

WYROK

z dnia 4 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. w Tarnobrzegu i Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO" Sp. z o.o. w Dębicy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kolbuszowa w Kolbuszowej,

przy udziale Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. w Tarnobrzegu i Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO" Sp. z o.o. w Dębicy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. w

Tarnobrzegu i Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO" Sp. z o.o. w Dębicy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. w Tarnobrzegu i Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO" Sp. z o.o. w Dębicy na rzecz Gminy Kolbuszowa w Kolbuszowej kwotę 3 838 zł 01 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści osiem złotych, jeden grosz) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Tarnobrzegu.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Kolbuszowa w Kolbuszowej, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i częściowo zamieszkałych na terenie Gminy Kolbuszowa.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 18 lutego 2015 r. w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 034-058276

W dniu 10 kwietnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 20 kwietnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. w Tarnobrzegu i Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO" Sp. z o.o. w Dębicy (zwani dalej „Konsorcjum A.S.A.”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim, pomimo iż oferta ta winna była zostać odrzucona;
2. zaniechania wezwania Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
3. zaniechania wykluczenia Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
4. zaniechania wykluczenia Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

5. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum A.S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo iż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasad równego traktowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także udzielenie zamówienia wykonawcy, Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim z przedmiotowego postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych nieodrzuconych ofert;

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO ZANIECHANIA WEZWANIA WYKONAWCY ZAKŁAD KOMUNALNY SP. Z O.O. Z/S W SOKOŁOWIE MAŁOPOLSKIM, DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY

Wykonawca Zakład Komunalny z/s w Sokołowie Małopolskim złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę opiewającą na kwotę 1.668.600,00 zł brutto (słownie: milion sześćset

sześćdziesiąt osiem tysięcy sześćset złotych 00/100). Drugim oferentem, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu była Konsorcjum .A.S.A., którego oferta opiewała na kwotę 1.960.200,00 zł brutto (słownie: milion dziewięćset sześćdziesiąt tysięcy dwieście złotych 00/100). Zatem oferta Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim była niższa o 291.600,00 zł brutto (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sześćset złotych 00/100).

Dowód: s. 1 Formularza Ofertowego Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim.

Zamawiający, zgodnie z protokołem przedmiotowego postępowania, określił wartość zamówienia na kwotę 2 916 666,66 zł netto, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została określona na kwotę 486 111,11 zł (netto). Wartość zamówienia podstawowego została zatem ustalona na kwotę 2 430 555,50 zł. Kwota ta była zatem wyższa od kwoty wyłonionego w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy ponad 1 milion złotych, czyli w przeliczeniu procentowym cena netto oferty Wykonawcy jest niższa o prawie 50% od ustalonej szacunkowej wartości zamówienia.

Dowód: 1 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Co więcej, Zamawiający, zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia kwotę w wysokości 2.625.000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony sześćset dwadzieścia pięć tysięcy 00/100). Kwota ta była zatem wyższa od kwoty wyłonionego w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy prawie o 1 milion złotych, czyli w przeliczeniu procentowym oferta Wykonawcy jest niższa w przybliżeniu o 36%. Fakt ten oraz okoliczność, że oferta Konsorcjum .A.S.A. była wyższa prawie o 300 tys. zł powinien być wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, w związku z czym powinien on

wezwać Wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. 2/s w Sokołowie Małopolskim do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Dowód: s. 4 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1 PZP jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30%, od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Mając zaś na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 2 dnia 6 sierpnia 2014 roku (sygn. akt KIO 1501/14) zasadne jest zwrócenie uwagi na fakt, iż „Zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie

wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny Zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny”.

Powołując się natomiast na wyrok Izby z dnia 27 czerwca 2014 roku (sygn. akt KIO 1205/14) wskazać należy, iż „różnica kilkudziesięciu procent pomiędzy ceną oferty uznanej za najkorzystniejszą a szacunkową wartością zamówienia jest samoistną przesłanką do Zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. D^U- Z 2010 r.: Nr 113, poz- 759 ze Km-) w stosunku do oferty rzekomo najkorzystniejszej’.

Oferta Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim znacząco odbiega od poziomu zaoferowanych w przetargu cen pozostałych Wykonawców, tj. Konsorcjum .A.SA., oraz od kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Dokonanie opisu oceny spełniania warunków ma umożliwić zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a jednocześnie ograniczyć możliwości powstania sytuacji, w której wybrany wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością (wyrok KIO z dnia 13 października 2010 roku, sygn. akt KIO 2144/10).

Należy zaznaczyć, że powszechnie za „rażąco niską cenę” przyjmuje się ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień.

Jest to cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO z dnia 29 maja 2008 roku „rażąco niska cena jest wtedy, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku (sygn. akt KIO/UZP 466/08). Przyjmuje się więc, że ofertę z rażąco niską ceną stanowi oferta z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych

(konkurencyjnych) podobnych zamówień, wskazującą na realizację zamówienia poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą 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 konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (por. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009 roku, sygn. akt KIO 867/09, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 601/12).

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż podstawą oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Natomiast ocena Zamawiającego powinna być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki (vide wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 2813/11). Rolą Zamawiającego było więc w tym przypadku ustalenie, czy w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną, a jedynym sposobem by to ustalić było zobligowanie Wykonawcy do przedłożenia wyjaśnień w tym zakresie, czego Zamawiający nie uczynił.

Ponadto, Konsorcjum .A.S.A., jako podmiot profesjonalnie, od kilkunastu lat działający na rynku odpadów komunalnych dokonuje kalkulacji swojej ceny w sposób niezwykle rzetelny, biorąc pod uwagę wszystkie aspekty cenotwórcze, jak również proponując konkurencyjne ceny, wynikające z osiągniętej pozycji rynkowej. Dlatego też podanie przez Wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim ceny za przedmiotową usługę tak dalece odbiegającej od ceny podanej przez Konsorcjum .A.S.A. budzi poważne wątpliwości i nierealne jest osiągnięcie przy tak skalkulowanej cenie, jakiegokolwiek zysku. Zatem zdaniem Konsorcjum .A.S.A., podana przez Wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien był więc wezwać tego Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, czego bezprawnie zaniechał.

Powyższe naruszenie przepisów ustawy mogło mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem wezwanie do złożenia wyjaśnień, rodzi po stronie Wykonawcy obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska (art. 90 ust 2 PZP), a w dalszej kolejności może skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy (art 90 ust 3 PZP).

II. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO ZANIECHANIA WYKLUCZENIA WYKONAWCY ZAKŁAD KOMUNALNY SP. Z O.O. W SOKOŁOWIE MAŁOPOLSKIM ORAZ UZNANIA JEGO OFERTY ZA ODRZUCONĄ, POMIMO IŻ WYKONAWCA ZŁOŻYŁ NIEPRAWDZIWE INFORMACJE MAJĄCE WPŁYW NA WYNIK PROWADZONEGO POSTĘPOWANIA.

Mając na uwadze art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wykonawca Zakład Komunalny Sp. z o. o. z/s w Sokołowie Małopolskim w załączniku nr 3 do SIWZ - „Wykazie wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert” wskazał, iż wykonał zamówienie polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Gminy Sokołów Małopolski o łącznej ilości odebranych odpadów komunalnych w okresie 12 miesięcy (od 1 stycznia 2014 roku do 31 grudnia 2014 roku) 2.192,44 Mg.

Dowód: Przedłożony przez Wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim wykaz wykonanych usług, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ.

Powyższe Wykonawca rzekomo potwierdził poświadczeniem należytego wykonywania usług wystawionym przez Burmistrza Gminy i Miasta Sokołowa Małopolskiego. Zgodnie z przedłożonym poświadczeniem Wykonawca odebrał z terenu Gminy Sokołów Małopolski odpady komunalne z terenu nieruchomości zamieszkałych w ilości 2.192,44 Mg.

Dowód: Poświadczenie należytego wykonywania usług przedłożone przez Wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim.

Wyżej wskazane dane Wykonawca wskazał na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 marca 2015 roku do uzupełnienia dokumentów. Gmina Kolbuszowa wprost wezwała o przedłożenie stosownych dokumentów, z których będzie wynikało wykonanie jednej usługi odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie 2.000 Mg.

Dowód: Wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 30 marca 2015 roku.

Powyższe dane odebranych odpadów komunalnych, podane przez Sokołów Małopolski w Wykazie a poświadczone przez Gminę Sokołów Małopolski stoją w sprzeczności z danymi wynikającymi z przedłożonych przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim sprawozdań z zakresu realizacji gospodarki odpadami z terenu Gminy Sokołów Małopolski.

Zgodnie z art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie w brzmieniu obowiązującym na dzień składania przez Wykonawcę sprawozdań kwartalnych miał następujące brzmienie: „1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania kwartalnych sprawozdań.

2. Sprawozdanie jest przekazywane wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta w terminie do końca miesiąca następującego po kwartale, którego dotyczy.

3. Sprawozdanie zawiera:

- 1) informacje o masie poszczególnych rodzajów odebranych odpadów komunalnych oraz sposobie ich zagospodarowania, wraz ze wskazaniem instalacji, do której zostały przekazane odebrane od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania;
- 2) informacje o masie odpadów komunalnych ulegających biodegradacji:
 - a) przekazanych do składowania na składowisku odpadów,
 - b) nieprzekazanych do składowania na składowisku odpadów i sposobie ich zagospodarowania;
- 3) liczbę właścicieli nieruchomości, od których zostały odebrane odpady komunalne;
- 4) wskazanie właścicieli nieruchomości, którzy obierają odpady komunalne w sposób niezgodny z regulaminem”.

Wykonawca Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim przedłożył Burmistrzowi Gminy i Miasta Sokołów Małopolski 4 sprawozdania kwartalne za rok 2014.

Z przedłożonych sprawozdań wynika, iż Wykonawca Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim w roku 2014 odebrał z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Sokołów Małopolski ilość odpadów o łącznej masie 1.808,947 Mg.

Dowód: 1. Sprawozdanie za I kwartał 2014 roku;

2. Sprawozdanie za II kwartał 2014 roku;

3. Sprawozdanie za III kwartał 2014 roku;

4. Sprawozdanie za IV kwartał 2014 roku.

Poniżej przedstawione zostaną tabele przedstawiające wyliczenia ilości odebranych odpadów komunalnych z terenu Gminy Sokołów Małopolski na podstawie przekazanych przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim sprawozdań kwartalnych.

Sprawozdanie za I kwartał 2014 roku

I kwarta	
Kod i rodzaj odebranych odpadów komunalnych	Masa odebranych odpadów komunalnych [Mg]
16 01 03 Zużyte opony	90,77
20 01 39 Szkło	43,34
20 01 39 Tworzywa sztuczne	30,54
20 01 40 Metale	0,2

20 01 36 Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23, 20 01 35	0,04
20 01 32 Leki inne niż wymienione w 20 01 31	0,02
17 01 01 Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów	2,04
20 01 99 Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny	40,79
20 02 03 Inne odpady nieulegające biodegradacji	3,01
20 03 01 Niesegregowane odpady komunalne	327,33
Łączna masa selektywnie zebranych odpadów komunalnych ulegających biodegradacji	4,06
razem	542,14

Sprawozdanie za II kwartał 2014 roku

II kwartał	
Kod i rodzaj odebranych odpadów komunalnych	Masa odebranych odpadów komunalnych [Mg]
20 01 02 Szkło	38,08
20 01 39 Tworzywa sztuczne	39,88
20 01 40 Metale	0,18
20 01 34 Baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33	0,04
20 01 35* Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 33 zawierające niebezpieczne składniki	3,45
20 01 36 Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23, 20 01 35	0,87
20 03 07 Odpady wielkogabarytowe	2,04
20 03 01 Niesegregowane odpady komunalne	273,92
17 01 01 Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów	2,3
17 01 07 Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadów materiał., ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06	1,87
20 01 99 Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny	2,45
20 02 02 Gleba i ziemia, w tym kamienie	0,52

20 02 03 inne odpady nieulegające biodegradacji	9,28
20 03 01 Niesegregowane odpady komunalne	51,88
20 03 02 Odpady z targowisk	1,64
Łączna masa selektywnie zebranych odpadów komunalnych ulegających biodegradacji	11,18
razem	439,58

Sprawozdanie za III kwartał 2014 roku

III kwartał	
Kod i rodzaj odebranych odpadów komunalnych	Masa odebranych odpadów komunalnych [Mg]
20 01 02 Szkło	36,02
20 01 39 Tworzywa sztuczne	47,45
20 01 40 Metale	0,2
20 01 34 Baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33	0,064
20 01 35* Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 33 zawierające niebezpieczne składniki	4,639
20 01 36 Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23, 20 01 35	0,942
20 03 07 Odpady wielkogabarytowe	9,9
20 03 01 Niesegregowane odpady komunalne	320,18
17 01 01 Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów	1,1

17 01 02 Gruz ceglany	1,06
17 01 07 Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanoego, odpadów materiał., ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06	1,22
Łączna masa selektywnie zebranych odpadów komunalnych ulegających biodegradacji	15,03
Razem	437,805

Sprawozdanie za IV kwartał 2014 roku

IV kwartał	
Kod i rodzaj odebranych odpadów komunalnych	Masa odebranych odpadów komunalnych [Mg]
20 01 02 Szkło	28,3
20 01 39 Tworzywa sztuczne	42,37
20 01 40 Metale	0,22
20 01 21* Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć	0,012
20 03 07 Odpady wielkogabarytowe	1,42
20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne	274,88

17 01 02 Gruz ceglany	0,82
20 01 99 Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny	25,9
20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne	2,11
Łączna masa selektywnie zebranych odpadów komunalnych	13,39
Razem	389,422

Z powyższego wynika zatem, iż Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim w załączniku nr 3 do SIWZ „Wykazie (...)” złożył nieprawdziwe informacje. Zgodnie bowiem z danymi podanymi przez Wykonawcę odebrał on z terenu Gminy Sokołów Małopolski odpady komunalne o łącznej masie 2.192,44 Mg, a więc dokonał zawyżenia ilości odebranych odpadów, w stosunku do ilości wynikających z powołanych powyżej sprawozdań o ilość 383,493 Mg.

Wykonawca złożył również dokument poświadczający nieprawdę, tj. poświadczenie należytego wykonania usług z dnia 25 marca 2015 roku wystawione przez Burmistrza Gminy i Miasta Sokołów Małopolski. Pomijając w tym miejscu kwestię prawnokarną złożenia przez Wykonawcę dokumentów poświadczających nieprawdę, wskazać należy, iż powyższe ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Zgodnie bowiem z pkt. 5.3.2. IDW „Za spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie usługę odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej — 2000 Mg warunku określonego w pkt 5.2.2. [posiadania wiedzy i doświadczenia przyp. W.G.]. Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (...) oraz wykazu wykonanych lub wykonywanych usług wraz K podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie

Dowód: s. 4 Rozdziału I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców.

Wskazać zatem należy, iż niezbędnym warunkiem dopuszczającym Wykonawcę do udziału w przedmiotowym postępowaniu było m.in. wykazanie, iż odebrał on odpady komunalne o łącznej masie 2.000 Mg. Wykonawca Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim chcąc zatem spełnić przedmiotowy warunek zawyżył masę odebranych odpadów komunalnych z terenu Gminy Sokołów Małopolski o 383,493 Mg. Tym samym wskazać więc należy, iż w przedmiotowym przypadku Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art 24 ust 2 pkt 4 Pzp.

Podanie przez Wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim nieprawdziwych informacji miało zatem istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż w przeciwnym wypadku jego oferta zostałaby wykluczona i uznana za odrzuconą.

W tym miejscu zasadne jest przytoczenie wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2014 roku o sygn. akt KIO 1079/14, w uzasadnieniu którego Izba stwierdziła, iż „Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucia się wykonawców, którzy nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis powyższy nie deprecjonuje, jakiego typu informacje można zakwalifikować jako nieprawdziwe, co oznacza, że każdy rodzaj i zakres informacji, jeżeli zostanie stwierdzony fakt nieprawdziwości wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy, podającego takie informuje, z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ocena Złożonych informacji, pod kątem ich prawdziwości dotyczyć może zarówno części podmiotowej, czyli dotyczącej samego wykonawcy, jak też części przedmiotowej złożonej oferty, tj. merytorycznej treści oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji”- W wyroku z dnia 9 czerwca 2014 roku (sygn. akt KIO 1048/14) Izba stwierdziła z kolei, iż „Informacja nieprawdziwa to informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, to informacja niezgodna z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. Informacje takie mogą mieć charakter Zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy i dotyczyć wszelkich elementów postępowania. Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że dana informacja nie odzwierciedla stanu rzeczywistego”.

Mając zatem na uwadze powyższe, wskazać należy, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, w związku z czym powinien zostać wykluczony.

III. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO ZANIECHANIA WYKLUCZENIA WYKONAWCY ZAKŁAD KOMUNALNY SP. Z O.O. W SOKOŁOWIE MAŁOPOLSKIM ORAZ UZNANIA JEGO OFERTY ZA ODRZUCONĄ, POMIMO IŻ WYKONAWCA NIE WYKAZAŁ SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na względzie rozważania przedstawione w pkt. II niniejszego Odwołania, wskazać należy, iż Wykonawca Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim w wykazie wykonanych usług, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ podał nieprawdziwe informacje. Powyższe ma istotny wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, gdyż zawyżenie ilości odebranych odpadów powoduje, iż Wykonawca podając wartości rzeczywiste, nie spełniłby warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wymagał bowiem w ID W, by ilość odebranych przez Wykonawców odpadów komunalnych w danym okresie wynosiła co najmniej 2.000 Mg. Z informacji zawartych w sprawozdaniach kwartalnych składanych przez Wykonawcę Burmistrzowi Sokołowa Małopolskiego wynika, iż rzeczywista ilość odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w roku 2014 nie przekracza warunku wymaganego przez Zamawiającego, tj. 2.000 Mg. Wykonawca Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim nie spełnia zatem warunków udziału w postępowaniu, a zatem powinien zostać wykluczony, zaś jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą (nie ma bowiem możliwości ponownego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów w trybie art, 26 ust. 3 PZP).

IV. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO CZYNNOŚCI WYBORU, JAKO NAJKORZYSTNIEJSZEJ, OFERTY ZAKŁADU KOMUNALNEGO SP. Z O.O. Z/S W SOKOŁOWIE MAŁOPOLSKIM Z NARUSZENIEM ZASAD UCZCIWEJ KONKURENCJI I RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW ORAZ NIEZGODNIE Z ZAPISAMI USTAWY PZP

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek

równego traktowania Wykonawców. Ponadto, Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty jako najkorzystniejszej, jeżeli ta oferta podlega odrzuceniu na podstawie regulacji zawartych w art. 89 PZP. Tym samym nie można udzielić zamówienia publicznego Wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 3 i 4 PZP).

Z przedstawionego stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie traktował równo wykonawców, którzy zgłosili oferty w postępowaniu. Przede wszystkim, Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim, pomimo iż powinien on powziąć wątpliwości co do rzetelności ceny podanej przez Wykonawcę. Ponadto, Zamawiający powinien był wykluczyć Wykonawcę z przedmiotowego postępowania, czego również nie uczynił.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i 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 zarzutów odwołania dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według 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. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z

odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
 - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
 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.

Odnosnie zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania należy wskazać, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, 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.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o podaniu nieprawdziwych informacji przez wykonawcę sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

I.

Zarzut zaniechania wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy jest niezasadny.

Regulacja art. 90 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zmierzającej do ustalenia czy cena mu oferowana nie jest rażąco zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a także umożliwienia wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że cena oferowana ma legalny charakter – nie jest rażąco niska. Procedura tego typu winna być przeprowadzona w przypadku wątpliwości, co do legalności ceny oferowanej i przed czynnością odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską. Regulacja ta nie powinna być natomiast interpretowana i stosowana jako li tylko formalny i automatyczny obowiązek mnożenia zbędnych czynności w postępowaniu, gdy żadne obiektywne wątpliwości co do adekwatności ceny oferowanej do wartości przedmiotu zamówienia nie zachodzą.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„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.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”*. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”*.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.”*

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia” (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie” pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Właśnie w opisanym kontekście (ze szczególnym podkreśleniem brzmienia samej przesłanki odrzucenia oferty jako odnoszącej się do zaniżenia ceny w stosunku do realnej wartości przedmiotu zamówienia) należy interpretować dyspozycję art. 90 ust. 1 Pzp i ustanawianego tam obowiązku badania ceny oferowanej oraz orzekać o niej w ramach postępowania odwoławczego. Nieracjonalnym byłoby bowiem przyjęcie, iż w ramach procedury wyjaśniającej Zamawiający ma ustalać to, co już wykazał w postępowaniu odwoławczym, a co nie tylko stanowiło o ocenie braku „wydawania się” występowania ceny rażąco niskiej, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, ale w ogóle przesądziło o niemożliwości wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Jeszcze raz należy podkreślić i wskazać, iż jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych dostępnym mu czynników pozwalających zaoferować cenę na określonym poziomie, będzie bezprzedmiotowe, gdy cena ta nie będzie zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. W takim przypadku, nawet jeżeli koszty prowadzenia działalności danego wykonawcy związane z wykonaniem danego zamówienia nie znajdują pokrycia w cenie ofertowej, przesłanka odrzucenia jego oferty nie zajdzie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ustanawia weryfikowanie cen ofertowych w pewnym punkcie granicznym –

poziomie wartości przedmiotu zamówienia. Oferty z cenami powyżej tego poziomu mogą być skalkulowane w sposób nieracjonalny, niepokrywający kosztów wykonania zamówienia i nie będą to oferty, o których mowa w ww. przepisie. Pierwszą i fundamentalną okolicznością ważącą na całej ustawowej instytucji ceny rażąco niskiej jest więc ustalenie realnej wartości przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia dwie przykładowe, wskazane alternatywnie, okoliczności, które świadczyć mają o wątpliwościach co do legalnego charakteru ceny zaoferowanej – 30% odbieganie ceny oferty *in minus* od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz 30% odbieganie *in minus* od wartości zamówienia, a w konsekwencji prowadzi do powstania obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.

W rozpatrywanym przypadku pierwsza z ww. przesłanek ewidentnie nie zachodzi, co nie jest pomiędzy stronami sporne.

Natomiast cena ofertowa Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim jest ponad 30% niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 35 Pzp oraz wpisanej w protokole z postępowania (okoliczności związane z porównaniem cen ofertowych oraz szacunkowej wartości zamówienia zostały zgodnie z rzeczywistością opisane w treści odwołania przytoczonej powyżej).

W świetle wywodów poczynionych wyżej, przyjęć należy, iż wartość zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ma być przede wszystkim wartością realną, tj. jak najbardziej odpowiadającą rzeczywistej rynkowej wartości przedmiotu zamówienia. Takie samo założenie przyjmuje się również w art. 35 ust. 1 ustawy, nakazującym zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z należytą starannością. Co do zasady więc należy przyjmować, iż ustalone w ten sposób przez zamawiającego wynagrodzenie wykonawcy (spodziewana cena ofertowa netto) odzwierciedla rzeczywistość i jest wartością zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Jednakże założenie to jest jak najbardziej wzruszalne – w przypadku gdy nie zachodzą wątpliwości, iż wartość zamówienia nie została oszacowana z należytą starannością, a ustalone okoliczności przesądzają o jej zupełnej nieadekwatności w stosunku do rzeczywistej wartości zamówienia, przyjęć można, iż kwota szacowana niegdyś przez zamawiającego nie będzie wywierała określonych skutków prawnych. Z takich względu i w takim przypadku, zamawiający może nie kierować się porównaniem cen ofertowych złożonych w postępowaniu ze swoimi niegdysiejszymi szacunkami, ale powinien odnieść je do realnej wartości zamówienia.

Przy czym na marginesie zaznaczyć należy, iż w takim przypadku zamawiający bierze na siebie ryzyko i konieczność udowodnienia (przed organami orzekającymi o prawidłowości

zaniechania czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień lub kontrolującymi postępowanie), że jego oszacowanie wartości zamówienia dokonane przed wszczęciem postępowania nie odzwierciedla wartości zamówienia objętego danym postępowaniem przetargowym. Naraża się również na zarzuty dotyczące prawidłowości szacowania wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania, szczególnie doniosłe w przypadku, gdyby wartość ta zdecydowała o nieprawidłowym zastosowaniu trybu postępowania.

W rozpatrywanym przypadku Zamawiający udowodnił przed Izbą, iż kwota wpisana w protokole postępowania nie jest rzeczywistą wartością zamówienia i jako taka nie może stanowić punktu odniesienia dla oceny konieczności wezwania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie ceny.

Izba uwzględniła w tym zakresie dowody przedkładane przez Zamawiającego: umowę nr 152/2013, w ramach której A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. świadczyła dotychczas usługi składające się na przedmiot obecnego zamówienia oraz korespondencję pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcą w sprawie ceny zaoferowanej w postępowaniu, które doprowadziło do zawarcia ww. umowy, a które wskazują na kwoty prawie dwukrotnie niższe od szacunkowej wartości zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę składane na rozprawie wyjaśnienia Zamawiającego i uznała je za wiarygodne, iż w ramach ustalania wartości zamówienia, jego zakres, tj. ilość odpadów do odebrania, szacowano na poziomie ponad 2000 Mg, tymczasem realne ilości obierane w ramach poprzednio obowiązującej umowy, które wyceniane są w ramach ceny ryczałtowej, to nieco ponad 1000 Mg. Okolicznościom tym Odwołujący nie przeczył. Ponadto dodatkowo uwiarygadnia powyższe zakres rzeczowy stawianych warunków udziału w postępowaniu ustalony przez Zamawiającego na 2000 Mg odpadów (doświadczenie w obiorze takiej ilości odpadów).

O nierealności szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego świadczą obie ceny ofertowe złożone w tym postępowaniu – obie znacznie niższe niż szacunki zamawiającego.

Również na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przewidywał już kwotę niższą niż oszacowana przezeń wartość zamówienia (z zamówieniami dodatkowymi).

II.

Zarzuty dotyczące podania nieprawdziwych informacji oraz niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim uznano za niezasadne.

W świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... etc., materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełnienia powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp – wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył.

Natomiast w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Ujmując rzecz jak najlapidarniej, wskazać można, iż braki w wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogą być sanowane, natomiast kłamstwa wykonawcy – nie.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie następuje trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Ponadto w orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn.

akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcę z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Okoliczności faktyczne sprawy zostały zgodnie z rzeczywistością opisane w treści odwołania przytoczonej powyżej.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż Przystępujący nie podał Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w zakresie ilości odebranych odpadów, a tym samym wykazał również spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto doświadczenie przystępującego zostało nabyte w ramach jednej umowy, które dotyczyło postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęte ogłoszeniem nr BPZ 89307-2013 z dnia 24.05.2013 r. (przedłożonym przez Odwołującego).

Izba uwzględniła w tym zakresie i oceniła sprawozdania kwartalne podmiotu odbierającego odpady komunalne powoływane przez Odwołującego, a także pismo Burmistrza Miasta i Gminy Sokołów Małopolski z dnia 28 kwietnia 2015 r. wraz z załącznikami (w tym korektą ww. sprawozdań kwartalnych) przedłożone przez Przystępującego.

Ww. pismo w sposób kompleksowy i wiarygodny wyjaśnia różnicę pomiędzy poświadczoną ilością odebranych odpadów, a ilościami wynikającymi ze sprawozdań kwartalnych – nie sprawozdawano odpadów, które według umowy nr 1/OK/2013 r. zawartej pomiędzy Gminą Sokołów Małopolski a Zakładem Komunalnym Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim, były odbierane bez wynagrodzenia (w szczególności gruzu budowlanego).

Izba nie znalazła podstaw aby odmówić wiarygodności twierdzeniom tam zawartym, a także aby założyć, że funkcjonariusz publiczny jakim jest Burmistrz Miasta i Gminy Sokołów Małopolski, p. Andrzej Ożóg dopuszcza się poświadczenia nieprawdy, a pełnomocnicy i reprezentanci Przystępującego posługują się tego typu dowodem na potrzeby postępowania odwoławczego – narażając się na odpowiedzialność karną z tym związaną.

Wobec tego typu potwierdzenia ze strony zamawiającego – Gminy Sokołów Małopolski, co do ilości rzeczywiście odebranych odpadów oraz braku dowodów, mogących powyższe podważyć, należało stwierdzić, że Przystępujący nie podał informacji nieprawdziwych, a jego wykazywane doświadczenie odpowiada warunkom udziału w postępowaniu stawianym przez Zamawiającego i tym samym potwierdza ich spełnianie.

Pozostałe zarzuty odwołania są wtórne do zarzutów opisanych powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw 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). Wnioskowane przez Zamawiającego koszty zasądzono w zakresie w jakim zostały udokumentowane rachunkami potwierdzającymi ich poniesienie, o których mowa w ww. przepisie, tj. zasądzono koszty zastępstwa procesowego oraz paliwa.

.....