

WYROK
z dnia 13 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. Popek, J. Franek Sp.j. w Krakowie; 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. w Krakowie; 3) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o. o. w Krakowie; 4) Zakład Usługowy „Ogród –Service” Sp.j. J. Banaś, B. Dziewolski, T. Kantaruk w Krakowie; 5) Marek Szczubiał prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Marek Szczubiał Zakład Konserwacji Zieleni Ogród-System w Krakowie; (adres dla doręczeń: Kancelaria Adwokacka Proniewski Przybyłka s.c. Oddział w Skawinie, ul. Krakowska 87, 32-050 Skawina), w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Krakowie, ul. Rakowicka 26, 31-510 Kraków,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: 1) Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., 31-580 Kraków, ul. Nowohucka 1 (pełnomocnik); 2) Zakład Projektowo-Usługowy „RADIX” Sp. z o.o. w Krakowie; 3) „FLORA” Tomasz Koziół, Grzegorz Koziół, Katarzyna Knapik Spółka cywilna w Krakowie; 4) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANDEX” Jan Nosalski, Bibice, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. Popek, J. Franek Sp.j. z w Krakowie; 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. w

Krakowie; 3) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o. o. w Krakowie; 4) Zakład Usługowy „Ogród -Service” Sp.j. J. Banaś, B. Dziewolski, T. Kantaruk w Krakowie; 5) Marek Szczubiał prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Marek Szczubiał Zakład Konserwacji Zieleni Ogród-System w Krakowie (adres dla doręczeń: Kancelaria Adwokacka Proniewski Przybyłka s.c. Oddział w Skawinie, ul. Krakowska 87, 32-050 Skawina) 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: 1) Zakład Urządzenia i Utrzymania Zieleni A. Popek, J. Franek Sp.j. z w Krakowie; 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. w Krakowie; 3) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o. o. w Krakowie; 4) Zakład Usługowy „Ogród -Service” Sp.j. J. Banaś, B. Dziewolski, T. Kantaruk w Krakowie; 5) Marek Szczubiał prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Marek Szczubiał Zakład Konserwacji Zieleni Ogród-System w Krakowie (adres dla doręczeń: Kancelaria Adwokacka Proniewski Przybyłka s.c. Oddział w Skawinie, ul. Krakowska 87, 32-050 Skawina).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedmiot zamówienia: „Prace porządkowe wraz z wywozem odpadów na cmentarzach komunalnych w Krakowie - w podziale na cztery części”. Znak P- 1/PN.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE nr 2011/S 28-046380 (PL-Kraków: Usługi utrzymania cmentarzy).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, zwani odwołującym: wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołujących,
- 2) wyborze ofert złożonych przez: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z o.o. w konsorcjum z Zakładem Projektowo-Usługowym „RADIX” Spółka z o.o. (część 1 i 3), Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z o.o. w konsorcjum z „FLORA” Tomasz Kozioł, Grzegorz Kozioł, Katarzyna Knapik Spółka cywilna (część 2), Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z o.o. w konsorcjum z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „ANDEX” Jan Nosowski (część nr 4);
- 3) zaniechaniu czynności przez zamawiającego, tj. przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w stosunku do ofert wybranych jako najkorzystniejsze we wszystkich częściach zamówienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zarzuty - naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- 1) art. 7 ust. 1 przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 przez niejednoznaczne i niewyczerpujące, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisanie przedmiotu zamówienia tj. przez nieokreślenie jednoznacznie ilości odpadów do wywiezienia, a jedynie wskazanie ich przybliżonej wielkości („około”);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 przez nie odrzucenie wybranych ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z o.o., zarządzające wysypiskiem śmieci wskazało, iż cena wywozu tony odpadów jest niższa niż cena składowania tony odpadów, a tym samym wskazany podmiot zamierza składować odpady po cenie niższej niż wynikająca z uchwały Rady Miasta Krakowa, podczas gdy

odpady od innych podmiotów przyjmowane są po cenach ustalonych uchwałą Rady Miasta Krakowa;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy brak było ku temu przesłanek, w szczególności na przyjęciu, iż oferta jest niezgodna z treścią siwz;

5) art. 89 ust. 1 pkt 4 przez nie odrzucenie wybranych ofert w sytuacji, gdy zawierają rażąco niskie ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia tj. ceny za wywóz jednej tony odpadów poniżej kosztów ich składowania;

6) art. 90 ust. 1 przez zaniechanie żądania od wykonawcy, którego oferta została wybrana wyjaśnień, czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Żądania/wnioski:

Uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze ofert najkorzystniejszych;

3) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;

4) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego ewentualnie o:

5) unieważnienie całego postępowania i nakazanie przeprowadzenia go na nowo.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu m.in., że zamawiający odrzucając jego ofertę wyda na realizację przedmiotu zamówienia łącznie o 205.194.83 zł brutto więcej powierzając zamówienie wybranym wykonawcom, tj. kwoty: w części nr 1 (Rakowice) - oferta wyższa o 25.364,46 zł brutto, w części 2 (Podgórze) - oferta wyższa o 1630,18 zł brutto, w części 3 (Prądnik Czerwony) - oferta wyższa o 72.825,94 zł brutto, w części 4 (Grębałów) - oferta wyższa o 105.374,25 zł brutto.

Na poparcie zarzutów przedstawił w uzasadnieniu odwołania stanowisko, podnosząc m.in.

1. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp - niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł przywołując treść przepisu art. 29 ust. 1 ustawy, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami, gdyż opisując jako przedmiot zamówienia ilość ton odpadów do wywiezienia i składowania użył słowa „około”, nie precyzując, jak rozległym wahaniom może podlegać ta ilość.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się na rozbieżności w ilościach ton podanych przez odwołującego w stosunku do wymaganych przez zamawiającego, jakie należało przyjąć do obliczenia wielkości i wartości usługi. W ocenie odwołującego, sposób opisu przedmiotu zamówienia nie uprawnia do stwierdzenia, że zaistniały rozbieżności.

Rozbieżności zostały spowodowane brakiem precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, co skutkuje naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podał, że przyjął w ofercie ilość, która wynikała z jego doświadczenia i znajomości rynku, była jego zdaniem prawdopodobna i mieściła się w określonych przez zamawiającego kryteriach. W konsekwencji w oparciu o swoje dotychczasowe doświadczenie i specyfikę poszczególnych cmentarzy oraz uzyskane informacje, przyjął do kalkulacji ilość ton na poziomie niższym, niż wskazana przez zamawiającego, co jednak w świetle użytego sformułowania „około”, w ocenie odwołującego, winno być uznane za dopuszczalne.

Odwołujący wskazał, że z treści informacji o odrzuceniu oferty wynika, że zamawiający pominął przy ocenie ofert, iż użył sformułowania „około” i odstępstwo od podanej ilości odpadów uznał za niezgodność oferty z treścią siwz.

Ponadto wskazał, że zgodnie z § 6 ust. 1 pkt d) załącznika nr 3 do siwz (Istotne postanowienia umowy) wykonawca jest zobowiązany do wywozu odpadów przez cały okres obowiązywania umowy bez względu na ilość ton do wywiezienia. Tym samym ilość ton przyjęta do kalkulacji nie jest istotnym elementem oferty. Podniósł, że w formularzu ofertowym nie ma żadnej pozycji, w której należy wskazać ilość ton do wywozu. Uznał, że przy ocenie ofert istotna jest globalna wartość zadania, w tym m.in. wywóz odpadów. Wartość globalna za wywóz odpadów wskazana w kosztorysach ofertowych (pozycja 3) oraz w formularzu oferty (ofertach) odwołującego jest niższa niż wartość podana przez podmiot, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający uznał, że odwołujący przy kalkulowaniu oferty przyjął inną ilość ton niż wskazana, nie uznał przy tym wyjaśnienia, iż przy kalkulacji odwołujący dokonał rozbitcia odpadów komunalnych od odpadów biodegradowalnych. Zamawiający w treści i załącznikach do siwz zastosował takie rozróżnienie w sposób, który wymusił adekwatne działanie ze strony wykonawców. W treści „kosztorysu ofertowego” w poz. 3 zamawiający przewidział rozbitcie na odpady: komunalne, biodegradowalne oraz nie ulegające biodegradacji (kody 20 03 01, 20 03 01, 20 02 03). W Kosztorysie ofertowym w ostatniej pozycji wskazał na konieczność podania „stawki za wywóz i składowanie odpadów (komunalnych i biodegradowalnych)”. Wskazał, że w Zakresie prac, na które powołał się zamawiający, wymieniono jedynie ilości związane z „załadunkiem i wyładunkiem stałych odpadów komunalnych” bez uwzględnienia odpadów biodegradowalnych i nie ulegających biodegradacji.

Z powyższego odwołujący wysnuł wniosek, iż nie jest logicznym weryfikowanie spójności ofert z treścią siwz poprzez mnożenie zadeklarowanej przez wykonawcę stawki za wywóz jednej tony odpadów przez ilość odpadów wskazaną w Zakresie prac celem ustalenia, czy wynik tego mnożenia da wartość wskazaną w pozycji nr 3 Kosztorysu ofertowego. Uznał, że

wynik mnożenia nie może dać wyniku prawidłowego, gdyż w stawce za tonę odpadów wymuszono na wykonawcy objęcie ceną zarówno odpady komunalne jak i biodegradowalne, zaś w Zakresie prac jest mowa jedynie o odpadach komunalnych.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - czyn nieuczciwej konkurencji.

Powołując się na cennik ustalony uchwałą Rady Miasta Krakowa odwołujący wskazał, że cena za wywóz tony odpadów podana w wybranej ofercie (MPO wspólnie z innymi wykonawcami), jest ceną poniżej obowiązujących cen za składowanie odpadów na wysypiskach śmieci (Nie segregowane (zmieszane) odpady komunalne 217,34 zł/tona).

Zaś na składowisku odpadów w Trzebini - za przyjmowanie odpadów spoza Gminy Trzebinia: ustalono cennik 190 zł/tona.

Podniósł, że składowisko odpadów komunalnych Barycz jest własnością Gminy Kraków oraz jest administrowane przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie, wykonawcę uczestniczącym w postępowaniu.

Uznał wobec tego, że za wykonanie usługi MPO będzie przyjmować odpady na wysypisku po cenach dumpingowych (139 zł) poniżej ceny określonej w uchwale Rady Miasta Krakowa, która kształtuje się na poziomie 217,34 zł netto. Stwierdził, że jednocześnie od innych podmiotów MPO przyjmuje odpady po cenach określonych uchwałą Rady Miasta Kraków.

Wskazał na wysokość opłat za korzystanie ze środowiska w 2011 r. wynoszącą 107,85 zł. Podał, że prowadzący składowisko musi odprowadzić opłatę do Urzędu Marszałkowskiego za każdą tonę składowanych odpadów. W konsekwencji MPO za każdą tonę odpadów otrzyma kwotę 31,15 zł, w ramach tej kwoty oprócz kosztów zebrania odpadów, załadunku, przewozu i wyładunku uwzględniona musi być również marża dla MPO jako podmiotu składującego odpady.

Uznał, że złożona przez MPO (lidera konsorcjów) oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), stanowiące utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców – powołując się na art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podniósł, że MPO wykorzystuje pozycję monopolisty w zakresie składowania odpadów, z uwagi na jedno składowisko w Krakowie. Stwierdził, że Zarząd Cmentarzy Komunalnych obsługiwany był m.in. przez MPO, które swoimi działaniami aktualnie próbuje utrudnić innym podmiotom dostęp do rynku.

Wskazał, że zachowanie zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w znaczeniu, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp;

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt Pzp - rażąco niska cena.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wybrał jako oferty najkorzystniejsze, w których liderem konsorcjów było Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z o.o., pomimo znaczących różnic, pomiędzy zaoferowaną przez wykonawcę ceną, a cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców.

Cena zaoferowana przez MPO za wywóz jednej tony odpadów wynosi 139 zł netto, podczas gdy cena zaoferowana przez odwołującego wynosi 179 zł netto. Stwierdził, że wobec tego, iż cena składowania odpadów za jedną tonę na składowisku MPO to 217,34 zł netto, cena oferowana przez MPO za wywóz odpadów jest niższa od ceny jaką MPO musi zapłacić w związku ze składowaniem odpadów. Podał, że odwołujący korzysta z usług SRS Waste Technology spółka z o.o., która wykorzystuje odpady jako składnik do wytworzenia paliwa alternatywnego i w związku z tym cena składowania jednej tony odpadów to 165 zł netto (faktura VAT nr FA/20/2011/ODP z dnia 15 marca 2011 r.)

W opinii odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny i orzecznictwa uznając, że zamawiający zobowiązany był zwrócić się do MPO (lidera konsorcjów) o wyjaśnienie, czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny jednostkowej składowania tony odpadów na legalnych wysypiskach.

Odwołujący stwierdził, iż samo arytmetyczne porównanie ofert nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż wybrana oferta (oferty) zawiera rażąco niską cenę, lecz w opinii odwołującego wskazane różnice powinny stanowić podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Art. 90 ust. 1 Pzp przewiduje zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z przepisu wynika, że czynność wezwania do wyjaśnień musi być dokonana przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 7 Pzp.

Opisane zaniechanie zamawiającego naruszają przepis art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Uznał, że wskazana zasada została naruszona, w sytuacji gdy zamawiający nie wykonał należycie czynności oceny i badania ofert, a w konsekwencji, być może wybrał jako najkorzystniejszą ofertę podlegającą odrzuceniu.

Uczestnicy postępowania odwoławczego w zgłoszeniu przystąpienia wyjaśnili swoje stanowisko oponując przeciwko twierdzeniom odwołującego.

W dniu 12 maja 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której m.in. przedstawił opis wymagań zawartych w siwz co do ilości odpadów niezbędnych do

wykonania przedmiotu zamówienia oraz sposobu obliczenia jednostkowej stawki za wywóz odpadów komunalnych. Podkreślił również na rozprawie, że wymóg wskazania ilości odpadów był istotny i został potwierdzony w wyjaśnieniach treści siwz. Podniósł również, że odwołujący wbrew zakazowi wynikającemu z siwz zmienił ilość odpadów zaniżając ją znacznie (przedstawił stosowne obliczenia). Ograniczył tym zakres świadczenia objętego zamówieniem. Wskazał jednocześnie, że nie wymagał od wykonawców zadeklarowania w ofertach konkretnych składowisk odpadów.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie akt sprawy, dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego oraz wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, gdyż złożył ofertę i jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu Izba ustaliła.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy, zgodnie z przepisami dotyczącymi publikacji ogłoszenia o zamówieniu i udostępnianiu siwz, nie ulega wątpliwości, że termin na wniesienie odwołania (10 lub 5 dni w zależności od wartości zamówienia) wobec postanowień zawartych w tych dokumentach biegnie od dnia publikacji ogłoszenia lub zamieszczenia siwz na stronie internetowej zamawiającego (art. 182 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). W związku z niewątpliwym upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy opisującego przedmiot zamówienia jest spóźniony i nie podlega rozpoznaniu na rozprawie.

Odwołujący podniósł ten zarzut w kontekście odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezgodnej z treścią siwz, kwestionując w istocie ocenę oferty.

W tym przedmiocie ustalono.

Zamawiający opisał w siwz w pkt 3.1, iż przedmiotem zamówienia jest całoroczne kompleksowe utrzymanie cmentarzy komunalnych w Krakowie obejmujące prace porządkowe, pielęgnację zieleni niskiej, odśnieżanie wraz z wywozem śniegu oraz wywóz odpadów komunalnych. Wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 3 do siwz) oraz „Zakresach prac” (załączniki do umowy nr 1-1C - część 1 zamówienia, 2-2C - część 2 zamówienia, 3-3A - część 3 zamówienia i 4-4A – część 4 zamówienia). Przedmiot zamówienia podzielił na 4 części, dopuścił składanie ofert częściowych na jedną lub więcej części, na jakie podzielony jest przedmiot zamówienia. W załączniku 1A i 1B w części 1 zamówienia – Cmentarz Rakowicki w zakresie prac związanych z załadunkiem i wyładunkiem stałych odpadów

komunalnych w pkt b opisał, że zakres obejmuje wywóz kontenerów z odpadami wysypki wewnętrznej cementarza do miejsca składowania odpadów w ilości ok.1800 ton i z cementarza w Bronowicach 225 t. (załącznik nr 1B) w ciągu jednego roku. W załączniku nr 2B w części 2 zamówienia – cementarze Rejonu Podgórze w pkt b podał, że wywóz obejmuje ok.1300 ton rocznie i w załączniku nr 2C cementarz w Prokocimiu ok. 90 t. W załączniku 3A w części 3 zamówienia – Cementarz Prądnik Czerwony w pkt b i pkt d podał, że wywóz kontenerów z odpadami do miejsca składowania wynosi łącznie ok.1150 ton rocznie. W załączniku nr 4A w części 4 zamówienia – Cementarz w Grębałowie w pkt b i pkt d podał łączną ilość odpadów ok.1650 ton rocznie.

Łączne ilości wywiezienia i składowania odpadów w okresie obowiązywania umowy (od 17 maja 2011 r. do 30 czerwca 2013 r.) zostały ustalone przez zamawiającego w ilościach: część 1 – 4446 t., część 2 – 2953 t., część 3 – 2443 t., część 4 -3506 t. Odwołujący przyjął ilości obliczając cenę oferty w tym zakresie – w części 1 - 2978 t., w części 2 - 1595 t., w części 3 - 2023 t., w części 4 - 2023 t.

Różnica ilości w stosunku do określonej w siwz wynosiła w czterech częściach -1 468, 1358, 420, 1483 t. Odwołujący przyznał w odwołaniu, że zaniżył tę wartość wskazując przede wszystkim w znacznej części uzasadnienia tego zarzutu, na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niewłaściwym i na nieprecyzyjnym opisanu przedmiotu zamówienia oraz podnosząc, że okoliczność ta powinna być usprawiedliwieniem zaniżenia ilości w stosunku do wymaganej. Uznał na podstawie doświadczenia i znajomości rynku, że ilość jaką przyjął do kalkulacji ceny jest wystarczająca, mimo, że na poziomie niższym niż wskazana przez zamawiającego.

Izba uwzględniła, że w pkt 14.3 i 14.4 siwz „sposób obliczenia ceny oferty” zamawiający zastrzegł, że wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do „Zakresu prac” oraz, że cena oferty zostanie obliczona przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym, sporządzonym w oparciu o Istotne postanowienia umowy i „Zakresy prac” stanowiące załączniki do umowy. Również zamawiający zastrzegł, że cena oferty podana w formularzu oferty musi opowiadać cenie całkowitej wynikającej z kosztorysu. W § 6 ust. 1 lit d umowy określił, że wynagrodzenie płatne będzie miesięcznie z dołu, zgodnie ze stawką jednostkową wymienioną w Kosztorysie ofertowym oraz rzeczywistą ilością wywiezionych odpadów, udokumentowaną zgodnie z zapisem w § 6 ust. 2 pkt b, przy czym wartość usługi za cały okres obowiązywania umowy nie może przekroczyć kwoty wymienionej w poz. 3 Kosztorysu ofertowego. Jednocześnie w wyjaśnieniach treści siwz z dnia 28 lutego 2011 r. (pytanie i odpowiedź nr 4) jednoznacznie stwierdził, że podana w załącznikach ilość odpadów w skali roku, służy do wyliczenia całkowitej wartości usługi wywozu i składowania odpadów.

Odwołujący podał w kosztorysach ofertowych wartości wywozu i składowania odpadów (komunalnych i biodegradowalnych) w kwotach netto/ brutto, przyjmując stawkę za jedną tonę

179 zł netto, 193,32 brutto. Przez odniesienie wartości oferty w tym zakresie do stawki jednostkowej, zamawiający ustalił faktyczne zniżenie ilości odpadów, które w istotny sposób wpływało na zakres świadczenia oraz cenę oferty. W związku z przyjętą zaniżoną ilością odpadów, oferta odwołującego zawierała niższą cenę od wybranej, zgodnie z potwierdzeniem zawartym w odwołaniu, o 205 194, 83 zł.

W ocenie Izby, opis zawarty w siwz w przedmiocie: zakresu prac (załączniki do siwz), sposobu obliczenia ceny (pkt 14.3, 14.4), wymogów zawartych w treści formularza ofertowego (załącznik nr 1), kosztorysach ofertowych, Istotnych postanowieniach mowy (§ 6 ust. 1 pkt d), wyjaśnienia treści siwz (pytanie i odpowiedź nr 4) z dnia 28 lutego 2011 r., nie uprawniał odwołującego do uznania, że podane w załącznikach do siwz ilości odpadów w skali roku, jakie należy wywieźć i składować realizując zamówienie i jakie należało uwzględnić przy obliczaniu ceny oferty, poprzez określenie „ok.” przy wskazanej wielkości, stwarzało dowolność po stronie wykonawców. Wskazanie ilości „około” uzasadnione zostało faktem, że nie jest możliwe ustalenie stałej ilości odpadów, które zostaną wytworzone w okresie objętym realizacją umowy.

Ilość podana w załącznikach została jednoznacznie opisana w wyjaśnieniach siwz z dnia 28 lutego 2011 r. – odpowiedź nr 4, z której wynika, że podana w załącznikach ilość odpadów w skali roku służy do wyliczenia całkowitej wartości usługi wywozu i składowania odpadów. Stąd obliczenie ceny usługi ze znacznym ograniczeniem podanej w siwz ilości, jak podał sam odwołujący o ok. 30-38%, nie może stanowić uzasadnienia zarzutu, iż zamawiający niesłusznie uznał niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień wskazując elementy oferty budzące uzasadnione wątpliwości (pismo z dnia 13 kwietnia 2011 r.). W wyjaśnieniach z dnia 18 kwietnia 2011 r. odwołujący potwierdzając zniżenie ilości uzasadniał stanowisko odliczeniem, na podstawie swojego doświadczenia, ilości odpadów biodegradowalnych z uwagi na możliwość składowania i odzysku poprzez ich przetworzenie. Wskazał, że koszt wywozu i składowania odpadów stanowiących masę biodegradowalną nie powoduje kosztów dla odwołującego i dla zamawiającego, więc w wewnętrznej kalkulacji potraktował tę pozycję odrębnie, określając ją stawką zerową, nie wskazując jednakże takiej kalkulacji w złożonej ofercie. W odwołaniu podniósł zupełnie inne zarzuty uzasadniając zmniejszenie ilości odpadów naruszeniem przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zważywszy na fakt, że ilości przyjętych odpadów do obliczenia ceny usługi stanowiły jednocześnie zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania usługi w granicach przyjętej ilości, zamawiający słusznie uznał, że wykonawca po odebraniu i wywózce wskazanej ilości odpadów nie będzie miał obowiązku wykonywania dalszej usługi, co znajduje uzasadnienie w istotnych postanowieniach umownych § 6 ust. 1 pkt d. Tak znaczne ograniczenie zakresu świadczenia usługi stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, zatem, w ocenie Izby,

brak jest możliwości uznania, że czynność zamawiającego narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej w skrócie „uoznk”.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. uoznk, norma tego przepisu „jest klauzulą generalną spełniającą funkcję uzupełniającą i korygującą wobec pozostałych unormowań tej ustawy zawartych w art. 5-17 i zawierających stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, że określone zachowanie, o ile nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, winno podlegać badaniu najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w powyższych przepisach szczególnych. Dopiero zaś wówczas, gdy konkretne zachowanie nie wypełnia dyspozycji żadnego z powyższych deliktów szczególnych, powstaje potrzeba dokonania jego oceny na gruncie przesłanek z art. 3, zawierających uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji” (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 października 2006 r. sygn. akt I ACa 947/06). Wskazany przez odwołującego art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zarzucenie czynu nieuczciwej konkurencji z uwzględnieniem wskazanego przepisu, jest niezwykle trudne, wymaga bowiem udowodnienia dwóch przesłanek, tj. sprzedaży poniżej kosztów świadczenia (w tym przypadku) oraz, że sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy z rynku, co połączone jest z dogłębną analizą gospodarczą wykonawcy, którego dotyczy zarzut (podobnie w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r. sygn. akt X Ga 122/10, wskazanego przez przystępującego na rozprawie).

Szczególny wydzwitek w przedmiocie rażąco niskiej ceny ma jeden z wyroków Sądu Okręgowego Warszawie, w którym uznano, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zarządzanie cementarzem za cenę 1 zł miesięcznie (kwestia podniesiona również na rozprawie).

Należy podnieść, że odwołujący twierdząc, że wykonawca uczestniczący w postępowaniu wraz z innymi wykonawcami, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, stanowi monopol utrudniając dostęp innym wykonawcom do rynku, nie poparł zarzutu żadnymi dowodami. Podnoszona okoliczność, że MPO jest spółką Miasta Krakowa i składowisko Barycz jest przez nią administrowane, sama w sobie nie stanowi uzasadnienia zarzutu. Spółka jednostki samorządowej jest uprawniona do uczestnictwa w postępowaniach o zamówienie publiczne, co trudno uznać za przejaw monopolu. Ponadto należy stwierdzić w

okolicznościach sprawy, że zasadne jest stanowisko przystępującego, iż odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego, że wykonawca będzie wywoził odpady na składowisko Barycz. Zarzut oparł wyłącznie na domniemaniu, w sytuacji, gdy do udowodnienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wymagane są „niezbite dowody”, którymi nie może być nawet uprawdopodobnienie zarzutu (m.in. wyrok KIO z dnia 21 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 965/09, utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 9 lutego 2010 r. sygn. akt V Ca 2446/09).

Zarzut rażąco niskiej jednostkowej ceny wywozu odpadów w wybranej ofercie.

Zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczonej na stronie internetowej pt. „Rażąco niska cena” zawarto istotne wskazania służące ocenie rażąco niskiej ceny. Podkreślono, że podstawę oceny, czy cena oferty jest rażąco niska stanowi odniesienie ceny oferty do przedmiotu zamówienia.

„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.” (...)

„Nieco odmiennie sytuacja przedstawia się w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo lub zamówienia dzielonego na części. Wiąże się to z odmiennym sposobem ustalania wartości szacunkowej przy tych zamówieniach. Przy ustalaniu wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo zamawiający bierze pod uwagę łączną wartość zamówień okresowych jakich zamierza udzielić w określonym czasie (art. 34 ust. 1) a w przypadku zamówienia dzielonego na części łączną wartość zamówień dzielonego na części (art. 32 pkt 4).”

W przedmiocie rażąco niskiej ceny jest liczne orzecznictwo Izby oraz sądów okręgowych (m.in.: sygn. akt KIO 752/10 z dnia 11 maja 2010 r.). W wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, że „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”.

W ocenianej sprawie przedmiotem zamówienia jest, zgodnie z opisem zawartym w siwz w pkt 3.1, całoroczne kompleksowe utrzymanie cmentarzy komunalnych w Krakowie obejmujące prace porządkowe, pielęgnację zieleni niskiej, odśnieżanie wraz z wywozem śniegu oraz wywóz odpadów komunalnych. Wywóz odpadów komunalnych stanowi ok. 1/3 części przedmiotu zamówienia i zarzut dotyczy wyłącznie ceny jednostkowej podanej w Kosztorysie ofertowym, która stanowiła m.in. podstawę sprawdzenia, czy wykonawcy uwzględnili w kalkulacji ceny oferty, wymagany w siwz zakres prac objętych wywozem odpadów komunalnych. W wybranej ofercie wykonawcy wskazali stawkę 139 zł netto za 1 t. odpadów. Cena za wywóz odpadów wskazana jest jako poz. 3 w Kosztorysie ofertowym i jest jedną z trzech części składowych ceny oferty. Odwołujący podał stawkę jednostkową 179 zł netto, natomiast inny wykonawca uczestniczący w tym postępowaniu - Zakłady Usługowe Południe wskazał stawkę 120 zł. Cena wybranej oferty jest wyższa od ceny oferty odwołującego, jak wskazał w odwołaniu odwołujący, o 205.194,8 zł. Zamawiający nie znalazł podstaw do kwestionowania ceny oferty odwołującego jako ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 1 ustawy). Zatem w ocenie Izby stanowisko odwołującego, że kryterium oceny oferty powinna stanowić stawka jednostkowa wywozu odpadów, jest nieuzasadnione. Na marginesie podnieść należy, że odwołujący załączył do odwołania cennik składowiska odpadów komunalnych Barycz, które obowiązują w Gminie Miejskiej Kraków. W cenniku wskazano jednostkową stawkę netto jednej tony niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 w wysokości 217,34 zł. Załączył również cennik składowiska odpadów w Trzebini, w którym za przyjmowanie odpadów z tej gminy wskazano stawkę 190 zł. Natomiast, zgodnie z załączoną kopią faktury, jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się z odwołującym o udzielenie zamówienia, widnieje jako nabywca i odbiorca usługi ze stawką 165 zł. Faktura została wystawiona przez SRS Waste Technology sp. z o.o. w Mszanie Dolnej.

Zatem, ceny jednostkowe za odpady są zróżnicowane i odwołujący nie wykazał, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają wskazać w ofercie składowisko odpadów, z którego będą korzystać. Ponadto, zamawiający złożył na rozprawie oświadczenie, przy braku zaprzeczenia ze strony odwołującego, że wykonawcy mogą korzystać z co najmniej kilku składowisk. Na uwagę zasługuje okoliczność, że odwołujący kwestionując stawkę w wybranej ofercie, iż odbiega od cennika na składowisku Barycz, zaoferował również niższą stawkę, a kopia faktury potwierdza, że w marcu br. usługa była świadczona za jeszcze niższą kwotę. W ocenie Izby zarzut również nie znalazł potwierdzenia w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie stwierdzono, aby w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło naruszenie przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wobec nie potwierdzenia się zarzutów, okoliczności sprawy uzasadniają oddalenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący: