

WYROK

z dnia 23 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2013 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze z siedzibą w Zabrze**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w terminie od 1 lipca 2013 do 31 grudnia 2015 roku* (nr postępowania Or.VII.271.15.2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Tarnobrzeg reprezentowana przez Prezydenta Miasta Tarnobrzeg**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SanTa-EKO T..... Z....., I..... R..... sp. j z siedzibą w Stalowej Woli, Miejski Zakład Komunalny sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Dębie –** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia – **A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze z siedzibą w Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tarnobrzeg – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w terminie od 1 lipca 2013 do 31 grudnia 2015 roku* (nr postępowania Or.VII.271.15.2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_039-062557 z 23 lutego 2013 r., z tym, że 19 lutego 2013 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.tarnobrzeg.eoibip.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”)

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 17.054.100,00 zł, co stanowi równowartość 4.242.735,60 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 6.821.640,00 zł, co stanowi równowartość 1.697.094,24 euro.

30 kwietnia 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze z siedzibą w Zabrze (dalej zwanych również „Konsorcjum A.S.A.”) – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SanTa-EKO T..... Z....., I..... R..... sp. j. z siedzibą w Stalowej Woli, Miejskiego Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu, Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Dębie (dalej zwanych również „Konsorcjum SanTa-EKO”).

10 maja 2013 r. (pismem z 9 maja 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu)

od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SanTa-EKO oraz zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo niewykazania przez nie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 87 ust. 1 zd. drugie oraz ust. 2 pkt 3 – przez niedopuszczalne poprawienie omyłek w treści oferty Konsorcjum SanTa-EKO.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 PZP – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SanTa-EKO, pomimo iż była ona niezgodna z SIWZ oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny polegający na wskazaniu nieobowiązujących stawek podatku VAT.
4. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum SanTa-EKO do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
5. Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum SanTa-EKO niezgodnej z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum SanTa-EKO oraz unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej (kolumna 7 tabeli *Cena zagospodarowania odpadów*) oraz innych omyłek w treści oferty Konsorcjum SanTa-EKO (zmian podanych stawek podatku od towarów i usług).
2. Ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum SanTa-EKO z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum SanTa-EKO.
3. Wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez pozostałych wykonawców niepodlegających wykluczeniu lub ewentualnie spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

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

I. niewykazanie spełniania warunków udziału przez Konsorcjum SanTa-EKO

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem V pkt 2 SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

a) Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonali:

co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usługom stanowiącej przedmiot zamówienia obejmującą wykonanie usługi odbierania odpadów komunalnych, od minimum

25 000 osób z terenu jednej gminy, oraz czasie świadczenia nie krótszym niż 12 kolejnych miesięcy wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie lub

co najmniej usługę złożoną z dwóch oddzielnych usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia obejmujących wykonanie usług odbierania odpadów komunalnych od łącznej ilości minimum 25 000 osób z terenu jednej gminy oraz czasie świadczenia nie krótszym niż 12 kolejnych miesięcy każda osobno wraz z dokumentami na każdą usługę potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

b) Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonali:

co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia obejmującą wykonanie usługi odbierania odpadów segregowanych, od minimum 15 000 osób z terenu jednej gminy, oraz czasie świadczenia nie krótszym niż 12 kolejnych miesięcy wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie lub

co najmniej usługę złożoną z dwóch oddzielnych usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia obejmujących wykonanie usług odbierania odpadów segregowanych od łącznej ilości minimum 15 000 osób z terenu jednej gminy oraz czasie świadczenia nie krótszym niż 12 kolejnych miesięcy każda osobno wraz z dokumentami na każdą usługę potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Ponadto na potwierdzenie spełniania tego warunku w rozdziale VI pkt 1 lit. c) SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu usług w zakresie niezbędnym do wykapania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie – (załącznik nr 5 do SIWZ).

Odwołujący zrelacjonował, że Konsorcjum SanTa-EKO (na s. 43 i 45 oferty) przedłożyło dwa wykazy wykonanych usług, załączając (na s. 44 i 46 oferty) do każdego z tych wykazów referencje potwierdzające należyte wykonanie wskazanej usługi. Tym niemniej Zamawiający, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 pzp, pismem z 17 kwietnia 2013 r. wezwał Konsorcjum SanTa-EKO do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku. Konsorcjum SanTa-EKO w piśmie

z 23 kwietnia 2013 r. przedłożyło uzupełnienie dokumentacji, o jakie wnosił Zamawiający: kolejne dwa wykazy wykonanych usług datowane na 2 kwietnia 2013 r.

W ocenie Odwołującego żaden z przedłożonych przez Konsorcjum SanTa-EKO wykazów wykonanych usług nie potwierdza spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w odbiorze odpadów komunalnych od określonej liczby mieszkańców z terenu jednej gminy w okresie co najmniej 12 miesięcy (25.000 mieszkańców w przypadku odpadów zmieszanych i 15.000 mieszkańców w przypadku odpadów zbieranych selektywnie), a co za tym idzie nie wypełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w rozdziale VI pkt 1 lit. c) SIWZ, tj. nie obejmuje zakresu niezbędnego do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Odwołującego bez znaczenia jest w tym zakresie treść referencji na s. 44 i 46 oferty Konsorcjum, albowiem zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Izby: (...) *dokument referencji lub inny tego rodzaju dokument ma służyć przede wszystkim wykazaniu należytego wykonania zadania. Opis zadania, jego identyfikacja następuje w wykazie usług* (wyrok z 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1659/12; por. także wyrok z 26 marca 2012 r., sygn. akt KIO 514/12; wyrok z 29 października 2012 r., sygn. akt KIO 2256/12). Co więcej, nawet samo wskazanie, że spółdzielnia mieszkaniowa obejmuje 27154 mieszkańców nie jest – według Odwołującego – tożsame z jednoznacznym wskazaniem, iż dany wykonawca był jedyną firmą odbierającą odpady komunalne od wszystkich mieszkańców tejże spółdzielni. Jak stwierdził Odwołujący – równie dobrze każdy mieszkaniec mógłby wystawić stosowną referencję, wskazując np. że odpady komunalne były odbierane na terenie miasta Stalowej Woli, a w Stalowej Woli zamieszkuje ok. 115 tysięcy mieszkańców.

Odwołujący wywiódł również, że ponieważ Zamawiający *nie może wymagać wezwania do uzupełnienia wielokrotnie w stosunku do tego samego wykonawcy w zakresie tego samego rodzaju dokumentów* (wyrok Izby z 21 listopada 2012 r., sygn. akt. KIO 2483/12), a Konsorcjum SanTa-EKO nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu – Zamawiający stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jest zobligowany do wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

II. niedopuszczalne poprawienie omyłek w treści oferty Konsorcjum SanTa-EKO

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z art. 87 ust. 1 *in fine* pzp niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, a zamawiający – opierając się na art. 87 ust. 2 pzp – może jedynie poprawić oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał poprawy dwóch omyłek sklasyfikowanych przez siebie jako oczywiste omyłki rachunkowe. Odwołujący zgodził się

jedynie z oczywistością omyłki polegającej na błędnym zsumowaniu przez Konsorcjum SanTa-EKO w tabeli b) w kolumnie piątej – *ceny jednostkowe netto*. Zdaniem Odwołującego nie sposób natomiast uznać za dopuszczalne poprawienia jako oczywistej omyłki zsumowania poszczególnych cen brutto wskazanych w kolumnie siódmej tabeli b), w sytuacji gdy treść poszczególnych pozycji w tej kolumnie nie wynikała z dodania pozycji zawartych w kolumnie piątej oraz szóstej. Odwołujący podał przykładowo, że w pierwotnej treści oferty Konsorcjum SanTa-EKO w pozycji *zużyte opony* w kolumnie piątej wpisano -55,80 (złotych), a w kolumnie szóstej -4,46 (%), zaś wynikiem dodawania tych danych z pewnością nie jest -60,26 – jak błędnie wskazało Konsorcjum SanTa-EKO – lecz -53,31132. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa z oczywistą omyłką rachunkową mamy do czynienia tylko wtedy, kiedy istnieje tylko jeden niebudzący wątpliwości sposób poprawienia takiej omyłki. W stosunku natomiast do danych zawartych w kolumnie siódmej tabel a) i b) nie można było mieć żadnej pewności co do poprawności zawartych w niej danych, aż do czasu zweryfikowania poprawności treści kolumny szóstej, w której Zamawiający jednoznacznie wymagał podania stawki % podatku VAT.

Odnosząc się do poprawek dokonanych przez Zamawiającego w treści kolumny systemy tabel a) i b) Odwołujący ponownie przywołał brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Następnie Odwołujący przywołał następujące orzeczenia Izby {cytaty, podkreślenia i pogrubienia za odwołaniem}:

- Wyrok z 8 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2813/12), w którym wskazano, że odnosząc się do przesłanek i sposobu zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy *w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. **Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym.** W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 **winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia.** W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. **Dopuszcza się więc***

*możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które Zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 P.z.p. **W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10).***

- Wyrok z 28 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2527/12), w którym przyjęto, że *Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. ma zatem zastosowanie jeżę li niezgodność treści oferty z treścią siwz ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sprawie niezgodność treści oferty odwołującego z treścią siwz polega na nieuwzględnieniu przez odwołującego w ofercie wymagań specyfikacji w zakresie podania w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych z uwzględnieniem podatku VAT oraz obliczenia w oparciu o te ceny wartości za wykonanie całości zamówienia. **Z punktu widzenia wymagań i potrzeb zamawiającego przedstawiony przez wykonawcę kosztorys ofertowy jest opracowany błędnie. W przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy, ma istotne znaczenie, jako dokument określający przedmiot oferty oraz jej cenę, w tym także ceny jednostkowe, które będą podstawą do przeprowadzenia rozliczeń za wykonanie przedmiotu zamówienia, zważywszy na kosztorysowy sposób wynagrodzenia wykonawcy w przeważającej części robót. Izba uznała, że tak znaczna i istotna niezgodność kosztorysu z wymaganiami siwz nie powstała na skutek niezamierzonej omyłki, będącej wynikiem np. drobnego przeoczenia lub niedopatrzenia. Kosztorys został w całości sporządzony według odmiennych zasad niż określone w siwz, a to sprawiło, że dokument ten nie zawiera wymaganych treści istotnych dla zamawiającego. Izba nie stwierdziła jakichkolwiek okoliczności, które wskazywałyby na to, że powyższą niezgodność treści oferty powstała na skutek omyłki. W tym zakresie odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji. Na uwagę zasługuje w tym miejscu***

wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie sygn. akt: XII GA 429/09, w którym stwierdzono, że „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p-Z-p- wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. **lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu <<omyłki>>. (...)**” W omawianym przypadku doprowadzenie treści oferty odwołującego do zgodności z treścią siwz wymaga obliczenia cen jednostkowych uwzględniających podatek od towarów i usług we wszystkich (98) pozycjach kosztorysu ofertowego, **a następnie obliczenia wartości poszczególnych pozycji z uwzględnieniem cen jednostkowych i zsumowania tych wartości w celu obliczenia ceny za całość przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby dokonanie tak obszernej zmiany w treści oferty, de facto obejmującej cały dokument (kosztorys ofertowy) wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p.** Jednocześnie konieczna zmiana treści kosztorysu nie może być dokonana przez zamawiającego bez udziału wykonawcy w tej czynności. **Zamawiający nie jest uprawniony, aby zastąpić wykonawcę w czynności polegającej na ustaleniu prawidłowej stawki podatku od towarów i usług w 98 pozycjach kosztorysu, a następnie jej zastosowania i dokonania odpowiednich obliczeń, które były, zgodnie ze specyfikacją, wymagane.** Uzgadnianie z wykonawcą powyższych operacji wymagałoby złożenia przez wykonawcę dodatkowych oświadczeń woli, które w świetle treści złożonej oferty należałoby uznać za oświadczenia uzupełniające (nowe) dotychczasową treść oferty. Takie działanie zamawiającego należałoby uznać za niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 P.z.p. gdyż prowadzi do niedozwolonych negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, dotyczących treści złożonej oferty. Wskazać należy dodatkowo, że przy rozliczaniu podatku od towarów i usług obowiązują różne ulgi i zwolnienia, zarówno przedmiotowe jak i podmiotowe. W tej sytuacji zastąpienie wykonawcy przez Zamawiającego, w jego obowiązku przyjęcia i zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT dla każdej pozycji kosztorysu, nie jest możliwe także z tego powodu, że zamawiający nie dysponuje odpowiednimi informacjami w tym zakresie. W konsekwencji Izba uznała, że **nieuwzględnienie przez odwołującego podatku VAT w cenach jednostkowych i wartości poszczególnych pozycji w całym kosztorysie ofertowym złożonym w ofercie odwołującego nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2pkt 3 P.z.p.**

- Wyrok z 16 listopada 2012 r. (sygn. akr KIO 2423/12), w którym Izba wskazała, że błąd co do przyjętej przez odwołującego stawki VAT nie może być uznany za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. **Zamawiający określając w SIWZ sposób obliczenia ceny nie podał jaką stawkę VAT wykonawcy mają zastosować, zatem**

zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku nie może być oceniane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ale jako niezgodność z obowiązującymi przepisami, która skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

- Wyrok z 29 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1242/12, KIO 1253/12), w którym Izba wskazała, że *Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 umożliwia dokonywanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten wbrew twierdzeniu Wykonawcy S. nie stanowi o zmianie pozycji wykonawcy w rankingu, ale mówi o istotnym wpływie na treść oferty. **Zatem nie ma tu znaczenia fakt, czy w dalszym ciągu oferta tego wykonawcy będzie najkorzystniejsza, ale ma znaczenie fakt, że zmieni się jej treść.***

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że poprawienie przez Zamawiającego błędnie podanych stawek podatku VAT przez Konsorcjum SanTa-EKO nie mieściło się w zakresie dopuszczalnych poprawek na gruncie art. 87 ust. 2 pzp, a co za tym idzie naruszyło zakaz dokonywania zmian w treści oferty określony w art. 87 ust. 1 pzp.

III. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SanTa-EKO z powodu niezgodności z SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny

Odwołujący wywiódł, że wobec niedopuszczalności poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp błędnych stawek podatku VAT podanych przez Konsorcjum SanTa-EKO, nie ulega wątpliwości niezgodność pierwotnej treści oferty Konsorcjum SanTa-EKO z treścią SIWZ. Odwołujący podał, że w rozdziale XIV pkt 1 SIWZ wskazano jedynie, że *Cena ofertowa podana przez Wykonawcę w formularzu oferty, jest wyrażona w pieniądzu, łącznie z należnym podatkiem od towarów i usług VAT.* Tym niemniej według Odwołującego należy wskazać także na uchwałę Sądu Najwyższego 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11), gdzie Sąd Najwyższy jednoznacznie rozstrzygnął, co następuje. *Jeżeli jednak namawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającą na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę. (...) Wystąpienie*

błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p. należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia lub motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego mając na względzie powyższą uchwałę Sądu Najwyższego, zarówno niedopuszczalność dokonywania w tym zakresie poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pzp, jak i konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum SanTa-EKO – nie budzi najmniejszej wątpliwości.

IV. zaniechanie wezwania Konsorcjum SanTa-EKO do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Odwołujący przywołał brzmienie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Następnie w odwołaniu przedstawiono prezentację następujących poglądów doktryny z uwzględnieniem dorobku orzecznictwa.

Pojęcie *rażąco niskiej ceny* nie jest zdefiniowane w prawie polskim, ani w prawie unijnym. Przepisy nie przewidują również żadnych metod kalkulacji w tym zakresie. Jak wskazuje się w orzecznictwie: *Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie Zamówienia* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 39/11). Za cenę rażąco niską uznaje się cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia lub cenami rynkowymi. Taki też pogląd został wyrażony w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1082/07. Oznacza ona cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. {por. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 288}. W konsekwencji, *rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania Zamówienia w przyszłości* (wyrok Zespołu Arbitrów z 19 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). Z wykładni językowej tego pojęcia wynika, że chodzi tu o *przypadki „dające się łatwo stwierdzić, wyraźne, oczywiste, niewątpliwe, bezsporne* (Słownik Języka Polskiego, red. M. Szymczak, t. III, Warszawa 1981, s. 24) *w stosunku do cen rynkowych, a także wartości przedmiotu zamówienia.* {por. S. Babiarz, (w:) S. Babiarz, Z. Czernik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 422}. W literaturze wskazuje się bowiem, że punktem odniesienia dla rażąco niskiej ceny jest rzeczywista wartość

zamówienia, czyli za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać taką ofertę, której cena pozostaje w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia (cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest ani wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku) {por. G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 452.} W podobnym kierunku wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej w przedmiocie wykładni pojęcia *rażąco niskiej ceny* przyjmując, że *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* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 39/11). *Ponadto 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* (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/08, sygn. akt KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 258/08, czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-696/07).

Gdy zachodzą obiektywne przesłanki wskazujące na wątpliwość istnienia rażąco niskiej ceny oferty, Zamawiający ma obowiązek podjąć działania opisane w art. 90 Pzp. Zamawiający, który pomimo uzyskania informacji, że cena zaproponowana w jednej z ofert rażąco odbiega od cen pozostałych, nie wzywając wykonawcy, który złożył tę ofertę do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, narusza przepisy Pzp. Źródłem wątpliwości Zamawiającego może być zarówno własna analiza ekonomiczna złożonych ofert, jak i argumentacja przedstawiona przez innego wykonawcę. {por. S. Babiarczyk, (w:) S. Babiarczyk, Z. Czernik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 427}

Zdaniem Odwołującego w sytuacji złożenia przez Konsorcjum SanTa-EKO oferty opiewającej na kwotę netto 5.734.484,79 zł, podczas gdy wartość przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego oszacowana w kwocie 10.232.460 zł, Zamawiający powinien był postąpić zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 pzp i wezwać Konsorcjum SanTa-EKO do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Cena oferty Konsorcjum SanTa-EKO stanowi bowiem zaledwie 56% szacunkowej wartości

zamówienia oraz jest niższa od ceny kolejnej oferty o ok. 30%. Według Odwołującego trudno zaś uznać za wystarczającą i przekonującą kalkulację przedłożoną na s. 9 oferty Konsorcjum SanTa-EKO, gdyż dane zawarte w tej kalkulacji są bowiem lakoniczne, niepełne (nie odnoszą się do wszystkich elementów składających się na cenę oferty), zaś podane w niej dane odbiegają od kwot zawartych w treści formularza ofertowego. Odwołujący wywiódł dalej, że w literaturze wskazuje się, że celowym mogłoby być zastosowanie arytmetycznego kryterium typowania wykonawców, którzy powinni złożyć wyjaśnienia na podstawie art. 90 Pzp {por. G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 466} W jednym z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1443/08), znalazła się teza, iż: *odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty zaistnieje wtedy, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.* {cyt. za: S. Babiarz, (w:) S. Babiarz, Z. Czernik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 428} Także komentatorzy wskazują, iż: *wzorując się na doświadczeniach innych krajów członkowskich UE, opowiadam się za obowiązkiem wszczęcia procedury wyjaśnienia elementów cenowych, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o najbardziej zbliżonych do siebie cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.* {G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 467}

W opinii Odwołującego mając na względzie powyższe, naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 90 ust. 1 pzp względem Konsorcjum SanTa-EKO nie budzi wątpliwości.

V. wybór jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z przepisami ustawy pzp

Odwołujący powołał się na art. 7 ust. 3 pzp. Wywiódł z tego, że nie sposób udzielić zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ani też dokonać oceny oferty podlegającej odrzuceniu.

22 maja 2013 r. wpłynęła do Izby pisemna odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów.

I. niewykazanie spełniania warunków udziału przez Konsorcjum SanTa-EKO

Zamawiający podniósł, że w świetle SIWZ oraz ustawy pzp Konsorcjum SanTa-EKO było uprawnione, aby potwierdzić spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia nie tylko na podstawie wymaganego przez Zamawiającego wykazu zrealizowanych prac, ale także uwzględniając treść przedłożonych wraz z ofertą referencji.

Z uwagi na fakt, że pomiędzy wykazem usług a dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie istnieje nierozzerwalny związek, dokumenty te powinny być oceniane łącznie pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Konsorcjum SanTa-Eko należycie wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, opisanego w SIWZ przez Zamawiającego, gdyż informacje zawarte w przedłożonym wykazie usług i referencjach nie są rozbieżne, ale wzajemnie się uzupełniają. Zdaniem Zamawiającego jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym – mógłby kwestionować referencje lub złożone oświadczenie.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że wykaz zrealizowanych usług został sporządzony przez Wykonawcę prawidłowo, gdyż wszystkie rubryki zostały wypełnione zgodnie ze wzorem załączonym do SIWZ, a Zamawiający nie określił jak szczegółowe mają być podane informacje. Wykonawcy zobowiązani byli wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zatem przedstawić dowody (wykaz wraz z referencjami) potwierdzające wykonanie określonych usług, ich wartości, zakresu. Ponadto w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakiej te dokumenty mogą być składane wymienione są dokumenty, których zamawiający może żądać *w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Wśród nich w pkt 3 znajdujemy wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (...) oraz z dokumentem potwierdzającym, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.* Zatem w treści postanowień ww. rozporządzenia nie znajduje potwierdzenia argumentacja Odwołującego, że wyłącznie wykaz zrealizowanych usług umożliwia wykonawcom *wykazanie* spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wywiódł także, że ustawa oraz ww. rozporządzenie nie dają także podstaw do przyjęcia wyrażanego przez Odwołującego poglądu, że wykaz zrealizowanych zamówień, będący oświadczeniem wiedzy wykonawcy jest *ex definitione* dokumentem bardziej wiarygodnym, niż wystawiane przez podmiot nie będący uczestnikiem postępowania referencje. Stanowisko takie tym bardziej jest niezasadne, że obydwa dokumenty są oświadczeniami wiedzy o statusie dokumentów prywatnych. Co więcej Zamawiającemu wydaje się, że potwierdzenie przez innego zamawiającego należytego wykonania prac ze szczegółowym ich opisem, może być uznane za bardziej wiarygodne niż oświadczenie złożone przez zainteresowanego wynikiem postępowania wykonawcą. Według Zamawiającego jego stanowisko znajduje oparcie w wyroku Izby z 27 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO 582/10).

Zamawiający podniósł, że godnie z dominującą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej treść przedstawionego w ofercie wykazu wykonanych usług oraz treść referencji powinny być analizowane łącznie, jednak z treści każdego z tych dokumentów bezwzględnie powinno wynikać, jaki podmiot zrealizował zamówienie (sygn. akt KIO 2148/11). Referencje mogą stanowić uzupełnienie informacji zawartych w wykazie i tym samym stanowić wypełnienie obowiązku podania szczegółowych informacji na temat zakresu poszczególnych zadań. Sam fakt uszczegółowienia zakresu przedmiotowego w listach referencyjnych, a nie w wykazie usług ma jedynie charakter formalny. W ocenie Izby czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art 26 ust. 3 pzp, ze względu na jej cel i konsekwencje jest czynnością ostateczną i winna być stosowana w wypadku, gdy brak jest wątpliwości co do faktu, że przedstawione przez wykonawcę dokumenty zawierają braki lub błędy, jak również gdy brak jest wątpliwości, że wskazane w wykazie pozycje nie potwierdzają spełnienia warunku i brak jest możliwości ustalenia tego faktu w inny sposób, tj. choćby poprzez złożenie wyjaśnień (KIO 2683/11). Zdaniem Izby (sygn. akt KIO 1032/12 z 18 czerwca 2012), zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w wykazie wraz z informacjami zawartymi w referencjach. Nieuprawnione jest dokonywanie oceny tych dokumentów rozłącznie, tym bardziej, iż treść referencji nie została zdefiniowana, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który te referencję, bądź inny dokument wystawia (sygn. akt: KIO 2175/11 i KIO 2180/11).

II. i III. niedopuszczalne poprawienie omyłek w treści oferty Konsorcjum SanTa-EKO; zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SanTa-EKO z powodu niezgodności z SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny

Zamawiający podał, że 17 kwietnia 2013 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum SanTa-EKO, przez poprawienie w formularzu ofertowym w tabeli *Cena zagospodarowania odpadów* sumowania pozycji w kolumnie 5 tabeli oraz sumowania pozycji w kolumnie 7 tabeli. W ocenie Zamawiającego nie ma wątpliwości, że kwoty brutto w poszczególnych pozycjach obu tabel zostały wyliczone prawidłowo i stanowią sumę odpowiednio cen netto i prawidłowo wyliczonych przez Wykonawcę wartości podatku VAT. W związku z powyższym Zamawiający poprawił jedynie kwotę wynikającą z sumowania poszczególnych cen brutto wskazanych w kolumnie 7 obu tabel. Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z orzecznictwem zamawiający może dokonać poprawy omyłek rachunkowych stanowiących wynik błędnego działania na liczbach, działania arytmetycznego (sygn. akt KIO 2162/11 z 19 października 2011 r.) Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje w swoim orzecznictwie, że w przeciwieństwie

do omyłki pisarskiej, omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez Zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (wyrok z 1 września 2011 r., sygn. akt KIO 1787/11).

Dalej Zamawiający zrelacjonował, że również 17 kwietnia 2013 r., działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp, poprawił w ofercie Konsorcjum SanTa-EKO także inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wykonawca w formularzu ofertowym w tabelach dotyczących ceny odbioru i transportu odpadów oraz ceny zagospodarowania odpadów w kolumnach dotyczących podatku VAT (%) wpisał wyliczoną wartość tego podatku (*notabene* stanowiącą 8% wartości netto – a więc policzoną prawidłowo). Zdaniem Zamawiającego podanie przez Wykonawcę informacji dotyczącej podatku VAT w innej formie, niż Zamawiający wymagał w formularzu ofertowym, tzn. kwotowo, a nie procentowo, nie stanowi o konieczności odrzucenia oferty. Niektóre wymogi opisane w SIWZ są wymogami formalnymi i ich niedochowanie o niczym nie świadczy.

Zamawiający wywiódł, że oferta podlega odrzuceniu, gdy zaistnieje jedna z przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 ustawy pzp. W sytuacji, w której wada oferty dotyczy VAT, należy przede wszystkim ocenić, czy podatek został obliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami. Jeśli wykonawca zastosował np. niewłaściwą stawkę VAT, popełnił błąd w obliczeniu ceny. W takim przypadku Zamawiający winien ofertę Wykonawcy odrzucić. Zdaniem Zamawiającego na podstawie wyliczonej kwoty VAT można z łatwością stwierdzić, jaką stawkę Wykonawca zastosował. To pozwala ocenić, czy jest ona zgodna z prawem. Jeśli jest właściwa, nie ma podstaw do odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Według Zamawiającego niezasadne jest twierdzenie, że Wykonawca w kolumnach dotyczących podatku VAT (%) wskazał błędne stawki VAT, gdyż wyraźnie jest widoczne że nie są stawki VAT tylko prawidłowo wyliczona kwota podatku VAT (np. 372 360,00; 555,60; 2 073,92). Ponadto Zamawiający podniósł, że w części SIWZ dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty nie zawarł zapisu dotyczącego formy w jakiej wykonawca musiał określić VAT. Zdaniem Zamawiającego należy zatem przyjąć, że obydwie wersje treści oferty – zarówno z VAT podanym kwotowo, jak i procentowo pozwalają właściwie ocenić, czy oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Obie formy umożliwiają też na poprawne rozliczenie się z wykonawcą w trakcie realizacji umowy.

IV. zaniechanie wezwania Konsorcjum SanTa-EKO do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że nie podjął

działań zgodnie z art. 90 ust. 1, gdyż w jego ocenie złożona oferta nie posiada znamion rażąco niskiej ceny. Zamawiający podał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty przeprowadził stosowną analizę rynku, w której wyniku ustalił, co następuje:

- w ramach przetargu prowadzonego przez Gminę Cmolas (województwo podkarpackie) na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych najkorzystniejsza oferta została złożona przez Dębickie Zakłady Komunalne „DEZAKO” Dębica na kwotę brutto 4,30 zł za os/mc;
- w ramach przetargu prowadzonego przez Gminę Nisko (województwo podkarpackie), o liczbie ludności ok. 20.000 mieszkańców, najkorzystniejsza oferta została złożona przez ASA Tarnobrzeg sp. z o.o. na kwotę brutto 2 494 692,00 zł na okres 24 miesięcy, co stanowi ok. 5 zł za os/mc;
- oferty złożone w aktualnie prowadzonym postępowaniu kształtowały się na następującym poziomie: Konsorcjum SanTa-EKO 4,30 zł za os/mc i Konsorcjum ASA 6,11 zł za os/mc.

W ocenie Zamawiającego wymienione powyżej postępowania dowodzą, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum SanTa-EKO jest zbliżona do cen występujących na rynku. W tej sytuacji Zamawiający uznał, iż brak jest podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 pzp. Ponadto wedle wiedzy Zamawiającego uzyskanej już po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Majdan Królewski ceny zaoferowane przez wykonawców kształtowały się w następujący sposób: ASA Tarnobrzeg 3,14 zł za os/mc, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Mieszkaniowej Nowa Dęba 3,82 zł za os/mc, Dębickie Zakłady Komunalne „DEZAKO” Dębica 4,60 zł za os/mc. Zdaniem Zamawiającego jest to kolejny przykład, iż ceny na rynku lokalnym zamawiającego kształtują się na takim poziomie.

Odnosząc się do wywodów odwołania Zamawiający podniósł, że ustawodawca wprowadzając w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty zawierającej rażąco niską cenę, nie określił jednocześnie definicji tego pojęcia. Z tego względu, uwzględniając dotychczasową linię orzeczniczą oraz stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych, według Zamawiającego należy przyjąć, że oferta z rażąco niską ceną to taka, która zawiera cenę niewiarygodną i nierealistyczną, a także odbiegającą w znaczny sposób od cen rynkowych podobnych zamówień, a także wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów jego wytworzenia. Zdaniem Zamawiającego warto zauważyć, że Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) wskazał, że przykładem rażąco niskiej ceny może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę, tak że oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W świetle orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. W jednym z orzeczeń (wyrok z 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1492/08) wskazano: *Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20%, 30%, czy 60%) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.* Podobnie w wyroku z 11 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 661/10), w którym Izba przytoczyła i poparła argumenty przedstawione przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z 22 czerwca 1989 r. (C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989), zgodnie z którymi niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. na podstawie jedynie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu.

Zamawiający wywiódł, że zważywszy na powyższe okoliczności automatyczne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia, czy zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, jest bezzasadne.

13 maja 2013 r. Konsorcjum SanTa-EKO zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

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

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, szerzej uzasadniając merytorycznie swoje stanowisko w kolejnym piśmie z 20 maja 2013 r.

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

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

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

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie objęte zarzutami czynności zaniechane względem Przystępującego narażają Odwołującego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na to, że to z nim zostanie zawarta odpłatna umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego przez Zamawiającego i pisma przesłanego w odpowiedzi przez Przystępującego, zawiadomienia o dokonaniu poprawienia omyłek, pisma wyrażającego zgodę Przystępującego na poprawienie omyłek, jak również z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę załączniki do pisma Przystępującego z 20 maja 2013 r. dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu.

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

Izba stwierdziła, że większość zarzutów odwołania jest oczywiście niezasadna, gdyż sprowadzają się one do nieprawidłowej oceny prawnej nieadekwatnie przedstawionych okoliczności faktycznych. W konsekwencji bez związku ze sprawą pozostaje większość

przywołanych w odwołaniu wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, gdyż odnoszą się one do zupełnie innych stanów faktycznych, niż ten, który zaistniał w przedmiotowej sprawie.

{zarzut I.}

Po pierwsze – nie zaistniały podnoszone w odwołaniu okoliczności uzasadniające wykluczenie Konsorcjum SanTa-EKO z postępowania, co wprost wynika z dokumentów – wykazu i referencji – złożonych przez tego Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący adekwatnie zacytował za s.i.w.z. brzmienie rozbudowanego opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, jak również opis dokumentów, których złożenia zażądał Zamawiający na potwierdzenie jego spełniania. Odpowiadają również rzeczywistemu stanowi rzeczy – numery stron oferty, na których znalazł się wykazy i referencje, jak również okoliczność, że Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwał do uzupełnienia tych dokumentów, a Konsorcjum SanTa-EKO uczyniło zadość skierowanemu wezwaniu. Odwołujący pominął jednak następujące istotne okoliczności dotyczące przebiegu postępowania w tym zakresie. W uzupełnieniu zostały złożone wykazy i referencje o dokładnie takiej samej treści, gdyż jedyną podstawą wezwania było uznanie przez Zamawiającego, że dokumenty złożone wraz z ofertą zostały niewłaściwie podpisane. Odnotować w tym miejscu należy, że Odwołujący bezpodstawnie powołuje się na wyrwane z kontekstu niepełne zdanie z uzasadnienia wyroku Izby z 21 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2483/13), który dotyczył zupełnie innego układu okoliczności faktycznych.

Zdaniem Odwołującego wobec braków treściowych wykazu nie ma znaczenia zawarta w referencji informacja, że spółdzielnia mieszkaniowa obejmuje ponad 27 tys. mieszkańców. Zdaniem Izby wręcz przeciwnie – treść złożonej referencji (a nie tylko jej fragment wyrwany z kontekstu przez Odwołującego) ma istotne znaczenie. Dzięki niej nie ma żadnych wątpliwości, że Konsorcjum SanTa-EKO wykazało spełnianie warunku udziału w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie – odbioru odpadów od wymaganej liczby mieszkańców (25 tys. w przypadku odpadów zmieszanych i 15 tys. w odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie). W referencji z 28 marca 2013 r. Spółdzielnia Mieszkaniowa w Stalowej Woli – czyli zamawiający wskazany w wykazie – podała szczegółowe dane dotyczące stanu jej realizacji. W szczególności bezpośrednio po akapicie opisującym objętość dotychczas wywiezionych odpadów obu rodzajów wskazano, że *Spółdzielnia Spółdzielni Mieszkaniowej w Stalowej Woli obejmuje 27 154 mieszkańców*. Dopiero po tej informacji zamieszczono zdanie potwierdzające należyte wykonywanie usługi i wyrażające zadowolenie ze współpracy z wykonawcą Miejskim Zakładem Komunalnym sp. z o.o. ze Stalowej Woli. W ocenie Izby jednokrotne przeczytanie ze zrozumieniem treści tego dokumentu może doprowadzić odbiorcę wyłącznie do jednego wniosku – podana liczba

mieszkańców jest elementem charakterystyki usługi, której dotyczy referencja.

Najwyraźniej zdaje sobie z tego sprawę Odwołujący, który bezskutecznie usiłuje dodatkowo wywieść, że znaczenie ma tylko treść wykazu, w której rzeczywiście pominięto ten element opisu sposobu oceny spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że nie określił jak szczegółowe mają być informacje zawarte w wykazie. Zdaniem Izby zamawiający podaje opis sposobu oceny spełniania warunku, czyli konkretyzuje ten warunek w zakresie elementów dla niego istotnych, aby następnie – na podstawie informacji podanych w złożonych dokumentach – stwierdzić, czy wykonawca spełnia w tych aspektach warunek. Ponieważ wykaz jest tworzony na potrzeby konkretnego postępowania przez wykonawcę ubiegającego się o jego udzielenie, co do zasady w tym dokumencie należy poszukiwać potwierdzenia spełniania poszczególnych elementów warunku. Tym niemniej w ostatecznym rozrachunku nieistotne jest gdzie – w wykazie czy referencji – znalazła się taka informacja potwierdzająca spełnianie warunku. W tej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego poparte przywołanym przez nich wcześniejszym orzecznictwem Izby.

Choć nie było to niezbędne dla rozstrzygnięcia zarzutu odwołania, którego udowodnienie leżało po stronie Odwołującego, to Przystępujący udowodnił ponad wszelką wątpliwość, że wskazana w referencji liczba osób odnosi się do zakresu świadczonych usług. W tym celu złożył na rozprawie Umowę nr EO/481/11 zawartą 27 grudnia 2011 r. pomiędzy Miejskim Zakładem Komunalnym sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli a Spółdzielnią Mieszkaniową w Stalowej Woli (wraz z trzema aneksami, z których ostatni z 30 czerwca 2012 r. wprowadza nową treść załączników nr 1 i 2) na świadczenie usług w zakresie wywozu i unieszkodliwiania nieczystości stałych z nieruchomości zarządzanych przez zleceniodawcę (§ 1), zawartą na czas nieokreślony (§ 13), w której załącznikach oznaczonych nr 1 i 2 wskazano między innymi liczbę osób, a w załącznikach oznaczonych nr 3 harmonogram wywozu z poszczególnych lokalizacji.

{zarzuty II. i III.}

Po drugie i trzecie – nie zaistniały podnoszone w odwołaniu podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum SanTa-EKO jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. lub zawierającej błąd w obliczeniu ceny, a poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych odpowiadało prawu. Z kolei poprawienie wskazanych w ofercie kwot podatku VAT na stawkę 8% było zbędne, a tym samym nie może być ocenione jako wpływające na wynik postępowania naruszenie zakazu dokonywania zmian w treści złożonej oferty.

Odwołujący zakwestionował sposób poprawienia tabeli b) formularza ofertowego dotyczącej ceny zagospodarowania odpadów, czyli drugiego ze składników – obok ceny

odbioru i transportu odpadów uwidocznionej w tabeli a) – ceny. Na wstępie należy sprostować, że wbrew treści odpowiedzi na odwołanie poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych dotyczyło wyłącznie jednej tabeli – b). Tabel a) nie uległa przy tej czynności żadnym zmianom, a ponadto składa się z jednej pozycji, więc nie występuje tam możliwość wystąpienia omyłki przy sumowaniu danych z poszczególnych wierszy. Obie tabele obrazują bardziej szczegółowo kalkulację ceny oferty, która – liczbowo i słownie, brutto i netto oraz w złotych (ten ostatni aspekt Izba odnotowuje z uwagi na wątpliwości prezentowane przez Odwołującego na rozprawie) – została podana przez Konsorcjum SanTa-EKO na samym początku formularza ofertowego, a co najważniejsze – nie uległa żadnej zmianie na skutek późniejszych czynności Zamawiającego. Okoliczności te zostały zupełnie pominięte przez Odwołującego, tymczasem wynika z nich, że treść złożonej oferty złożonej przez Konsorcjum SanTa-EKO w zakresie ceny nie uległa zmianie, ani w zakresie kwoty brutto, ani wyszczególnionej również w formularzu kwoty netto. Jednocześnie oczywiste jest, że różnica pomiędzy tymi kwotami stanowi kwotę podatku VAT.

Wracając do kwestii omyłek rachunkowych poprawionych przez Zamawiającego w tabeli b). Odwołujący nie kwestionuje prawidłowości poprawienia sumowania kwot wpisanych przez Przystępującego w kolumnie 5. (pn. *Razem łączna cena odbioru i zagospodarowania netto*) – stanowiącej iloczyn ceny jednostkowej netto odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów wpisanej przez wykonawcę w kolumnie 4 oraz ilości Mg podanych przez Zamawiającego w kolumnie 3. W tej sytuacji niezrozumiałe jest dlaczego Odwołujący podważa prawidłowość dokonania analogicznego poprawienia sumowania kwot podanych przez Konsorcjum SanTa-EKO w kolumnie 7 (pełny opis kolumny: *Łączna cena odbioru i zagospodarowania brutto: kol. 5 + kol. 6*). Według przykładu podanego w odwołaniu dla rodzaju usługi z pozycji *zużyte opony* działanie arytmetyczne wynikające z tabeli Przystępującego [kol. 5 (-55,80) + kol. 6 (-4,46) = kol. 7 (-60,26)] ma być nieprawidłowe, gdyż w nagłówku kolumny 6 znajduje się znak „%”, co miałyby prowadzić do wyniku (-53,31132). Rozumowanie zaprezentowane w odwołaniu tylko pozornie ma jakikolwiek sens, to znaczy da się przeprowadzić przy założeniu, że liczby wpisane w kolumnie 5 wyrażają wielkości procentowe. W rzeczywistości poprawienie oferty Przystępującego w ten sposób prowadzi do absurdalnych rezultatów, co trafnie podniósł przed rozprawą w swoim piśmie Przystępujący. Nieoczekiwanie na rozprawie wykazał to sam Odwołujący, przedstawiając alternatywnie przeliczoną tabelę b z oferty Konsorcjum SanTa-EKO, w której łączna suma opiewa na kwotę na poziomie miliardów złotych. Mimo to Odwołujący usilnie nie dopuszcza myśli, że w kolumnie 6 – opisanej w następujący sposób: *Podatek VAT [%]* – Konsorcjum SanTa-EKO wpisało kwoty podatku VAT, choć rozsądnie rzecz oceniając, nie sposób twierdzić, że kwoty typu 372.360,00 czy 2000,16 są stawkami procentowymi podatku VAT.

Odwołujący obstawał przy swoim stanowisku, choć nie mógł podważyć faktu, że kwoty te stanowią po prostu różnicę pomiędzy kwotami wpisanymi w kolumnie poprzedzającej i następnej. Uwzględniając te okoliczności, które Zamawiający bez trudu samodzielnie ustalił badając ofertę Konsorcjum SanTa-EKO, wiadomo było, że tabela b) formularza ofertowego zawiera oczywiste omyłki rachunkowe w sumowaniu prawidłowo obliczonych kwot w poszczególnych wierszach. Zamawiający był zatem uprawniony, a nawet miał obowiązek dokonać poprawienia tych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, co też prawidłowo uczynił.

W ocenie Izby forsowanie przez Odwołującego takiego stanowiska, wbrew logice i zdrowemu rozsądkowi, miało wyłącznie na celu wykazanie, że doszło do niedopuszczalnego poprawienia stawek VAT, podczas gdy oferta Konsorcjum SanTa-EKO powinna zostać odrzucona za błąd w obliczeniu ceny polegający na podaniu niewłaściwych stawek VAT. Przy czym w zasadzie z odwołania nie wynika jasno w czym Odwołujący upatruje naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż pomiędzy zacytowaniem tego przepisu a enigmatyczną konkluzją znajduje się eklektyczna kombinacja cytatów z kilku uzasadnień wyroków Izby z wyłuszczeniami i podkreśleniami fragmentów tekstu. Które Odwołujący uznał za istotne. Wbrew temu co napisał Odwołujący z przywołanych przez niego fragmentów nie wynika, że Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 i 2 pzp, zastępując podatek VAT wpisany kwotowo podaniem stawki 8%. Takie poprawienie było natomiast o tyle nieuprawnione, że wpisane kwoty podatku VAT w treści oferty Konsorcjum SanTa-EKO nie spowodowało powstania sprzeczności z treścią s.i.w.z. W odwołaniu adekwatnie zacytowano brzmienie pkt 1 rozdziału XIV s.i.w.z., z którego wynika jedynie tyle, że w formularzu oferty należy podać cenę oferty wyrażoną w pieniądzu i zawierającą należny podatek VAT. Również przygotowany wzór formularza – jak to powyżej wskazano – przewidywał podanie wartości oferty netto i brutto. Natomiast w ocenie Izby sam opis kolumn szóstych tabel a) i b) (o przywołanym powyżej brzmieniu) nie wystarcza, aby stwierdzić, że należało w tej kolumnie podać stawkę podatku VAT, a w szczególności, że jest to istotny element treści oferty. Jak trafnie podniósł Przystępujący, po pierwsze – jednoznaczny opis kolumny powinien brzmieć *stawka podatku VAT [%]*. Po drugie – tylko wpisanie kwoty podatku VAT pozwalało na przeprowadzenie działania według wskazówki zamieszczonej w kolumnie 7, czyli sumowania liczb z kolumn 5 i 6. Zapewne można było się domyślić, że intencją Zamawiającego było podanie w kolumnie 6 stawki podatku VAT w %. Jednak ponieważ nie została ona wyrażona jasno i stanowczo, nie można czynić zarzutu Przystępującemu, że wpisał w tej kolumnie kwoty podatku VAT wyliczone dla kwot netto z kolumny poprzedzającej. Okazuje się zatem, że poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Przystępującego było jedyną konieczną ingerencją w treść tej oferty, która doprowadziła do jej wewnętrznej spójności, gdyż zgodnie z brzmieniem formularza

ofertowego na łączną cenę oferty podaną na wstępie składają się z wyliczone w tabeli a) i b) elementy tej ceny.

Zamawiający nieprawidłowo zatem zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, ale z zupełnie innych powodów niż podnoszone przez Odwołującego, i nie miało to żadnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania. W zasadzie treść oferty Odwołującego nie uległa żadnej zmianie, w szczególności z punktu widzenia jej zgodności z treścią s.i.w.z., a zatem nie wymagała poprawienia w tym zakresie. Najwyraźniej po wniesieniu odwołania Zamawiający zdał sobie z tego sprawę, gdyż w odpowiedzi na odwołanie zaakcentował, że taki czy inny sposób prezentacji podatku VAT ma charakter formalny i pozostaje bez wpływu na merytoryczną poprawność złożonej przez Przystępującego oferty. W ocenie Izby aktualne stanowisko Zamawiającego – choć niespójne z uprzednio podjętymi przez niego działaniami – jest jak najbardziej słuszne. Izba zważyła, że również Odwołujący nie był w stanie sprecyzować na czym miałyby konkretnie polegać niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z. W szczególności nieprawidłowe jest rozumowanie jakoby z błędnie podjętej przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp miałyby wynikać potwierdzenie istnienia takiej sprzeczności, choć nie wiadomo na czym ona polega.

Z kolei skoro – jak sam zauważył Odwołujący, a co podkreślał na rozprawie – s.i.w.z. nie określała stawek podatku VAT, to nie wiadomo na jakiej podstawie można by uznać stawki podane przez wykonawcę, choćby błędnie z punktu widzenia przepisów podatkowych, za niezgodność z treścią s.i.w.z. W przedmiotowej sprawie nie było żadnego sporu co do tego, że właściwa jest 8% stawka podatku VAT, a w odwołaniu nie zakwestionowano, że według tej stawki została wyliczona cena brutto oferty Konsorcjum SanTa-EKO. Izba zważyła, że w tych okolicznościach zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny jest oczywiście niezasadny, a właściwie bezprzedmiotowy. Niezależnie od tego zauważyć należy, że również w tym zakresie wywiedziona w odwołaniu konkluzja jest zupełnie bezpodstawną – z przywołanego i zacytowanego wyroku Sądu Najwyższego w zestawieniu z postanowieniem pkt 1 rozdziału XIV s.i.w.z. bynajmniej nie wynika konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum SanTa-EKO.

{zarzut IV.}

W odwołaniu obszernie przywołano ze wszech miar słuszne wypowiedzi doktryny i orzecznictwa – przede wszystkim co do rozumienia pojęcia *rażąco niskiej ceny*, jak i na temat kryteriów, którymi zamawiający powinien się kierować przy ustaleniu, czy zachodzi podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. W szczególności Odwołujący powołuje się na wypowiedź przedstawiciela doktryny, według której o zaistnieniu obowiązku wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp ma przesądzać powzięcie przez zamawiającego wiedzy

o rażącym odbieganiu ceny oferty od cen pozostałych ofert, przy czym źródłem powstania wątpliwości może być zarówno przeprowadzona przez zamawiającego analiza ekonomiczna złożonych ofert, jak i argumentacja przedstawiona przez innego wykonawcę. Jednakże w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił analizę rynku, która przywiodła go do uznania, że cena oferty Konsorcjum SanTa-EKO nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według przedstawionego przez Zamawiającego przeliczenia cen ofert na osobomiesiąc (*os/mc*) Przystępujący zaoferował stawkę 4,30 zł, a Odwołujący stawkę 6,11 zł. Z kolei w znanych Zamawiającemu postępowaniach stawki dla ofert wybranych jako najkorzystniejsze kształtowały się na poziomie od 4,30 zł i 5,00 zł, przy czym w tym drugim przypadku była to oferta złożona przez A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. Zamawiający wskazał również, że w kolejnym postępowaniu ta ostatnia spółka zaoferowała stawkę 3,14 zł, a z pozostałych dwóch ofert wynikały stawki odpowiednio 3,82 zł i 4,60 zł. Niesporne było, że wszystkie te postępowania dotyczyły zamówień udzielanych ostatnio na terenie województwa podkarpackiego. Odwołujący nie kwestionował przedstawionego przez Zamawiającego przeliczenia na stawki pod względem rachunkowym. Na rozprawie podniósł natomiast, że nie jest ono adekwatne, gdyż w tamtych postępowaniach cena miała wyłącznie charakter ryczałtowy, a w przedmiotowym postępowaniu ma charakter mieszany ryczałtowo-kosztorysowy (ryczałt za odbiór i transport oraz rozliczenie kosztorysowe za zagospodarowanie według stawek jednostkowych z tabeli b). Odwołujący nie sprecyzował jednak dlaczego w pełni ryczałtowy charakter wynagrodzenia miałby wpływać na większą możliwość obniżenia ceny oferty w innych postępowaniach, wydaje się, że jest wręcz przeciwnie – z uwagi na niezmiennosc wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy muszą liczyć się z ryzykiem, że będą musieli wykonać większy zakres prac za taką samą cenę. Ponadto Izba zważyła, że przedmiotowe zamówienie ma znacznie większą skalę niż zamówienia przeanalizowane przez Zamawiającego, co niewątpliwie stwarza możliwość obniżenia oferowanych stawek jednostkowych, a w konsekwencji ceny oferty.

Natomiast konkretne okoliczności podniesione w odwołaniu ograniczają się do wskazania na różnice procentowe pomiędzy cenami netto złożonych ofert (ok. 30%), a także na stosunek ceny netto wybranej oferty do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania (56%). Odwołujący zestawia te dane z wypowiedziami doktryny wskazującymi na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. W ocenie Izby są to generalne wskazówki dotyczące stosowania art. 90 ust. 1 pzp, wprost niewynikające z tego ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku. Zostało to dostrzeżone w orzecznictwie

Izby, w szczególności w wyroku z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 814/11) zauważono, że zamawiający porównując cenę oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz z kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, powinien odwołać się do doświadczenia życiowego, które wskazuje, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50 % i nie stanowią o rażąco niskiej cenie. Izba uznała ponadto, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest [na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp] możliwe i dopuszczalne (...). Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności”) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.* Analogiczne stanowisko pojawia się również w orzecznictwie sądów okręgowych: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 230/10}. Izba zważyła, że w rozstrzyganej sprawie Odwołujący nie wykazał, do czego zobowiązywał go również art. 190 ust. 1 pzp, że cena konkurencyjnej oferty jest rażąco zaniżona, co rodzi konieczność wezwania Konsorcjum SanTa-EKO do złożenia wyjaśnień w celu podjęcia decyzji, czy podlega ona dorzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. Odnośnie do drugiego z podnoszonych przez Odwołującego kryteriów należy zauważyć, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego zostały złożone tylko dwie oferty, więc zbiór pozostałych ofert jest mało reprezentatywny, gdyż jednoelementowy. Ponadto cena oferty złożonej przez Odwołującego wynosi 8.812.260,00 zł, a zatem stanowi 76% kwoty 11.559.366,00 zł jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym biorąc pod uwagę pierwsze z przywoływanych przez Odwołującego kryteriów, również cena jego oferty odbiega ponad 20% od wartości szacunkowej zamówienia. To z kolei uprawnia do wyciągnięcia wniosku,

że w okolicznościach przedmiotowej sprawy wartość zamówienia (powiększona o kwotę podatku VAT) ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie jest adekwatnym punktem odniesienia dla cen występujących aktualnie na lokalnym rynku tego typu usług.

Odwołujący uzasadnił ponadto konieczność wezwania Przystępującego do wyjaśnień lakonicznością i nierzetelnością kalkulacji znajdującej się na str. 9 oferty Konsorcjum SanTa-EKO, co ma przejawiać się w braku odniesienia do wszystkich elementów składających się na cenę oferty, a także niezgodności zawartych w niej kwot z kwotami podanymi w formularzu oferty. Izba ustaliła, że oferta Konsorcjum SanTa-EKO zawiera na przywołanej stronie załącznik „A” pn. *Szczegółowa kalkulacja ceny jednostkowej odbioru i transportu 1 MG odpadów zgodnie z ilościami odpadów określonych w tabeli b) Formularza Ofertowego*. Zgodnie z tytułem załącznika przedstawiono w nim kalkulację (z wyszczególnieniem kosztów robocizny, kosztów ogólnych i kosztów eksploatacji pojazdów) ceny jednostkowej odbioru i transportu odrębnie dla odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny (wraz ze sprzętem elektrycznym i elektronicznym, meblami i innymi odpadami wielkogabarytowymi oraz odpadami remontowo-budowlanymi). Wbrew temu co podniesiono w odwołaniu, uszczegółowienie to pozostaje w pełnej zgodności z formularzem oferty, gdyż łączne kwoty – odpowiednio: 1.456.443,60 zł netto, 1.572.959,09 zł brutto oraz 466.976,40 zł netto, 504.344,51 zł brutto – po zsumowaniu dają kwoty netto i brutto wynikające z tabeli a) formularza oferty. Wynika z tego, że Odwołujący nie zadał sobie nawet trudu sprawdzenia w tym zakresie wybranej oferty, a tym samym bezprzedmiotowe jest kwestionowanie przez niego prawidłowości kalkulacji ceny oferty. Izba zważyła ponadto, że powyższa kalkulacja nie była wymagana przez Zamawiającego, a zatem mogła zostać przedstawiona w takim zakresie, w jakim Przystępujący uznał to za stosowne. Niewątpliwie dała ona Zamawiającemu większą możliwość zweryfikowania ceny oferty Przystępującego. Natomiast Odwołujący nie przedstawił uszczegółowienia wyliczenia ceny oferty w jakimkolwiek zakresie. Ponadto należy zauważyć, że w zakresie ryczałtowej części wynagrodzenia za odbiór i transport odpadów oferta Przystępującego jest droższa niż oferta Odwołującego.

Z kolei w ocenie Izby Przystępujący wykazał (nie tylko przez potwierdzenie poniżej przywołanych okoliczności przez Zamawiającego na rozprawie), że cena jednostkowa zagospodarowania odpadów komunalnych w wysokości 174,00 zł jest na poziomie, który musiał być znany Zamawiającemu jako odpowiadający stawkom oferowanym w regionie zarówno przez Przystępującego, jak i Odwołującego, którzy realizują inwestycje związane z budową własnych instalacji – zakładów przetwarzania odpadów komunalnych. Przystępujący już wcześniej proponował Zamawiającemu, jak również gminom ościennym,

przystąpienie do tworzonego przez siebie porozumienia międzygminnego, które miało na celu zapewnienie wystarczającego strumienia odpadów. Przystępujący prezentował na odpowiednich komisjach rad gminnych, a następnie na sesjach tych rad, korzyści z przystąpienia do porozumienia, w tym informacje zawarte między innymi w studium wykonalności dla projektu oraz będącym jego załącznikiem modelem finansowym. Na wszystkich tych spotkaniach podkreślano korzystną dla gmin analizę finansową, z której wynikało, że cena zagospodarowania odpadów w zakładzie będzie oscylować w granicach 170-178 zł, przy czym analiza była wykonywana dla całego obszaru objętego projektem, jak również dla odpowiadającej temu obszarowi ilości odpadów. W zawartym pomiędzy Gminą Stalowa Wola a gminami sygnatariuszami porozumienia gminy zobowiązały Gminę Stalowa Wola do stosowania tych samych warunków jakie będzie miała Gmina Stalowa Wola. Z kolei zobowiązanie to zostało zrealizowane w umowie wykonawczej, w której Przystępujący zobowiązany został do stosowania do roku 2020 cen wynikających ze studium wykonalności wyliczonych przy utrzymaniu założeń z modelu finansowego dotyczących strumienia odpadów. Spotkanie w tym celu odbyło się również z osobami ze strony Zamawiającego, a złożone propozycje były przedmiotem sesji tarnobrzeskiej rady miejskiej. Przystępujący złożył na rozprawie kserokopie szeregu artykułów prasowych oraz wydruki artykułów zamieszczanych w portalach internetowych, które potwierdzają powyższe okoliczności. Wynika z nich również, że aktualnie na lokalnym rynku Przystępujący i Odwołujący konkurują ze sobą również o zapewnienie dla realizowanych instalacji jak największego strumienia odpadów. Odwołujący również prowadził swoją kampanię informacyjno-marketingową, w ramach której odwiedzał gminy oraz prezentował na komisjach i sesjach rad gmin założenia dotyczące budowy swojego zakładu oraz zachęcał do podpisania z nim porozumienia, przedstawiając jego projekt gwarantujący ceny za zagospodarowanie odpadów na podobnym, a nawet niższym poziomie. Przystępujący złożył na rozprawie projekt tego porozumienia podpisany jednostronnie przez odpowiednie osoby Odwołującego, w którym zadeklarowano wykonywanie usług polegających na odbiorze i utylizacji odpadów komunalnych, selektywnej zbiórce surowców wtórnych, utylizacji odpadów biodegradowalnych, zbieraniu odpadów wielkogabarytowych, zbieraniu i odzysku odpadów budowlanych i szkła, zbieraniu odpadów niebezpiecznych i organizacji gminnego punktu zbiornia odpadów. Wskazano również, że przewiduje w 2013 r. przewiduje się preferencyjne ceny dla gmin Powiatu Tarnobrzeskiego w granicach 150-170 zł/tonę odpadów, *które to ceny zostały skalkulowane na podstawie aktualnie obowiązujących cen i taryf.*

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: