

**Sygn. akt: KIO 1441/13**

**WYROK**

**z dnia 4 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Bytom z siedzibą w Bytomiu,

przy udziale W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach” zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach” jako zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Bytom z siedzibą w Bytomiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Bytom z siedzibą w Bytomiu, na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Katowicach.

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Bytom, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 16 kwietnia 2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 074-124097.

W dniu 07.06.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach” (zwanego dalej „PZOM”), jako najkorzystniejszej.

W dniu 17.06.2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania od zaniechania odrzucenia oferty PZOM i jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że W..... S..... złożył w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyczerpujące wyjaśnienia wskazujące na obiektywne czynniki pozwalające jej na zaoferowanie niskiej ceny ofertowej i w ślad za tym przyjęcie, że cena ofertowa tego wykonawcy nie ma charakteru rażąco niskiej;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty W..... S..... pomimo, iż treść jego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, w szczególności w zakresie przewidzenia w ofercie zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach (dalej jako u.c.p.g.), ustawy o odpadach i prawem miejscowym, co stanowi jednocześnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 58 § 1 k.c.;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty W..... S..... złożenie której stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy W..... S..... dopuścił się zмовы przetargowej ze Z..... S....., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta Z..... S....., składającym w tym postępowaniu odrębną ofertę, następnie odrzuconą przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 Pzp.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniesiono o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty W..... S....., a następnie ponowny wybór najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Zarzut rażąco niskiej ceny.

Wartość szacunkowa niniejszego zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 80.828.494,74 złotych brutto, natomiast Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 58.193.940,60 zł. W..... S..... (dalej zwany także „Wykonawcą”) zaoferował się wykonać przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę 31.863.846,24 zł brutto. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 35.769.600 zł, kolejne ceny ofertowe to: 40.559.400 z, 44.955.900 zł oraz 62.004.204 zł z oferty złożonej przez Zakład Oczyszczania Miasta Z..... S....., następnie odrzuconej przez Zamawiającego z powodu niezuzpełnienia oferty. Co istotne w tym zestawieniu, nie można mówić o przypadkowej zbieżności nazwiska W..... S..... i Z..... S..... Wykonawcy ci są powiązani, co powoduje dodatkowe konsekwencje w ujęciu oceny oferty Wykonawcy (szerzej o tym poniżej).

Dysproporcja pomiędzy ceną ofertową Wykonawcy a szacunkową wartością zamówienia oraz cenami innych ofert złożonych w postępowaniu uzasadniała wszczęcie względem Wykonawcy procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie wezwanie takie zostało wystosowane do Wykonawcy, a Wykonawca złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny.

W świetle wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w dniu 04.06.2013r. nie budzi żadnych wątpliwości, iż po stronie Wykonawcy nie zachodzą obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie przez niego aż tak niskiej ceny ofertowej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia ta wprost potwierdzają, że Wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mało tego, z wyjaśnień tych wynika, że treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ (o czym szerzej w pkt II uzasadnienia).

W orzecznictwie przyjmuje się, że są to „w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, co należy rozumieć wybrane przez wykonawcę, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Zatem czynniki poza swym obiektywizmem muszą odnosić się do badanego wykonawcy i jego wyróżniać spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny. Wyjaśnienia zatem nie zawierające obiektywnych czynników lub zawierające obiektywne czynniki, ale nie uzasadniające szczególnej sytuacji wykonawcy, należy uznać za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy”, (wyrok z dnia 31 sierpnia 2011r., sygn. akt KIO 1793/11). Takich czynników Wykonawca nie wskazał.

Wykonawca w wyjaśnieniach podaje jedynie ogólnikowo:

1. koszt zagospodarowania 1 tony odpadów zmieszanych, ulegających biodegradacji, wielkogabarytowych i budowlanych, nie wskazując jakichkolwiek innych danych umożliwiających weryfikację tych cen, w szczególności Wykonawca nie podaje miejsca i metod zagospodarowania tych odpadów, kosztów transportu z miejsc odbioru do miejsc zagospodarowania odpadów;
2. iż „koszt zagospodarowania odpadów niebezpiecznych będzie równoważny zyskowi ze sprzedaży niektórych odpadów”, bez podania w tym zakresie jakichkolwiek danych;
3. jedynie kwotowo, zbiorczo, dochód ze sprzedaży surowców wtórnych, bez podania w tym zakresie jakichkolwiek danych, w tym dotyczących kosztów zagospodarowania odpadów surowcowych, w szczególności ich transportu, sortowania i „doczyszczczenia” na odpowiedniej instalacji, w sytuacji gdy SIWZ wskazuje (pkt 4.1.1.b OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ), że na terenie miasta Bytomia odpady surowcowe (papier, metal, tworzywa sztuczne, szkło i opakowania wielomateriałowe) są zbierane łącznie (oczywistym jest więc, że bez wcześniejszej wstępnej segregacji tych odpadów nie jest możliwa ich sprzedaż); nie wiadomo także, po jakich cenach Wykonawca kalkuluje sprzedaż odpadów surowcowych, ceny te bowiem zależą przede wszystkim od jakości odpadu surowcowego.
4. iż „koszty zagospodarowania odpadów odbieranych w ramach mobilnego punktu selektywnego zbierania odpadów uwzględniono w ramach innych kosztów podanych w wyjaśnieniach”, bez podania jakichkolwiek danych w tym zakresie,

5. łączną kwotę płac w skali miesiąca, dla 14 ekip po 2 pracowników. Wyjaśnienia w tym zakresie nie uwzględniają kwestii dyspozycyjności pracowników (urlopy, choroby, badania okresowe szkolenia). Mało tego, ze względu na przedmiot zamówienia i przepisy prawa pracy, w szczególności BHP, błędne jest założenie, iż brygada do obsługi śmieciarki może składać się z kierowcy i jednego ładowacza. Przykładowo, ładowacz nie jest w stanie samodzielnie wytoczyć pojemników 1100 l (waga samych odpadów w takim pojemniku to 100-140 kg).

6. pozycję jako „pozostałe koszty” w kwocie 15.000 zł, bez podania jakichkolwiek danych w tym zakresie.

Wykonawca, jak wynika z wyjaśnień, w ogóle nie uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej następujących elementów cenotwórczych związanych z przedmiotem zamówienia:

1. kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania przeznaczonych do składowania w regionalnych instalacjach do przetwarzania odpadów komunalnych (zwanymi RIPOK), wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa Śląskiego w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego 2014 (dalej jako WPGO), do których to instalacji Wykonawca jest zobowiązany wskazać odpady przekazać zgodnie z art. 9e ust. 1 u.c.p.g. oraz art. 35 ust. 4 pkt 2 i art. 38 ust. 2 i 4 ustawy o odpadach w zw. z pkt 13.2 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ. Wykonawca założył jedynie koszt zagospodarowania odpadów komunalnych na własnej instalacji, co nie jest zgodne z prawem, a tym samym stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (o czym szerzej poniżej).

2. kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na innej instalacji (nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca uprawniony jest do przekazania zmieszanych odpadów komunalnych na własną instalację) w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach zmieszane odpady komunalne nie mogą zostać zagospodarowane poza regionem gospodarki odpadami komunalnymi, na których zostały wytworzone. Miasto Bytom znajduje się w Regionie II zgodnie z uchwałą wykonawczą do WPGO. W regionie tym Wykonawca posiada sortownię odpadów komunalnych zmieszanych o statusie instalacji zastępczej (Piekary Śląskie, ul. Zakładowa 2). Instalacja ta prowadzona jest na podstawie załączonej do oferty decyzji Prezydenta Miasta Piekary Śląskie z dnia 10.06.2005r. ważną do dnia 29 kwietnia 2015r. Przedmiotowe zamówienie udzielane jest na 36 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia, tym samym wykonawcy winni oszacować koszt zagospodarowania odpadów w tym czasie, w szczególności wobec wytycznych z pkt XII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), gdzie Zamawiający wprowadził wynagrodzenie ryczałtowe i nakazał wykonawcom uwzględnienia w cenie wszelkich kosztów powstających cyklicznie jak i jednorazowo, oraz nie dopuścił zmian wynagrodzenia wykonawcy do końca realizacji usługi. Wykonawca błędnie przyjął do kalkulacji, iż jego instalacja będzie działać przez cały okres

zamówienia. Zgodnie bowiem z obecnie obowiązującym planem zagospodarowania przestrzennego przy ul. Zakładowej w Piekarach Śląskich nie jest możliwe zlokalizowanie sortowni odpadów. Innymi słowy, Wykonawca może prowadzić działalność w zakresie odzysku na przedmiotowej instalacji jedynie do dnia upływu ważności decyzji Prezydenta Miasta Piekary Śląskie z dnia 10.06.2005r., wydana na podstawie innych przepisów (Dowód: decyzja Prezydenta Miasta Piekary Śląskie z dnia 13.11.2012r. odmawiająca Wykonawcy zmiany decyzji z dnia 10.06.2005r. poprzez dodanie do decyzji nowych rodzajów odpadów w procesie sortowania). Okoliczności tej, mającej bez wątpienia wpływ na kalkulację ceny ofertowej, Wykonawca nie uwzględnił.

3. kosztów zagospodarowania wszystkich odpadów przewidzianych przedmiotem zamówienia,

4. kosztów transportu odpadów z miejsc ich zbierania do instalacji przetwarzających te odpady,

5. zmian w gospodarce odpadami, w szczególności zwiększania ilości odpadów komunalnych w czasie trwania umowy oraz zmian w strukturze odpadów, o czym stanowi WPGO (str. 62-68). Wykonawca błędnie przyjął w wyjaśnieniach „tendencję malejącą”, a nadto błędny, niezgodny z SIWZ wskaźnik ilości odpadów wytwarzanych na mieszkańca na rok: 353 kg zamiast 414 kg, który to wskaźnik wskazał Zamawiający w pkt 3.2 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ oraz w żądaniu wyjaśnień ceny skierowanych do Wykonawcy pismem z dnia 03.06.2013r.;

6. kosztów związanych z koniecznością wprowadzenia na terenie Miasta Bytom 3-pojemnikowego systemu zbierania odpadów. Zgodnie z pkt 7.5 i 7.9 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady zmieszane - w kolorze czarnym, metalicznym lub szarym, łącznie zbierane frakcje odpadów surowcowych - w kolorze zielonym, odpady ulegające biodegradacji - w kolorze brązowym. Wykonawca przyjął w wyjaśnieniach ceny, iż wykorzysta do wykonania przedmiotu zamówienia pojemniki, które Wykonawca ma rozstawione na terenie miasta. Jest to błędne założenie, prowadzące jednocześnie do niezgodności treści oferty z SIWZ. Wymaga bowiem podkreślenia w tym miejscu, że dotychczasowy system gospodarki odpadami objęty Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Bytomia wprowadzony uchwałą nr LV/802/09 Rady Miejskiej Bytomia z dnia 16.12.2009r. znacznie różni się od systemu wprowadzonego uchwałą nr VII/74/12 z dnia 17.12.2012r. Przede wszystkim dotychczasowy system nie zobowiązywał mieszkańców do wyposażenia nieruchomości w trzy pojemniki. Tym samym ilość pojemników o wymaganych obecnie kolorach znajdująca się obecnie na terenie miasta Bytomia nijak się ma ilości pojemników, które należy podstawić w ramach niniejszego przedmiotu zamówienia. Nadto „stary” system - Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach przewidywał zbierania odpadów selektywnie w pojemnikach: niebieskim - papier, zielonym - szkło kolorowe, białym - szkło bezbarwne, żółtym - tworzywa

sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe. Obecnie obowiązujący system, w konsekwencji SIWZ, przewiduje łączne zbieranie odpadów surowcowych (papier, metal, tworzywa sztuczne, szkła i opakowania wielomateriałowe) w pojemnika w kolorze zielonym. Oczywistym jest więc, że dotychczasowy zasób pojemnikowy Wykonawcy, nawet jeżeli jest duży, nie pozwala na jego wykorzystanie do wykonania przedmiotu zamówienia;

7. kosztów wyposażenia nieruchomości w worki i kontenery (vide pkt 7.1 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ),

8. kosztów podstawienia pojemników do miejsc wskazanych przez właścicieli nieruchomości czy Zamawiającego, które to koszty należy odróżnić od kosztów zakupu pojemników,

9. kosztów dostarczenia pojemników na odpady zielone i odpady rozbiórkowe (vide pkt 7.6 OPZ- Zał. nr 8 do SIWZ),

10. kosztów wymiany pojemników (vide pkt 7.14 OPZ - zał. nr 8 do SIWZ),

11. kosztów oznakowania pojemników, kontenerów i worków (vide pkt 7.7, 7.8 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ),

12. kosztów wyposażenia aptek w pojemniki na przeterminowane leki (vide pkt 7.17 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ),

13. kosztów prowadzenia mobilnego punktu selektywnego zbierania odpadów (pkt 9 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ),

14. kosztów pozyskania (w ofercie Wykonawca opiera się na cudzym potencjale technicznym) i eksploatacji taboru niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, opisanego w pkt 12.2 i 15.3 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ. Wykonawca w wyjaśnieniach wycenił jedynie 14 pojazdów, gdy Zamawiający wymagał w przywołanych punktach OPZ jako minimum łącznie 27 sztuk różnego rodzaju pojazdów do transportu odpadów oraz jeden pojazd patrolowy. Założenie Wykonawcy przyjęte w kalkulacji ceny w odniesieniu do wymagań sprzętowych stanowi przy tym niezgodność treści oferty z SIWZ, co będzie omówione poniżej, w ramach innego zarzutu. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w świetle wymagań Zamawiającego (pkt 9.15 OPZ), aby zbiórka odpadów była prowadzona przy użyciu pojazdów dostosowanych do selektywnego odbioru poszczególnych rodzajów odpadów. Oznacza to, że Wykonawca nie może założyć transportu odpadów zmieszanych z innymi odpadami selektywnie zebranymi.

15. kosztów wyposażenia Zamawiającego w odpowiednie oprogramowanie (vide pkt 12.9 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ),

16. kosztów przeszkolenia pracowników Zamawiającego (vide pkt 12.10 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ),



17. kosztów transportu i kosztów związanych z czynnościami odbioru i kontroli (vide pkt 15.3 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ).

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie sposobu skalkulowania ceny ofertowej nie jest jedynie formalnością, która ma chronić Zamawiającego przez zarzutem pochopnego wyboru ofert o niskiej cenie. Przeciwnie, instytucja ta służy z jednej strony ochronie środków publicznych, z drugiej zaś gwarantuje zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, a co za tym idzie Zamawiający nie może pomijać merytorycznej zawartości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a skupiać się jedynie na fakcie „wykonania” wezwania przez wykonawcę. Z faktu wezwania w niniejszej sprawie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wynika - jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - domniemanie rażąco niskiej ceny, które musi być przez Wykonawcę obalone. Na tej zasadzie Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień uzasadniających zaoferowaną przez niego cenę. Na tej zasadzie wyjaśnienia lakoniczne, ogólnikowe, czy też niezawierające wskazania na obiektywne i właściwe tylko dla danego wykonawcy czynniki pozwalające na niską kalkulację ceny, traktowane są przez Izbę na równi z brakiem wyjaśnień, a co za tym idzie złożenie takich wyjaśnień musi skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy. Dla przykładu wskazać należy w tym miejscu na:

- wyrok KIO z dnia 02.08.2011r., sygn. akt KIO 1568/11, gdzie stwierdza się: „Zdaniem Izby, poprzestając jedynie na złożeniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia realności zaoferowanej ceny, wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Zamawiający nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień, gdyż nie zawierały one żadnych obszerniejszych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. Izba stoi na stanowisku, iż udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską”.

- wyrok KIO z dnia 20 maja 2010r., sygn. akt KIO 730/10: „Na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające / ogólnikowe. Obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ciąży na wykonawcy; w sytuacji, kiedy wykonawca zaprezentował ogólnikowe stwierdzenia, "wszystkie ceny obliczono z należytą starannością i zawierają one wszystkie koszty świadczenia", należy je uznać za niewystarczające i ofertę odrzucić (tak stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dn. 12.08.2005r. sygn. VI Ca 464/05)”.

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia ceny wskazywały jedynie na przyjęty sposób kalkulacji ceny. Co jednak istotne w tym stanie faktycznym, Wykonawca przyjął szereg własnych, jednakże błędnych założeń do kalkulacji ceny ofertowej, w tym założeń niezgodnych z

przepisami prawa (szerzej o tym poniżej). Oznacza to, że Wykonawca nie objął wynagrodzeniem całego przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia te nie dają więc podstaw do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Wobec powyższego niemożliwym jest uznanie przedmiotowych wyjaśnień jako wiarygodnych i prawidłowych. W tej sytuacji, za wyrokiem KIO z dnia 9 lipca 2012r. sygn. akt KIO 1335/12, wyjaśnienia dowodzą braku rzetelności w zakresie kalkulacji ceny. a tym samym należy uznać cenę za rażąco niską na podstawie art. 90 ust. 3 PZP.

Niezależnie od lakoniczności czy wadliwości wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wskazać należy, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ma charakter rażąco niski w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Składający ofertę kształtując cenę, co do zasady, kieruje się obiektywnymi kryteriami, wynikającymi ze specyfiki danego przedmiotu. Przy czym „określona przez niego musi być realistyczna i wiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień” (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08).

W niniejszym postępowaniu cena, jaka została zastosowana w postępowaniu, jest ceną ryczałtową. Stąd przyjmuje się, że to wykonawca, a nie Zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1609/11). Jednakże pomimo tego, że ewentualne ryzyko błędnego ustalenia ceny będzie spoczywało na wykonawcy, to w zakresie prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia szkodę może ponieść Zamawiający. Sytuacja taka będzie miała miejsce wówczas, gdy wykonanie zamówienia za oferowaną cenę nie będzie możliwe, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.

Wątpliwość, czy wszystkie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia zostały w niniejszej sprawie w sposób prawidłowy skalkulowane przez Wykonawcę, są poważne. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż zamówienie, którego spór dotyczy, obejmuje odbiór odpadów komunalnych wytworzonych przez mieszkańców miasta Bytom i ich zagospodarowanie, w tym osiągnięcie przez Wykonawcę określonych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku określonych frakcji odpadów oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (vide pkt 13.4 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ w zw. z art. 3b, 3c u.c.p.g.). Tym samym, nienależyte lub niewykonanie umowy grozić może poważnymi negatywnymi konsekwencjami sanitarno-epidemiologicznymi. Nadto brak wypełnienia przez Zamawiającego powyższych obowiązków z u.c.p.g., przerzuconych na wykonawcę z mocy SIWZ, stanowi podstawę do nałożenia na

Zamawiającego dotkliwych kar pieniężnych. Kara ta jest obliczana odrębnie dla wymaganego poziomu:

- 1) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami,
- 2) ograniczenia odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, jako iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (art. 9z ust. 2 u.c.p.g. w zw. z art. 9x ust. 3 u.c.p.g.).

Odwołujący wskazuje w tym miejscu także na okoliczność, iż sam Zamawiający miał poważne wątpliwość odnośnie tego, czy cena Wykonawcy ma charakter realny. O braku realności tej ceny świadczą poniższe zestawienia:

#### ANALIZA CENY KOSZTÓW OBLICZONYCH NA PODSTAWIE WYJAŚNIENÍ

Poniżej wartości w przeliczeniu na 1 mieszkańca i 1 Mg odpadów, z wyszczególnieniem składników ceny zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy:

	PLN/Ew/mc	PLN/Mg
<b>Instalacje</b>	<b>2,53</b>	<b>57,93</b>
<b>Paliwo</b>	<b>0,43</b>	<b>9,80</b>
<b>Personel</b>	<b>0,63</b>	<b>14,32</b>
<b>Pojemniki</b>	<b>0,30</b>	<b>6,80</b>
<b>Pozostałe</b>	<b>0,44</b>	<b>10,11</b>
<b>Razem</b>	<b>4,32</b>	<b>98,95</b>
<b>ZYSK</b>	<b>0,42</b>	<b>1 9,68</b>
<b>Oferta netto</b>		

Poziom ceny jest rażąco niski, szczególnie w odniesieniu do Mg odpadów.

Poniżej wyniki innych przetargów (porównywalny przedmiot zamówienia, w szczególności rodzaj zabudowy, ilość mieszkańców, wskaźnik wytwarzania odpadów), do których można odnieść analizowaną cenę:

Gmina	Firma	Odbiór odpadów		Odbiór zagospodarowanie
		PLN/Ew/mc	PLN/Mg]	PLN/Mg
<b>Bytom</b>	<b>PZOM</b>	<b>2,00</b>	<b>50,70</b>	<b>108,63</b>
	<b>Waldemar</b>			

Jastrzębie-Zdrój	Transgór			<b>152,35</b>
Rybnik Sektor I	Eko + Transgór			<b>153,61</b>
Rybnik Sektor II	Eko + Transgór			<b>164,72</b>
Rybnik Sektor III	Eko + Transgór			<b>162,87</b>
Rybnik Sektor IV	Eko + Transgór			<b>151,76</b>
Częstochowa	W..... S.....; ZOM S.....	<b>2,74</b>	<b>77,70</b>	
Bydgoszcz Sektor I	PUK Corimp	<b>6,41</b>	<b>186,36</b>	
Bydgoszcz Sektor II	Remondis	<b>6,48</b>	<b>188,56</b>	
Bydgoszcz Sektor III	Remondis	<b>6,62</b>	<b>192,13</b>	
Bydgoszcz Sektor IV	Remondis	<b>6,64</b>	<b>192,67</b>	
Bydgoszcz Sektor V	Remondis	<b>7,71</b>	<b>223,59</b>	
Bydgoszcz Sektor VI	PUK Taro	<b>7,36</b>	<b>213,37</b>	
Bydgoszcz Sektor VII	MUOK Pronatura	<b>4,37</b>	<b>126,95</b>	
Bydgoszcz Sektor VIII	MUOK Pronatura	<b>3,94</b>	<b>114,43</b>	

W tym stanie rzeczy oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, jako zawierająca cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dowody:

- oferta Wykonawcy - dokumentacja postępowania
- wezwanie Wykonawcy przez Zamawiającego pismem z dnia 03.06.2013r. do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp - dokumentacja postępowania
- wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 04.06.2013r. - dokumentacja postępowania

- uchwała nr VII/74/12 Rady Miejskiej w Bytomiu z dnia 17.12.2012r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Bytomia
- uchwała nr LV/802/09 Rady Miejskiej w Bytomiu z dnia 16.12.2009r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Bytomia
- wyciąg z uchwały nr IV/32/9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25.03.2013r. w sprawie zmiany uchwały nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24.08.2012r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014
- wyciąg z Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014
- decyzja Prezydenta Miasta Piekary Śląskie z dnia 13.11.2012r.

## II. Zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

### 1. Zaoferowanie przekazania odpadów do zagospodarowania niezgodnie z przepisami prawa.

Wykonawca przewidział w ofercie, iż zmieszane odpady komunalne przekaże do swojej instalacji. Tak zaoferowany sposób zagospodarowania odpadów zmieszanych jest sprzeczny z przepisami prawa, a w konsekwencji z treścią SIWZ (vide pkt 1 w zw. z pkt 13 OPZ - Zał. nr 8 do oferty).

Zgodnie z art. 9e ust. 1 u.c.p.g. oraz art. 35 ust. 4 pkt 2 i art. 38 ust. 2 i 4 ustawy o odpadach w zw. z pkt 13.2 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ Wykonawca zobowiązany jest przekazać zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania przeznaczone do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (zwanym RIPOK), wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa Śląskiego w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego 2014 (dalej jako WPGO). Uchwała w sprawie wykonania WPGO jest z mocy art. 38 ust. 4 ustawy o odpadach aktem prawa miejscowego. Na dzień składania ofert funkcjonują dwa RIPOK w regionie II, w którym znajduje się Bytom. Mało tego, zgodnie z WPGO w regionie tym planowane są do uruchomienia w najbliższym czasie kolejne instalacje o tym statusie. Wykonawca w regionie II posiada sortownię odpadów komunalnych zmieszanych - Piekary Śląskie, ul. Zakładowa 2. Zmieszane odpady komunalne z miasta Bytom nie mogą, z mocy art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach, być wywiezione poza region II. Instalacja Wykonawcy ma jedynie status instalacji zastępczej i wg WPGO nie jest planowana jako RIPOK.

Dowody:

- wyciąg z uchwały nr IV/32/9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25.03.2013r. w sprawie zmiany uchwały nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia

24.08.2012r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014

- wyciąg z Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014

## 2. Ilość pojazdów niezbędnych do obsługi zamówienia

Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia 14 pojazdami specjalistycznymi, gdy tymczasem Zamawiający wymagał w pkt 12.2 i 15.3 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ jako minimum łącznie 27 sztuk różnego rodzaju pojazdów do transportu odpadów oraz jeden pojazd patrolowy. Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, iż Wykonawca przystępując do realizacji usługi, jest zobowiązany do dysponowania odpowiednią ilością wyspecyfikowanych pojazdów, lecz nie mniej niż ... Co istotne, te wymagania/założenia Zamawiającego nie zostały przez Wykonawcę zakwestionowane na etapie oceny SIWZ.

## 3. Ilość i rodzaj pojemników

Jak już wskazano powyżej, na terenie Miasta Bytom wprowadzono 3- pojemnikowy system zbierania odpadów. Zgodnie z pkt 7.5 i 7.9 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady zmieszane - w kolorze czarnym, metalicznym lub szarym, łącznie zbierane frakcje odpadów surowcowych -

w kolorze zielonym, odpady ulegające biodegradacji - w kolorze brązowym.

Wykonawca przyjął jednak w ofercie (co potwierdził w wyjaśnieniach ceny), iż wykorzysta do wykonania przedmiotu zamówienia pojemniki, które Wykonawca ma rozstawione na terenie miasta. Przy czym dotychczasowy system gospodarki odpadami objęty Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Bytomia wprowadzony uchwałą nr LV/802/09 Rady Miejskiej Bytomia z dnia 16.12.2009r. znacznie różni się od nowego systemu wprowadzonego uchwałą nr VII/74/12 z dnia 17.12.2012r. Wg dotychczasowego, uchylonego Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminach, selektywna zbiórka odpadów prowadzona była w ograniczonym zakresie, w pojemnikach: niebieskim - papier, zielonym - szkło kolorowe, białym - szkło bezbarwne, żółtym - tworzywa sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe. Obecnie obowiązujący system, a w konsekwencji SIWZ, przewiduje łącznie zbieranie odpadów surowcowych (papier, metal, tworzywa sztuczne, szkła i opakowania wielomateriałowe) w pojemnikach w kolorze zielonym. Tym samym zaoferowanie wykonywania usługi z uwzględnieniem dotychczasowego zasobu pojemnikowego Wykonawcy prowadzi do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, który wymaga pojemników o innej kolorystyce i oznaczeniach oraz w innej ilości. Wg SIWZ na każdą nieruchomość przypadać bowiem muszą co do zasady (minimum) trzy pojemniki: czarny, brązowy, zielony. Wykonawca natomiast dla zabudowy wielorodzinnej przewidział maksymalnie 2 pojemniki (wg matematycznych wyliczeń dokonanych na podstawie wyjaśnień Wykonawcy), co nie pozwala

wprowadzić Wykonawcy zgodnego z SIWZ i Regulaminem utrzymania czystości i porządku systemu zbierania odpadów komunalnych.

Mając powyższe na względzie, oczywistym jest, iż Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ, co winno implikować odrzuceniem jego oferty.

III. Złożenie oferty przez Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli W..... S....., działający pod firmą „Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach”, adres głównego miejsca wykonywania działalności: ul. Spółdzielcza 1/1, 42-274

Konopiska (oferta najtańsza), oraz Z..... S....., działający pod firmą „Zakład Oczyszczania Miasta Zbigniew Strach”, adres głównego miejsca wykonywania działalności: Korzonek 98, 42-274 Konopiska (oferta najdroższa). Oferta Z..... S..... została odrzucona.

W ocenie Odwołującego, istniejące pomiędzy tymi wykonawcami powiązania mogą prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji, co powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy (oferta drugiego wykonawcy została odrzucona) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp.

Zgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 Pzp oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlegają odrzuceniu, w szczególności w przypadku gdy:

- są one nieważne na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp);
- ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp).

Odnosząc się do okoliczności faktycznych niniejszego postępowania, należy wskazać, iż oferty złożone przez Wykonawcę i ZOM Z..... S..... mogą stanowić przejaw uzgodnionych działań o charakterze zmywy przetargowej. Zamawiający ma więc obowiązek zbadać, czy złożona oferta nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji, a więc nie była wynikiem m.in. zmywy pomiędzy przedsiębiorcami (wyrok KIO z 14 stycznia 2013 r., KIO 2888/12).

Jak wynika z utrwalonej praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK, o istnieniu nielegalnego uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu decydują faktyczne działania przedsiębiorców związane ze złożeniem ofert lub z zachowaniami podejmowanymi przez tych przedsiębiorców w toku przetargów, które są nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych lub których się nie da wytłumaczyć w inny sposób niż istnieniem zmywy przetargowej (decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-24/2011 z 27 lipca 2011 r.). Innymi słowy, jeżeli w danym postępowaniu oferenci składają oferty lub podejmują określone zachowania w taki sposób, że nie da się w racjonalny sposób ich wytłumaczyć zgodnie z regułami wolnej

konkurencji, wówczas takie działania, niezależnie od formy czy treści traktowane są, z uwagi na potencjalne lub rzeczywiste skutki antykonkurencyjne jako zmowa przetargowa (decyzja Prezesa UOKiK nr RWR 31/2012 z 9 października 2012 r.).

Zgodnie z przyjętą praktyką decyzyjną Prezesa UOKiK tego rodzaju nieracjonalnymi działaniami przedsiębiorców stanowiących przejaw zmowy przetargowej mogą być w szczególności działania polegające na złożeniu przez zmawiających się przedsiębiorców ofert komplementarnych. Składanie ofert komplementarnych stwarza pozory rzeczywistej rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami. Uczestnicy tak kształtują oferty lub swoje zachowania w toku przetargu, aby doprowadzić do wyboru konkretnego przedsiębiorcy - uczestnika zmowy. („Zmowy przetargowe”, UOKiK, 2012, s. 9).

W tym celu uczestnicy przetargu mogą:

- składać oferty zawierające warunki w sposób oczywisty mniej korzystne, niż wynikające z oferty uczestnika, który ma wygrać;
- składać oferty zawierające celowo poczynione błędy formalne, skutkiem czego doprowadzają do wyboru konkretnej oferty;
- składać oferty o najkorzystniejszych warunkach, ale wobec stwierdzonych braków formalnych, których celowo nie uzupełnianą w terminie, doprowadzają do wyboru oferty innego uczestnika przetargu;
- składać oferty o zbliżonych warunkach bez żadnego racjonalnego uzasadnienia po to, aby np. w razie dokonania przez zamawiającego wyboru jednej z nich, uczestnik wybrany przez zamawiającego zrezygnował z zawarcia umowy i doprowadził ostatecznie do wyboru oferty innego uczestnika.

Jak wynika z praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK, o istnieniu powyższych antykonkurencyjnych uzgodnień pomiędzy przedsiębiorcami stanowiących przejaw zmowy mogą decydować określone relacje personalne, w szczególności więzy rodzinne pomiędzy uczestnikami przetargu (decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-24/2011 z 27 lipca 2011 r., decyzja Prezesa UOKiK nr 31/2012 z 9 października 2012 r., decyzja Prezesa UOKiK nr RKT - 25/2011 z 6 września 2009r.). Każdy podmiot przystępujący do przetargu jako przedsiębiorca w rozumieniu przepisów art. 4 pkt 1 Uookik powinien prowadzić niezależną działalność rynkową. W sytuacji zaistnienia okoliczności mogących świadczyć o znowie przetargowej, występowanie więzów rodzinnych pomiędzy uczestnikami przetargu wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy tymi uczestnikami istotnych informacji gospodarczych i może sugerować podejrzenie naruszenia prawa (decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-24/2011 z 27 lipca 2011 r.). Jeżeli zatem w danej sytuacji uczestnicy przetargu, których łączą więzy rodzinne, podejmują zachowania, które nie mają żadnego racjonalnego uzasadnienia, w szczególności składają oferty tylko po to, aby wygrał inny uczestnik przetargu



(członek jego rodziny), to w takiej sytuacji występowanie tych więzów rodzinnych uprawdopodobnia zawarcie umowy przetargowej przez uczestników przetargu i stanowi podstawę do uznania oferty złożonej przez nich za przejaw umowy, a w efekcie za działanie sprzeczne z przepisami art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik i art. 3 ust. 1 Uznk.

Taki wniosek wynika wprost z praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK, który uznał za umowę przetargową:

- działania dwojga małżonków związane ze złożeniem ofert o zbliżonej wartości różniących się w sposób nieznaczny ceną w postępowaniach przetargowych, polegające na tym, że w razie dokonania przez zamawiającego oferty jednego ze współmałżonków uznanej za najkorzystniejszą, zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy bądź nie uzupełniał wymaganej dokumentacji ofertowej, tak aby zlecenie mógł otrzymać współmałżonek, którego oferta była droższa od wybranej pierwotnie (decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-24/2011 z 27 lipca 2011 r.);
- działania dwojga małżonków dotyczące postępowań przetargowych, w których składali oferty o zbliżonych cenach, nieznacznie różniących się między sobą. W sytuacji gdy oferty te były dwiema najkorzystniejszymi, zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy z usługodawcą - nie uzupełniając dokumentacji, bądź nie prostując łatwych do poprawienia pomyłek w dokumentacji, co skutkowało wybraniem oferty drugiego ze współmałżonków, droższej od wybranej pierwotnie (decyzja Prezesa UOKiK nr RKT - 25/2011 z 6 września 2009 r.);
- działania dwojga małżonków polegające na tym, że w sytuacji wyboru ich ofert jako najkorzystniejszych jeden z uczestników, którego oferta została wybrana, rezygnował z przetargu na rzecz drugiego w kolejności, podając bardzo ogólne powody rezygnacji, np. „splot okoliczności ekonomicznych, organizacyjnych i osobistych” (decyzja Prezesa UOKiK nr 31/2012 z 9 października 2012 r.).

Powyższe okoliczności faktyczne i przedstawione argumenty należy odnieść do działań Wykonawcy i ZOM S..... podejmowanych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Działania te mające ten sam charakter i zakres, jak kwestionowane przez Prezesa UOKiK antykonkurencyjne uzgodnienia, nie mają żadnego racjonalnego uzasadnienia, a służą jedynie osiągnięciu antykonkurencyjnego celu i skutku, jakim jest wyeliminowanie skutecznej konkurencji pomiędzy wykonawcami i doprowadzenie do wyboru konkretnej, z góry ustalonej oferty jednego z nich. O istnieniu tego uzgodnienia przesądzą zarówno efekty podejmowanych działań, jak i szereg więzów rodzinnych pomiędzy wykonawcami, które zgodnie z powołaną praktyką decyzyjną Prezesa UOKiK, uprawdopodobniają wymianę pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i sugerują podejrzenie naruszenia prawa.

W niniejszym postępowaniu, Z..... S..... jako ZOM Z..... S..... złożył ofertę z najwyższą ceną. Jego oferta została odrzucona wskutek niezuzpełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Identyczna sytuacja miała miejsce w przetargu na odbiór odpadów komunalnych w Częstochowie i Krzepicach. Praktycznie we wszystkich przetargach organizowanych w województwie śląskim członkowie rodziny S..... składają dwie oferty, jako odrębni wykonawcy, ze skrajnie zróżnicowanymi cenami (w załączeniu wykaz tych przetargów).

Poniższe zestawie obrazuje, na jak ogromną skalę członkowie rodziny S..... prowadzą działalność w zakresie gospodarki odpadami. Działalność ta obejmuje następujące formy:

- 1) „ZOM STRACH” Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gminnej 75, 42-221 Częstochowa, której jedynym wspólnikiem jest Z..... S....., a w skład jej zarządu wchodzi: Z..... S..... (Prezes), D..... S..... (Wiceprezes) oraz M..... S..... (Wiceprezes);
- 2) „Bracia Zbigniew i Wiesław Strach Zakład Oczyszczania i Wywozu Nieczystości” Sp. j. z siedzibą przy ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa, której wspólnikami są W..... S..... i Z..... S.....;
- 3) Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S..... Sp. j. z siedzibą przy ul. Spółdzielczej 1/1, 42-274 Konopiska, której wspólnikami są B..... S..... i W..... S.....;
- 4) S..... i Synowie Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa, której wspólnikami są: W..... S....., P..... S....., M..... S....., a jej jednoosobowy zarząd stanowi W..... S.....;

a ponadto:

- 5) W..... S..... działa pod firmą „Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach”, adres głównego miejsca wykonywania działalności: ul. Spółdzielcza 1/1, 42-274 Konopiska, adresy dodatkowych miejsc wykonywania działalności: ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska, ul. Zakładowa 2, 41-949 Piekary Śląskie;
- 6) Z..... S..... działa pod firmą „Zakład Oczyszczania Miasta Zbigniew Strach”, adres głównego miejsca wykonywania działalności: Korzonek 98, 42-274 Konopiska, adresy dodatkowych miejsc wykonywania działalności: Kolonia Borek, ul. Przemysłowa 3, 42-262 Poczesna; ul. Młynarska 41, 47-220 Kędzierzyn-Koźle; ul. Gminna 75, 42-200 Częstochowa; ul. Hutnicza 14, 81-061 Gdynia; ul. Arki Bożka 3, 41-902 Bytom.

W tym kontekście za konieczny i uzasadniony należy uznać wniosek o jawnie antykonkurencyjnym charakterze ofert składanych przez Wykonawcę i ZOM Z..... S..... w toku niniejszego postępowania i uznaniu ich za, po pierwsze, nieważne na gruncie przepisów art. 6 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 Uokik oraz, po drugie, za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 Uznk.

Na tej zasadzie oferta Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy – co zostało zreferowane powyżej.

Pismem z dnia 4 czerwca 2013 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, PZOM złożył wyjaśnienia w przedmiocie poziomu zaoferowanej ceny. W wyjaśnieniach wskazano:

„[...]

*W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny informujemy, że Wykonawca Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... z/s w Konopiskach przy ul. Spółdzielczej 1/1 uwzględnił wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz w Istotnych Postanowieniach Umownych wraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego. Poniżej przedstawiamy kalkulację cenową uwzględniającą wszystkie koszty związane z realizacją zadania, a w szczególności z wyposażeniem nieruchomości zarówno w wysokiej zabudowie jak i w niskiej w pojemniki oznaczone adresem jak i z podziałem na kolory tj. na odpady zmieszane kolor czarny, metaliczny lub szary, na odpady selektywne zbierane łącznie kolor zielony, na odpady ulegające biodegradacji kolor brązowy,*

*ewentualnie worki w przypadku braku możliwości wyposażenia danej nieruchomości w pojemnik / kontener.*

*Przyjmując przewidziany przez Zamawiającego jednostkowy wskaźnik wytwarzania odpadów 414kg/ mieszkańca/ rok/ oraz zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego 2014 przyjętego uchwałą Nr IV/25/I/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24.08.2012r. dla Regionu II Gospodarki Odpadami do którego przypisano Gminę Bytom wskazany został jednostkowy wskaźnik wytwarzania odpadów komunalnych zmieszanych, który wyniósł 353kg/mieszkańca/l rok. Zaznaczyć tu należy tendencję malejącą w późniejszych latach.*

Dla potrzeb kalkulacji przyjęto wskaźnik na 2013r. wynoszący 353kg/mieszkańca/l rok. Zgodnie z zapisami w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ i jednocześnie Załącznik nr 1 do Istotnych Postanowień Umownych , należy w kalkulowaniu ceny uwzględnić 5% zwiększenie proponowanego wynagrodzenia , z uwagi na fakt dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości zmiany liczby obsługiwanych punktów adresowych wymienionych w Załączniku nr 1 - ilość mieszkańców zameldowanych na stałe i czasowo to 164 518 mieszkańców + 5%

$172\ 744 \times 353\ \text{kg} : 12\ \text{m-cy} = 5082\ \text{Mg} /1\ \text{m-c}$  zmieszanych odpadów komunalnych . Koszt zagospodarowania 1 tony odpadów komunalnych zmieszanych na własnej instalacji to cena 76,00zł. netto , na którą składają się :

- koszty przetworzenia 1 tony odpadów komunalnych zmieszanych 21,50zł.
- koszty zagospodarowania odpadów po procesie odzysku ok.54,50zł. ,

co daje :  $5\ 082\ \text{Mg} \times 76,00\ \text{zł.} = 386\ 232,00\ \text{zł.}/1\ \text{m-c}$

Pozostałe rodzaje odbieranych odpadów komunalnych :

- odpady ulegające biodegradacji - przyjęto wskaźnik wytwarzania odpadów na poziomie 0,010 Mg /l m-c /osobę ( na podstawie WPGO 2014) co daje ilość

$172\ 744 \times 10\ \text{kg} = 1\ 727\ \text{Mg}$

koszt zagospodarowania odpadów :  $1\ 727\ \text{Mg} \times 44,00\ \text{zł.} = 75\ 988,00\ \text{zł.}$

- odpady wielkogabarytowe - przyjęto wskaźnik zawarty w OPZ , który wynosi 1859 Mg /l rok tj. (  $172\ 744 \times 414 \times 2,6\%$  ) : 12 m-cy = 154,92Mg /l m-c

koszt zagospodarowania odpadów  $154,92\ \text{Mg} \times 251,11\ \text{zł.} = 38\ 901,96\ \text{zł.}$

- odpady budowlane i rozbiórkowe- przyjęto wskaźnik zawarty w OPZ , który wynosi 2 289 Mg/l rok tj. (  $172\ 744 \times 414 \times 3,2\%$  ) :12 m-cy - 190,75Mg/l m-c

koszt zagospodarowania odpadów  $190,75\ \text{Mg} \times 10,00\ \text{zł.} = 1\ 907,50\ \text{zł.}$

- odpady niebezpieczne- w kalkulacji założono , iż koszt unieszkodliwienia odpadów w postaci przeterminowanych leków i chemikaliów będzie równoważny zyskowi ze sprzedaży innych odpadów niebezpiecznych w postaci zużytych baterii i akumulatorów oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego ,

- odpady surowców wtórnych ( papier, metale , szkło, tworzywa sztuczne , opakowania wielomateriałowe ) oraz zużyte opony , przyjęto pozostałą ilość odpadów przewidzianą do wytworzenia w skali roku przez jedną osobę , która wynosi

$27\ \text{kg} /l\ \text{rok} \times 172\ 744 = 4\ 664,09\ \text{Mg} : 12\ \text{m-cy} = 388,68\ \text{Mg} /1\ \text{m-c}$

Zakładając średnią cenę ze sprzedaży surowców wtórnych na poziomie 170,00zł. ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskano kwotę stanowiącą dochód przedsiębiorcy

388,68Mg x śr. cena 170,00zł. - 66 075,60zł. (-)

W powyższym zestawieniu uwzględniono również koszty zagospodarowania odpadów odbieranych w ramach mobilnego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych .

Pozostałe koszty związane z prowadzeniem mobilnych punktów typu koszty paliwa, pracownicze itp. zawierają się w pozostałych składnikach przedstawionej kalkulacji.

*Koszty paliwa :*

do obsługi niezbędnych jest ok. 14 pojazdów specjalistycznych przez 22 dni robocze, w trakcie jednego objazdu punktów odbiorów komunalnych 1 samochód spala ok.24 litry ON, przewidywana ilość kursów w ciągu jednego dnia to 2 kursy dziennie , 1 kurs to ok.30 km  
 $2 \text{ kursy} \times 14 \text{ pojazdów} \times 24 \text{ l} = 672 \text{ l} \times 22 \text{ dni} = 14 784 \text{ litrów} \times 5,00\text{zł.} = 73 920,00 \text{ zł.}$

*Place pracowników :*

Do obsługi niezbędnych jest 14 ekip po 2 pracowników czyli 28 pracowników plus 4 pracowników do ewentualnego uprzątnięcia powstałych podczas załadunku odpadów znajdujących się obok pojemników , a powstałych w trakcie realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych

32 pracowników po 3000,00zł. wraz z narzutami - 96 000,00 zł. /1 m-c

place pracowników nadzoru ok. 12 000,00zł. / 1 m-c

Łączna kwota plac w skali 1 miesiąca to : 108 000,00zł.

*Koszt zakupu , rozstawienia pojemników :*

/, uwagi na fakt ,iż to Wykonawca ma samodzielnie oszacować wielkość i ilość pojemników, w które jest zobowiązany wyposażyć nieruchomości w celu skutecznego realizowania usługi odbioru odpadów komunalnych przedstawiamy poniżej nasze propozycje cenowe :

Do obsługi przewidujemy ( z 5% rezerwą) 172744 mieszkańców

90% to mieszkańcy zabudowy wysokiej czyli ok. 155 470 mieszkańców , po uwzględnieniu częstotliwości odbierania odpadów uważamy że jest to ilość ok. 9 300 pojemników o pojemności 1,1m

Koszt zakupu takiego pojemnika to ok.550,00zł. x 9300 pojemników =5115 000,00zł  
czasookres jego amortyzacji to ok. 10 lat : 120m-cy = 42 625,00 zł./1 m-c

10% to mieszkańcy zabudowy niskiej czyli ok. 17 274 mieszkańców , przyjmując 4 mieszkańców na jedną nieruchomość , po uwzględnieniu częstotliwości odbierania odpadów uważamy , że jest to ilość ok. 13 000 pojemników o pojemności 0,12 -0,24 m

*Koszt zakupu takiego pojemnika to ok. 80,00zł. x 13 000 pojemników = 1 040 000,00zł*

*czasookres jego amortyzacji to ok. 10 lat : 120m-cy - 8 666,67 zł./1 m-c*

*Łączna kwota wyposażenia w pojemniki to koszt 51 291,67zk*

*Powyższa kalkulacja przedstawia tylko sytuację wyposażania w pojemniki stricte nowe , a zaznaczyć tu należy , że większa część pojemników firma moja ma generalnie rozstawionych na terenie miasta Bytomia , z uwagi na fakt świadczenia na większości zasobów mieszkaniowych Jak i firm do chwili obecnej usług wywozu odpadów komunalnych .*

*Dlatego w cenie tej możemy zawrzeć już koszt oznakowania w sposób czytelny i widoczny , umożliwiający łatwa identyfikację tj. zakup naklejek z adresem, gdzie powstają odpady .*

*Koszty pozostałe :*

*Koszt sporządzenia harmonogramów wraz z rozdysponowaniem ich wśród mieszkańców 15 000,00zł./ 1 rok : 12 m-cy = 1250,00/ 1 m-c*

*Koszty warsztatowe ok. 20 000,00zł./1 m-c*

*Amortyzacja samochodów ok. 30 000,00zł. /1 m-c*

*Koszty dezynfekcji i mycia pojemników - 10 000,00 zł./1 m-c*

*Pozostałe koszty 15 000,00zł.*

*Łączna kwota kosztów pozostałych to koszt 76 250,00zł.*

*Sumując wyżej wymienione składowe otrzymujemy kwotę ogółem 746 415,53zł. netto, która stanowi wysokość kosztów związanych ze świadczeniem usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych do których należy doliczyć zysk przedsiębiorcy*

*Zysk uzyskany z realizacji przedmiotu zamówienia w skali 1 miesiąca kształtuje się w wysokości ok. 10% i wynosi ok. 73 000,00zł.*

*Reasumując , zaoferowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny , a tym samym oznacza to realne wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę na odpowiednim poziomie i zgodnie z przedstawionymi warunkami w SIWZ, OPZ, czy też we wzorze Istotnych postanowień umownych .*

*[...]"*

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła dowody przedstawione przez odwołującego w załączeniu do odwołania oraz w trakcie rozprawy.

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze 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.
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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izba wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązku obligatoryjnego zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia ceny rażąco niskiej. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do 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 rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać za cenę niższą niż cena rynkowa. 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 nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone 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... etc.

Jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, ustawodawca przyjął następującą konstrukcję zapobiegania przyjmowania ofert z ceną rażąco niską:

Oferty tego typu odrzucane są na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o ww. przepis jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże powyższe nie może nastąpić bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 Pzp), w ramach których wykaże np., że zaoferowana przezeń cena albo w ogóle nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, albo zniżenie takie jest uzasadnione obiektywnymi względami, np. takimi jak wskazane w art. 90 ust. 2 Pzp.

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy jest więc nic innego jak zaistnienie podejrzenia wystąpienia okoliczności opisanych w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy do ich przedstawienia (obowiązek ten sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień – braku wyjaśnień dotyczących ceny w ogóle, a nie wyjaśnień lakonicznych czy niesatysfakcjonujących zamawiającego).

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu, w tym przypadku w odniesieniu do wykazania, iż cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a więc strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Wyżej opisany rozkład ciężaru dowodu może w przypadku ceny rażąco niskiej ulec odwróceniu, a przynajmniej bardziej



skomplikowanemu rozłożeniu, jedynie w wypadku powstania domniemania faktycznego, że określone okoliczności powstały (a więc uprawnionego wnioskowania o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie faktów innych).

Przy czym zaznaczyć należy, iż fakty stanowiące podstawę samego domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, okolicznościami, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, i przede wszystkim różnicami pomiędzy ceną wykonawcy, a nawet fragmentarycznymi informacjami o realnych rynkowych kosztach (cenach) wykonania danych elementów zamówienia... *etc.*

Odnosnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale same w sobie bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny. Wyjaśnienia tego typu w zestawieniu z innymi „poszlakami” wystąpienia ceny rażąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przy czym jeszcze raz podkreślić należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania faktycznego nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego z jakichś względów wątpliwości (podejrzeń) i próbę ich obligatoryjnego wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena, bez żadnego postępowania wyjaśniającego, wydaje się horrendalnie zawyżona, również powstawałoby – *contra factum* – domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska.

Natomiast, jak już wskazano, idealnym i pełnym wykazaniem powstania ceny zaniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, również może polegać na tym samym. Mianowicie, wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do rynkowych kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług.

Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych przy danym zamówieniu, nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe, należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę, którego cena jest rozpatrywana.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, uznała, iż w ofercie wybranej doszło do zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a okoliczność tę potwierdziły wyjaśnienia wykonawcy złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym uznano, iż oferta Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta W..... S..... podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy.

Wbrew sugestiom odwołującego wyżej wymienione wyjaśnienia spełniały wszystkie formalne wymagania, co do ich przedłożenia – zostały przedstawione w określonym terminie i dotyczyły kalkulacji cenowej wykonawcy. W związku z powyższym nie było możliwe uznanie, iż w istocie nie zostały złożone. Ponadto wyjaśnienia te były rzeczowe, wyczerpujące i adekwatne do przedmiotu zamówienia – obejmowały zasadnicze pozycje kosztotwórcze związane z zastanym zakresem zamówienia. Ponadto przedstawione w nich założenia i wyczerpania były jasne, a także w większości wiarygodne, a przynajmniej odwołujący nie był w stanie w ramach prowadzonego przez siebie postępowania dowodowego powyższego podważyć. Jednakże podane w wyjaśnieniach zasadnicze elementy cenotwórcze – koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych – nie odpowiadały ich rzeczywistym kosztom i jako takie przesądziły, że podana cena jest niedoszacowana w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to informacje podane w wyjaśnieniach odnośnie przeprowadzonej kalkulacji cenowej, potwierdziły materialnie, że rozpatrywana cena jest rażąco niska (art. 90 ust. 3 Pzp).

Przy czym bezprzedmiotowa jest w tym przypadku dyskusja i ustalenie czy domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej powstało oraz czy tego typu wyjaśnienia zdołałyby je obalić – skoro bezpośrednio z informacji w nich zawartych wynika potwierdzenie/dowód na okoliczność charakteru zaoferowanej ceny.

Koszt zagospodarowania odpadów przyjęty przez wykonawcę i podany w wyjaśnieniach na poziomie 76 zł netto, jest wartością kilkakrotnie zaniżoną w stosunku do cen rynkowych odbioru odpadów w Regionalnych Instalacjach Przetwarzania Odpadów Komunalnych działających na terenie regionu II Województwa Śląskiego (co jest pomiędzy stronami okolicznością bezsporną, a także znalazło potwierdzenie w dowodzie przedłożonym przez odwołującego – piśmie Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp z o.o. w Zabrze, z którego wynika cena przyjęcia i przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych przez RIPOK – 250 zł./Mg netto +VAT). Bezsporne są również wymagania SIWZ i obowiązującego prawa w przedmiocie oddawania odpadów do RIPOK. Sporną

okolicznością była w tym przypadku ocena możliwości uwzględnienia i wycenienia w swojej ofercie przewidywanej w przepisach, wyjątkowej możliwości zagospodarowania odpadów w instalacji zastępczej, co zostało założone przez PZOM.

Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 1996 Nr 132 poz. 622 ze zm.) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Ww. przepis ustanawia więc zasadę, według której wszystkie zmieszane odpady komunalne winny trafiać do RIPOK. Wyjątek od tej reguły wynika z art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21), według którego w uchwałach wykonawczych do wojewódzkiego planu gospodarki odpadami należy wskazać regionalne instalacje do przetwarzania odpadów w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn oraz do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

W świetle przywołanej regulacji przekazanie odpadów do instalacji zastępczych możliwe jest jedynie w wypadku, gdy przekazanie odpadów do RIPOK nie będzie możliwe. Dopiero po awarii RIOPOK, albo odmowie przyjęcia danej partii odpadów, np. z powodu niewystarczających mocy przerobowych, odpady mogą trafić do instalacji zastępczych.

Konsekwentnie, w świetle powyższego, w swoich kalkulacjach ekonomicznych wykonawcy winni zakładać realizację zamówienia według zasady, a nie hipotetycznego wyjątku. Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż to właśnie przekazywane przez niego odpady nie zostaną przyjęte przez funkcjonujące w regionie RIPOK, ze względu na niewystarczające moce przerobowe tych instalacji w stosunku do zakładanej ilości odpadów produkowanych w Województwie Śląskim. Powyższe można oceniać jedynie w kategoriach prawdopodobieństwa, malejącego wraz z otwieraniem kolejnych RIPOK w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie może z góry zakładać i planować, że uczyni wszystko, aby nie zagospodarowywać odbieranych przez siebie odpadów w sposób zakładany i zalecany przez ustawodawcę, czyli w RIPOK, ale przeprowadzi wariant tańszy i bardziej dlań wygodny.

Ponadto, jak wynika z oświadczenia PZOM złożonego na rozprawie – przystępujący nie posiada w regionie II żadnej instalacji wymienionej w uchwałach wykonawczych do Wojewódzkiego Planu Gospodarowania Odpadami – ani jako tzw. „RIPOK w przygotowaniu/budowie” ani instalacji o statusie instalacji zastępczej do RIPOK.

Również używanie instalacji/sortowni wskazanej w wyjaśnieniach wybranego wykonawcy, w świetle § 8 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1052), w całym okresie wykonywania

przedmiotowego zamówienia nie będzie możliwe. Data zakończenia okresu przejściowego wskazanego w ww. przepisie pozostawia dziewięćmiesięczny okres, w którym wykonawca nie będzie już mógł w ogóle używać wskazanej instalacji. Natomiast kosztu zagospodarowania odpadów w tym okresie w ofercie w ogóle nie wycenił, a przynajmniej nie podał informacji na ten temat w swoich wyjaśnieniach.

Tymczasem przekształcenie instalacji w celu zagospodarowywania odpadów odbieranych w ramach danego przedmiotu zamówienia, tak aby możliwe było uzyskanie odpowiedniego poziomu kosztów tej czynności, również stanowi bezpośredni koszt wykonawcy związany z wykonaniem tego zamówienia. Innymi słowy: w cenę wykonania usługi winien zostać albo wliczony koszt zagospodarowania odpadów w RIPOK, albo koszt przekształcenia instalacji wykonawcy do statusu RIPOK.

W związku z powyższym wskazane założenia i wyliczenia, co do kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych podane w wyjaśnieniach PZOM, uznano za nieadekwatne do poziomu cen rynkowych za tego typu zakres zamówienia. Stwierdzono również, iż tego typu wyliczenia wykonawcy nie uwzględniają całego okresu wykonywania zamówienia. Powyższe daje kilkumilionowy niedobór ceny ofertowej w stosunku do rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, który nie sposób zrekomensować za pomocą kosztów przewidzianych w innych pozycjach rozbięcia cenowego wyszczególnionych w wyjaśnieniach.

Pozostałe założenia uwidocznione w wyjaśnieniach PZOM, co do wysokości kosztów uznano za adekwatne do przedmiotu zamówienia, natomiast zarzucane braki we wskazaniu wszystkich elementów cenotwórczych podnoszone w odwołaniu uznano za możliwe do wycenienia, uwzględnienia i pokrycia w innych pozycjach wyjaśnień, tj. w pozycjach dotyczących czynności i zakresów wskazanych lub w ramach wskazanego zysku.

W szczególności odwołujący nie wykazał, że PZOM założył niemożliwy do uzyskania poziom zwrotu ze sprzedaży surowców odzyskiwanych, pochodzących z selekcji odpadów, a przyjęte wskaźniki dla pozostałych rodzajów odpadów są nierealistyczne.

Nie wykazano również, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia jest niemożliwe przy pomocy złożonych 14 pojazdów. W szczególności zobowiązanie do wykonywania zamówienia przy pomocy 27 pojazdów nie wynika z pkt 12 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik do SIWZ. Treść specyfikacji nakłada na wykonawcę obowiązek dysponowania taką ilością pojazdów, a nie ich używania do realizacji zamówienia. Tym samym do kosztów wykonania zamówienia należałoby wliczyć najwyżej koszt utrzymywania takiej ilości pojazdów, a nie ich użytkowania przy realizacji zamówienia.

Izbie nie są znane przepisy BHP ani przepisy dotyczące ruchu drogowego i wykonywania zawodu kierowcy, które uniemożliwiałyby ograniczenie obsady śmieciarki do dwóch osób. Kierowca może jednocześnie pełnić rolę ładowacza i w ten sposób ciężkie pojemniki, do których przetaczania wymagany jest udział dwóch osób, będą przetaczane przez taką obsadę. Oczywiście silnik pojazdu na czas oddalenia się kierowcy może zostać wyłączony i

uruchomiony ponownie na czas załadunku pojemników. Powyższemu stanąć mogą na przeszkodzie tylko niesprawne akumulatory pojazdów. Tym samym postulowana przez odwołującego konieczność przyjęcia do kalkulacji kosztów trzyosobowej obsady śmieciarek jest nieuprawniona.

Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ uznano za niezasadny.

Zarzut w tym przypadku oparto o błędne rozumienie treści oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, iż w treści SIWZ zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania i opisywania w ofercie rozwiązań technicznych i materiałów (np. dokładnego rodzaju pojemników na odpady), jakie zamierzają zastosować w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia. Oferta przedkładana w ramach niniejszego postępowania, w świetle zastanych postanowień SIWZ, stanowiła ogólne, złożone na formularzu ofertowym, zobowiązanie do wykonania zamówienia w sposób zgodny z jego opisem zawartym w dokumencie przetargowym za zaoferowaną cenę. Taką też ofertę złożył PZOM.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia

zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

Odwołujący nie wskazał żadnych elementów treści oferty (wyrażonego w tej treści, zaciąganego przez wykonawcę zobowiązania), które miał być niezgodne z treścią SIWZ, nie wskazał i nie powołał żadnych, wyżej scharakteryzowanych, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zarzuty odwołania odnoszą się w istocie do treści wyjaśnień wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny, a nie do treści oferty.

Objaśniając powyższe, wskazać można na przyjmowane na rynku zamówień publicznych w dokumentach przetargowych, generalnie dwa odmienne sposoby konstruowania ofert (przy stosowaniu całego spektrum wariantów mieszanych i pośrednich).

W jednym wypadku zamawiający wymagają jedynie podania ceny oraz zaciągnięcia ogólnego zobowiązania do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ (czy to przez sam fakt złożenia oferty na wykonanie zamówienia w odpowiedzi na konkretne warunki przetargowe, czy przez złożenie odrębnej deklaracji w tym zakresie). Tego typu oferta zawiera w swojej treści wszystkie istotne przedmiotowo elementy ją konstytuujące – przez odniesienie do dokumentu przetargowego, gdzie warunki realizacji zamówienia określono. W innym wariantcie, żądane jest podanie w ofercie, co konkretnie w ramach realizacji danego zamówienia zostanie wykonane, dostarczone, w jaki sposób, w jakim okresie... *etc.* (np. przez wskazanie w ofercie konkretnych, oznaczonych urzędzeń, opisanie sposobu wykonania zamówienia, załączenie do oferty kosztorysów zawierających oznaczenie stosowanych materiałów lub tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp... *etc.*).

W pierwszym z ww. wariantów na treść oferty, tzn. na zakres wynikającego z niej zobowiązania wykonawcy, składa się jedynie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Wykonawca pozostawiona zostaje pełna swoboda realizacji zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Do czasu realizacji zamówienia, a często nawet w jego trakcie (w zależności od kształtu umowy w sprawie zamówienia), może dowolnie zmieniać przedmiot swojego świadczenia, poruszając się przy tym w ramach wymagań SIWZ, nie zmieniając przez to treści oferty i zaciągniętego w niej zobowiązania. Zobowiązanie to, tylko w takim zakresie w jakim zostało wyrażone i opisane w ofercie, będzie mogło zostać ocenione pod względem jego zgodności z SIWZ, nie ma bowiem żadnej innej, domniemanej i dodatkowej treści oferty, niż wyrażona na piśmie i złożona zgodnie z art. 82 Pzp zamawiającemu.

Zaletą przyjęcia takiego kształtu składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia ofert, jest znikome ryzyko ich odrzucenia ze względu na błędy wykonawców związane z ich przygotowaniem – w takim przypadku bardzo rzadko treść oferty, ze względu na jej prostotę i niewielki zakres podawanych tam informacji, jest niezgodna z SIWZ. Wadą powyższego może

być natomiast przenoszenie ewentualnego sporu, co do zgodności przedmiotu ewentualnego świadczenia z SIWZ – który jako nieopisany w ofercie, nie może zostać zweryfikowany w trakcie oceny ofert – na etap realizacji zamówienia, kiedy to przyjęty przez wykonawcę sposób wykonania zamówienia okaże się niezgodny z SIWZ, a więc i z jego zobowiązaniem ofertowym, a w konsekwencji umowa w sprawie zamówienia będzie wykonywana nienależycie.

Natomiast w drugim z opisanych przypadków, wykonawca już od chwili złożenia i otwarcia oferty, w której opisał i sprecyzował swoje świadczenie, będzie zobowiązany do wykonania zamówienia zgodnie ze swoją ofertą, a jej treść, również w zakresie zawartego w niej opisu świadczenia, będzie podlegała ocenie pod względem zgodności z SIWZ w trakcie badania i oceny ofert, ze wszelkimi tego konsekwencjami.

Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu, zarówno co do zakresu zobowiązania (przedmiotu zamówienia), jak i sposobu jego wyrażenia i potwierdzenia w ofercie.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ.

Uwzględniając powyższe należy przede wszystkim wskazać na znaczenie powoływanych postanowień SIWZ w niniejszym przetargu, odnoszących się do sposobu opisu zobowiązania, które wykonawcy składając ofertę w ramach niniejszego postępowania zaciągali i do potwierdzenia jego zgodności (zgodności przedmiotu oferty) z wymaganiami zamawiającego.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż zamawiający w swoim dokumencie przetargowym przyjął pierwszy z opisywanych wyżej wariantów konstruowania oferty – nie wymagał w ofercie dokładnego opisu i dookreślenia, co jest jej przedmiotem, ale wymagane, ofertowe zobowiązanie wykonawcy ukształtował li tylko przez odniesienie do

swojej SIWZ. Wykonawcy w ofercie zobowiązywali się więc tylko do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Nic więcej w treści oferty odnośnie dookreślenia przedmiotu świadczenia nie musiało się znaleźć.

Tak też odwołujący nie wskazał w jakim punkcie i zakresie treść oferty PZOM jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, jakich dokumentów potwierdzających spełnianie merytorycznych warunków specyfikacji w niej brakuje lub w jaki sposób i w jakim zakresie nie odnosi się ona do opisu przedmiotu zamówienia lub w jaki sposób z jej treści wynika, że oferowany jest przedmiot świadczenia niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym wskazane i opisane przez odwołującego przyczyny odrzucenia oferty w istocie nie odnoszą się do niezgodności treści złożonej oferty i zakresu wynikającego z tej oferty zobowiązania, ale usiłują wykazać niezgodność planów wykonawcy, co do sposobu wykonania zamówienia uwidocznionych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z treścią SIWZ. Powyższe niezgodności mogą przesądzić o błędach kalkulacji cenowej wykonawcy (co rzeczywiście miało w tym przypadku miejsce), ale nie o niezgodności treści oferty z SIWZ.

Jak już wyżej wskazano, nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Przez przedstawienie ww. wyjaśnień wykonawca nie mógł natomiast zmienić treści swojego zobowiązania wyrażonego w ofercie, które pozostaje w mocy i ciągle obliguje go do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Dla przykładu – wykonawca pozostaje na mocy swojej oferty do używania w trakcie realizacji zamówienia pojemników zgodnych z SIWZ, do czego się zobowiązał w treści oferty. Swojego oświadczenia woli w tym przedmiocie za pomocą żadnych późniejszych wyjaśnień nie może już zmienić.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że w ofercie PZOM nie występują niezgodności z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut dotyczący zmowy przetargowej uznano za niezasadny. Odwołujący poza pokrewieństwem wykonawców nie wskazał na żadne inne okoliczności mogące stanowić podstawę domniemania faktycznego, że zмова taka miała miejsce. Wskazani wykonawcy ani nie prowadzą razem żadnej działalności gospodarczej (nie są wspólnikami, nie zasiadają we władzach tych samych spółek... etc.), ani sam przebieg przedmiotowego postępowania nie dostarcza żadnych „poszlak”, iż działali w tym przetargu wspólnie, w porozumieniu i w jakimkolwiek określonym celu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.



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