 30 % do realizacji usługi – co najmniej 485.835 zł netto, w tym:

– koszty zakupu i amortyzacji pojazdów –  $131.250 \text{ zł netto/szt./18 mc} \times 7 \text{ szt} \times 30\% = 275.625 \text{ zł netto}$ ;

– koszt ropy –  $4,30 \text{ zł netto/litr} + \text{transport} = 4,40 \text{ zł netto}$ , co daje koszty ropy na poziomie 210.210 zł netto

C. Koszty pracownicze – 610.470 zł netto, wyliczone wg następujących założeń. Do bezpośredniej obsługi tych pojazdów potrzeba ok. 18 osób, uwzględniając urlopy oraz zwolnienia lekarskie 22 osoby. Przy założeniu, że 30 procent ich czasu pracy będzie wykorzystywane do wykonania usługi odbioru odpadów z Gminy Mikołów to do bezpośredniego wykonania usługi potrzeba:  $22 \text{ osoby} \times 30\% = 6,6 \text{ etatu}$  do bezpośredniego wykonania usługi. Zakładając, że wynagrodzenia tzw. ładowaczy są niskie, natomiast wynagrodzenia kierowców są około średniej krajowej do kalkulacji przyjęto, że:

– wykonawca potrzebuje 8 kierowców (z tego 30 % to 2,4 etatu), przy czym kierowca zarabia przeciętne wynagrodzenie, które wynosi 3740,05 zł;

– wykonawca potrzebuje 14 ładowaczy (z tego 30 % to 4,2 etatu), przy czym ładowacz

będzie zarabiał minimalne wynagrodzenie za pracę, które wynosi 1600 zł {*dane przyjęte do kalkulacji w rzeczywistości płaca znacznie wyższa*}

{dane: <http://www.zus.pl/default.asp?p=1&id»24>}

Tym samym koszty bezpośrednie wykonania usługi pracy bez narzutów ZUS-u itp. wynoszą: kierowcy – 2,4 etatu x 3740,05 zł \* 8976,12 zł, ładowacze – 4,2 etatu x 1600 zł \* 6720 zł, razem: 15 696,12 zł netto/m-c = 282.530,16 zł netto za 18 miesięcy. Po podwyższeniu o narzuty pracodawcy 21,07%, razem 342.059,07 zł netto za 18 miesięcy. Nadto pracownicy bezpośrednio wykonujący usługę korzystają z urlopów wypoczynkowych i zwolnień lekarskich w związku z czym wymagana kwotę należy podnieść o 20% – razem 410.470,88 zł netto przez 18 miesięcy.

Oprócz pracowników wykonujących usługę do należytego wykonania usługi są niezbędni: dyspozytorzy, kadrowe, księgowość, mechanicy, zarząd, obsługa prawna, itp. Średnie wynagrodzenie tych pracowników znacznie przewyższa średnią krajową – do kalkulacji przyjęto kwotę 200.000 zł.

Odwołujący zastrzegł, że powyższe koszty zawierają tylko część kosztów niezbędnych do wykonania usługi, gdyż nie zawierają np. kosztów utrzymania bazy magazynowo-transportowej, ochrony, konserwacji, systemu informatycznego, zysku oraz innych kosztów wynikających z umowy.

Odwołujący podsumował, że w świetle powyższych okoliczności bezsporne jest, że cena zaoferowana przez PUK Górny Śląsk jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, a tym samym oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

II. {czyn nieuczciwej konkurencji}

Jednocześnie według Odwołującego przedstawione przez niego uwagi dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie PUK Górny Śląsk świadczą o tym, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm), zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaoferowanie przez PUK Górny Śląsk rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Według Odwołującego jego stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony



Konkurencji i Konsumentów z 4 lutego 2003 r. pn. *Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240), w której m. in. napisano: *Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.*

Odwołujący wskazał, że złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Ponadto w odwołaniu przywołano następujące fragmenty uzasadnień orzeczeń:

- wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z 13 lipca 2007 r. (sygn. akt II Ca 431/07): *Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej.*
- wyrok Zespołu Arbitrów z 15 grudnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-3740/05): *Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Odwołujący podsumował, że złożenie oferty przez PUK Górny Śląsk, w której zaferowano ceny dumpingowe, stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji.

III. {niewezwanie PUK Górny Śląsk do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp}

Zdaniem Odwołującego odbieganie ceny oferty PUK Górny Śląsk zarówno od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia, jak od cen ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, stanowi wystarczającą podstawę do uznania przez Zamawiającego zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 90 ust. 1 pzp i wezwania PUK Górny Śląsk do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tymczasem Zamawiający zaniechał dokonania powyższej czynności. Ponadto według Odwołującego zaniedbanie przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które powinny budzić jego wątpliwość co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 pzp, czyli przepisów zobowiązujących Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

Odwołujący przedstawił przebieg tej procedury wynikający z art. 90 ust. 1-3 pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 ustawy, tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wreszcie w świetle art. 90 ust. 3 zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z dyspozycją art. 90 Zamawiający musi zrealizować trzy obowiązki: pierwszy – wezwania do złożenia wyjaśnień, drugi – oceny złożonych wyjaśnień, trzeci – odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywołał następujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1511/08): *Przyznać natęży rację odwołującemu co do tego jedynie, że w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co możliwości wykonania zamówienia za wskazaną przez wykonawcę cenę, to wówczas badanie tej ceny, na etapie żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy*

*Pzp, winno odbywać się na poziomie elementów oferty, tj. jak w przedmiotowym postępowaniu na poziomie cen jednostkowych.*

- *wyrok z 5 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO 1443/09): Przedstawione wyżej ceny ofert wskazanych wykonawców oraz wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT uzasadniają czynność wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odnosząc się do żądań zamawiającego zawartych w wezwaniu z 31 sierpnia 2009 r. wskazać należy, że obowiązkiem zamawiającego, niezależnie od charakteru przewidywanego wynagrodzenia, jest ustalenie, czy oferowana przez wykonawcę cena 7 została skalkulowana prawidłowo, w tym, czy odnosi się ona do wykonania całego przedmiotu zamówienia oraz pozbawiona jest cech ceny rażąco niskiej. Odwołujący się nie wniósł protestu wobec dokonanego wezwania, a zastosował się do zawartego w nim żądania. Obecnie kwestionowanie dopuszczalności żądania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, stanowi zarzut skierowany przeciwko treści wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zarzut ten mógł być skutecznie podniesiony w terminie 7 dni od otrzymania przez odwołującego się wezwania. Zgłaszanie go w proteście wobec czynności odrzucenia oferty jest dokonane z uchybieniem ustawowego terminu i uznać je należy za spóźnione.*

Według Odwołującego z powyższego wynika, że Zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 pzp, czy oferta złożona przez PUK Górny Śląsk zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. *Wykonanie zamówienia w cenie wskazanej w ofercie PUK Górny Śląsk nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tego wykonawcę.* Odwołujący podsumował, że Zamawiający przez zaniechanie wezwania PUK Górny Śląsk do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zatem art. 90 ust. 1 pzp, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

16 lipca 2013 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie (datowaną na 15 lipca 2013 r.), w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów.

W opinii Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie zachodziły okoliczności, które uzasadniały po jego stronie obowiązek wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust. 1 pzp, w celu ustalenia, czy którakolwiek ze złożonych ofert zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zestawiał ceny złożonych w postępowaniu ofert:

- Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. = 6.103.119,12 zł (cena jednostkowa za 1 Mg odpadów komunalnych = 235,76 zł, cena na jednego mieszkańca na miesiąc = 8,74 zł);
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „KOMART” sp. z o.o. i Remondis sp. z o.o. = 6.953.248,20 zł (cena jednostkowa za 1 Mg odpadów komunalnych = 268,60 zł, cena na jednego mieszkańca / miesiąc = 9,95 zł);
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekośrodowisko sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu i SUMA – Servicos Urbanos e Meio Ambiente S.A. = 7.507.230,00 zł (cena jednostkowa za 1 Mg odpadów komunalnych = 290,00 zł, cena na jednego mieszkańca / miesiąc = 10,74 zł)

Zamawiający potwierdził, że ceny wszystkich trzech złożonych w postępowaniu ofert jest niższa niż szacowana wartość przedmiotu zamówienia, ustalona przez niego na kwotę: 7.407.407,00 zł, co po uwzględnieniu podatku VAT daje (zgodnie z zapisami pkt 18 SIWZ) maksymalną nominalną wartości zobowiązania na kwotę 8.000.000,00 zł, tj. kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (w przeliczeniu na cenę jednostkową za 1 Mg (tona) odpadów komunalnych = 309,00 zł, cena na jednego mieszkańca / miesiąc = 11,45 zł).

Zamawiający zaznaczył jednak, że w związku z brakiem dotychczasowych bezpośrednich doświadczeń w realizacji zadań związanych z odbieraniem i zagospodarowywaniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy – co wynika z faktu wejścia w życie w przedmiotowym zakresie 1 lipca 2013 r. nowelizacji przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. 2012 r. poz. 391 z późn. zm.) – dokonując oszacowania wartości przedmiotu zamówienia przyjął bardzo bezpieczne założenia dotyczące wysokości kosztów dla usług stanowiących przedmiot zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego, zarówno na etapie składania ofert, jak i w trakcie oceny złożonych ofert, na bieżąco monitorował ceny rynkowe, tj. ceny ofert przetargowych w sąsiednich gminach o podobnej charakterystyce (liczbie mieszkańców, zabudowie terenu, ukształtowanie terenu itp.), które należą do tego samego (trzeciego) regionu gospodarki odpadami dla woj. Śląskiego, i będą zobowiązane do przekazywania odpadów komunalnych do tej samej i jedynej Instalacji Regionalnej prowadzonej przez „Komart” sp. z o.o.. Jak wynika z przeprowadzonej przez Zamawiającego analizy obecnie zawieranych umów, odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu, ceny świadczonych usług kształtują się następująco:

Zamawiający	Cena najk. oferty	Wykonawca	Cena na 1 osobę	Cena za 1 tonę
-------------	-------------------	-----------	-----------------	----------------

Mikołów	6 103 119,12	PUK Górny Śląsk	8,74	235,76
Orzesze	2 157 840,00	ALBA	4,61	189,28
Sośnicowice	982 704,74	KOMART Sp. z o.o.	6,53	*
Gierałtowice	1 961 239,39	Remondis	7,40	*
Suszec	1 207 410,24	ALBA	4,72	*
Pawłowice s. 1	186 504,00	Transgór	3,24	123,35
Pawłowice s. 2	372 960,00	Transgór	3,25	125,62
Pawłowice s. 3	132 516,00	Transgór	3,08	118,28
Łaziska Górne	3 699 746,15	ASA	7,17	*
Racibórz	5 835 564,00	PUK sp. z o.o.	8,64	*
Rybnik s. 1	6 536 043,59	EKO M. Golik & Transgór	5,83	165,90
Rybnik s. 2	6 339 455,83	EKO M. Golik & Transgór	6,25	177,90
Rybnik s. 3	6 196 608,72	EKO M. Golik & Transgór	6,18	175,90
Rybnik s. 4	5 806 482,02	EKO M. Golik & Transgór	5,76	163,90
Wodzisław	5 906 549,16	EKO M. Golik & Transgór	4,04	120,99
Skoczów	*	PUK Sp. z o.o.	5,05	*
Goleszów	987 552,00	EKOM		137,16
Ustroń	646 488,00	Sanil Trans	6,67	146,17

\* ze względu na różny sposób kalkulacji cen ofertowych oraz różny sposób rozliczania zawieranych umów w tych przypadkach nie można precyzyjnie ustalić tych danych

W oparciu o powyższe zestawienie Zamawiający stwierdził, że ceny ofert złożonych w prowadzonym przez niego postępowaniu, w tym cena oferty najkorzystniejszej, nie tylko nie odbiegają od rzeczywistych cen rynkowych za takie same usługi świadczone w identycznych warunkach gospodarczych, ale wręcz należy je uznać za jedne z najwyższych.

Ponadto Zamawiający dokonał analizy wartości zawieranych umów na podstawie cen ofert złożonych przez Odwołującego w innych postępowaniach o analogicznym przedmiocie zamówienia:

Zamawiający	Wykonawca	Cena na 1 osobę	Cena za 1 tonę
Orzesze	Komart	4,32	177,21
	Remondis	6,11	250,78
Sośnicowice	Komart	6,53	*
	Remondis	4,46	*
Gierałtowice	Remondis	7,39	*
Rybnik	Remondis	8,35	237,59
Wodzisław	Remondis	7,23	216,70

\* ze względu na różny sposób kalkulacji cen ofertowych oraz różny sposób rozliczania zawieranych umów w tych przypadkach nie można precyzyjnie ustalić tych danych

Zamawiający przyznał, że podstawowym odniesieniem w przypadku oceny, czy została złożona oferta zawierająca rażąco niską cenę jest szacowana wartość zamówienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający w każdym przypadku, gdy wartość oferty jest niższa

niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, jest zobowiązany automatycznie do żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny występuje tylko w stosunku do ofert, co do których zachodzi podejrzenie występowania rażącego zaniżenia ceny oferty {tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z: 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 664/10) i 10 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 684/09)}. Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że innym równie ważnym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień {por. wyr. Sądu Okręgowego w Warszawie z 8 czerwca 2006 r., sygn. akt V Ca 459/06}. Tak więc za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych {wyr. Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Radomiu z 14 lutego 2006 r., sygn. akt IV Ca 28/06, niepubl.; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/08; wyrok Zespołu Arbitrów z 29 października 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1273/07; wyrok Zespołu Arbitrów z 25 października 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1251/07}. Jest to cena znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi – cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że najniższa z tych cen jest rażąco niska, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10, niepubl.}.

Zamawiający oświadczył, że w wyniku dokonania ponownej analizy swoich obliczeń, w celu ustalenia, czy szacowanie wartości zamówienia zostało dokonane z należytą starannością i odpowiada rzeczywistym cenom rynkowym za wykonywanie podobnych usług, doszedł do wniosku, że oszacowanie zamówienia zostało dokonane w sposób nazbyt bezpieczny. Zdaniem Zamawiającego obecna sytuacja rynkowa pokazuje, że ceny oferty najkorzystniejszej złożonej w niniejszym postępowaniu nie sposób obiektywnie uznać za cenę dumpingową, co stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji.

Reasumując w opinii Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie tylko nie doszło do złożenia przez PUK Górny oferty z rażąco niską ceną, co stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji, ale również w postępowaniu nie zaistniały obiektywne przesłanki, które statuowałyby po stronie Zamawiającego obowiązek wszczęcia postępowania wyjaśniającego, określonego w art. 90 ust. 1 pzp, w celu ustalenia, czy którakolwiek oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia. Według Zamawiającego formułowanie przez Odwołującego tez dotyczących wystąpienia rażąco niskiej ceny, tak bardzo sprzecznych zarówno z bieżącymi cenami rynkowymi, jak i rzeczywistym poziomem cen oferowanych przez Odwołującego w analogicznych postępowaniach przetargowych, stanowi podstawę do postawienia tezy, że odwołanie wnoszone jest jedynie w celu wydłużenia procedury udzielenia zamówienia publicznego. Przy czym takie bezpodstawne i nieuzasadnione działanie Odwołującego naraża Zamawiającego na poniesienie dodatkowych kosztów i kar związanych z przekroczeniem ustawowego terminu 1 lipca 2013 r. dla stosowania obowiązków wynikających z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

2 lipca 2013 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

5 lipca 2013 r. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, szerzej prezentując swoje stanowisko w złożonym na rozprawie piśmie

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie złożonym na rozprawie, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie złożonym na rozprawie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja

do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwoławczy legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie objęte zarzutami czynności zaniechane względem Przystępującego narażają Odwoławczego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na to, że to z nim zostanie zawarta odpłatna umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego oraz protokołu postępowania, w szczególności w zakresie zestawienia cen złożonych w postępowaniu.

Izba wzięła również pod uwagę złożone na rozprawie przez Zamawiającego dokumenty w takim zakresie, w jakim zostały przedstawione wraz z odpisami dla Odwoławczego i Przystępującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało sformułowane w ten sposób, że znakomita większość argumentacji skupia się na uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia wybranej oferty z powodu rażąco niskiej ceny, czyli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. Jednakże w okolicznościach rozstrzyganej sprawy zarzut ten należy uznać za przedwczesny, skoro w przedmiotowym postępowaniu zamówieniowym PUK Górny Śląsk, zanim jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie był wzywany w trybie art. 90 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecnictwa niedopuszczalne jest bowiem odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy wykazania, że tak nie jest. Uregulowania ustawy pzp należy interpretować przez pryzmat art. 55 dyrektywy 2004/18, z którego wprost wynika, że jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Bezprzedmiotowe, gdyż co najmniej przedwczesne, są zatem wywody odwołania



poświęcone wykazaniu, że ofertę złożoną przez PUK Górny Śląsk należy odrzucić, gdyż zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący przedstawił w tym zakresie na rozprawie alternatywną wersję odwołania w postaci pisma z 15 lipca 2013 r. zatytułowanego *Analiza kosztów wykonania zamówienia publicznego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy Mikołów*. Izba nie uwzględniła podniesionych w tym piśmie okoliczności również z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp, z którego wynika, że kognicja Izby ogranicza się wyłącznie do zarzutów zawartych w odwołaniu. Z kolei za taki zarzut należy uznać nie tyle samo wskazanie przepisu ustawy pzp, ale sprecyzowanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających ocenę, że działanie lub zaniechanie zamawiającego jest niezgodne z tym przepisem. Tymczasem Odwołujący usiłował zastąpić przedstawione w odwołaniu wyliczenia niezbędnych jego zdaniem kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia zupełnie nową ich wersją. Nowe wyliczenia są znacznie bardziej rozbudowane i obejmują kilka wariantów, jednak nie sposób stwierdzić w jaki sposób nawiązują do wyliczeń zawartych w odwołaniu, czy też stanowią ich kontynuację. Nowa treść zarzutu potwierdza natomiast, że w wyliczeniach zawartych w odwołaniu Odwołujący pominął przychody, jakie wykonawca może osiągnąć z tytułu sprzedaży surowców odzyskanych z odpadów zbieranych selektywnie. W ten sposób wiarygodność wyliczeń zawartych w odwołaniu została na rozprawie podważona przez samego Odwołującego.

Również za przedwczesny, a ponadto za niedostatecznie sprecyzowany Izba uznała zarzut, że złożenie oferty przez PUK Górny Śląsk stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm). Samo przeświadczenie Odwołującego, że cena zaoferowana przez Przystępującego oznacza sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia jest dalece niewystarczające. Odwołujący zaniechał w ogóle wykazywania zaistnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w przywołanym przez siebie przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby nie stanowi właściwego skonkretyzowania zarzutu poprzestanie na obszernych cytatach z urzędowych interpretacji czy uzasadnień wyroków, te ostatnie zostały zresztą przywołane w kontekście oczywistej konstatacji, że art. 89 ust. 2 pkt 3 pzp wyszczególnia jako odrębną przesłankę odrzucenia złożenie oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Natomiast zawarty w odwołaniu zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania PUK Górny Śląsk do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp sprowadza się do konstatacji, że cena oferty Przystępującego odbiega zarówno od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia, jak i również od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Wbrew ocenie Odwołującego nie stanowi to wystarczającej podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 pzp. Przeczy temu zacytowany w odwołaniu fragment uzasadnienia wyroku Izby z 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1511/08), z którego pośrednio wynika, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 powinno nastąpić, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do możliwości wykonania zamówienia za wskazaną przez wykonawcę cenę oferty. Natomiast Izba w okolicznościach tamtej sprawy uznała, że: po pierwsze – wartość szacunkowa zamówienia, choć prawidłowo ustalona, nie jest właściwym punktem odniesienia, po drugie – poziom rozbieżności zaoferowanych cen i ich rozkład nie uzasadnia żądania w trybie art. 90 ust. 1 pzp wyjaśnień od wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną. Izba stwierdziła, że również w tej sprawie okoliczności sprawy uzasadniają ocenę, że cena oferty Przystępującego nie odbiega znacząco od cen dwóch pozostałych ofert. Odwołujący poprzestał na podaniu ceny wszystkich trzech złożonych ofert, natomiast nie był zainteresowany przedstawieniem jaki poziom rozbieżności pomiędzy nimi z tego wynika. Tymczasem cena oferty PUK Górny Śląsk {6.103.119,12 zł} stanowi 88% ceny oferty Odwołującego {6.953.248,20 zł} i 81% ceny trzeciej oferty złożonej w postępowaniu {7.507.230,00 zł}, a tym samym stanowi 84% uśrednionej ceny dwóch pozostałych ofert {7.230.239,10 zł}. Jednocześnie wszystkie trzy złożone oferty są niższe niż wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT {7.999.999,56 zł \* 1,08 = 7.407.407,00 zł}. Przy czym cena oferty PUK Górny Śląsk stanowi 76% tej kwoty, a ceny pozostałych ofert odpowiednio: 87% i 93%. W doktrynie i orzecznictwie, choć nie ma w tym zakresie jednolitości, najczęściej wskazuje się na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia, a zatem wykazane powyżej różnice mieszczą się w tych kryteriach. W ocenie Izby jednak takie generalne wskazania dotyczące stosowania art. 90 ust. 1 pzp, wprost niewynikające z tego ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdej sprawy. Zostało to dostrzeżone w orzecznictwie Izby, w szczególności w wyroku z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 814/11) zauważono, że zamawiający porównując cenę oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz z kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, powinien odwołać się *do doświadczenia życiowego, które wskazuje, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50 % i nie stanowią o rażąco niskiej cenie*. Izba uznała ponadto, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest {na gruncie art. 90 ust. 1 pzp} możliwe i dopuszczalne (...) Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności”) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego*

*w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Analogiczne stanowisko pojawia się również w orzecznictwie sądów okręgowych: Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 230/10}.*

Izba zważyła, że w rozstrzyganej sprawie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił wyniki przeprowadzonej przez siebie w toku badania ofert analizy podobnych zamówień na lokalnym rynku, która przywiodła go do uznania, że cena oferty PUK Górny Śląsk nie budzi wątpliwości co do jej adekwatności w aktualnych realiach rynkowych. Według przedstawionego przez Zamawiającego wyliczeń przeliczenia cen ofert na osobę Przystępujący zaoferował stawkę 8,74 zł, natomiast w przeanalizowanych przez Zamawiającego aż kilkunastu postępowaniach stawki dla ofert wykonawców, którym udzielono zamówienia, kształtowały się na poziomie od 3,24 zł do 8,54 zł. Zamawiający wykazał również, że w postępowaniach tych spółki wchodzące w skład konsorcjum Odwołującego oferowały takie stawki w przedziale od 4,32 zł do 8,45 zł. Z kolei cena jednostkowa w przeliczeniu na jedną tonę odpadów w przypadku oferty Przystępującego wynosi 235,76 zł, a w innych postępowaniach, w których można było dokonać takiego przeliczenia, dla najkorzystniejszych ofert mieściła się ona w przedziale od 118,28 zł do 189,28 zł. Z kolei w przypadku ofert spółek konsorcjum Odwołującego mieściła się ona w przedziale od 177,21 zł do 250,78 zł. Niesporne było, że wszystkie przeanalizowane przez Zamawiającego postępowania dotyczyły zamówień udzielanych ostatnio na terenie województwa śląskiego przez gminy znajdujące się w tym samym rejonie gospodarki odpadami. Odwołujący nie kwestionował przedstawionych przez Zamawiającego danych pod względem rachunkowym, natomiast podniósł, że nie wiadomo jaki był przedmiot zamówienia w tych postępowaniach, sposób rozliczenia, liczba mieszkańców czy odległość od RIPOK i miejsca zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie. W ocenie Izby Odwołujący

nie przedstawił dowodów potwierdzających, że zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie zestawienie jest nieadekwatne. Z tych względów w ocenie Izby brak podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do tego, czy oferta Przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 i 2 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 niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, w wysokości wynikającej ze złożonych do zamknięcia rozprawy biletów kolejowych. Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu wykraczających poza przedstawione bilety, jak również kosztów zastępstwa, gdyż złożony spis kosztów na ma waloru rachunku, którego złożenie do zamknięcia rozprawy jest wymagane na mocy § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....