

WYROK
z dnia 23 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2014 r. przez Odwołującego – NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300), przy ul. Śniadeckich 14, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Nawojowa, 33-335 Nawojowa 313, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (31-031), przy ul. Józefa Dietla 93/4, AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300), przy ul. Śniadeckich 14 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300), przy ul. Śniadeckich 14 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300), przy ul. Śniadeckich 14 na rzecz Zamawiającego – Gminy Nawojowa, 33-335 Nawojowa 313 kwotę 540,00 zł (słownie: pięćset czterdzieści złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Nawojowa, 33-335 Nawojowa 313 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych niesegregowanych i segregowanych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Nawojowa” (znak sprawy: IRB.271.13.2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2014 r., pod nr 2014/S 181-319615.

W dniu 3 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (31-031), przy ul. Józefa Dietla 93/4, AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma, zwanych dalej „Konsorcjum AVR”.

Wskazana powyżej czynność została zaskarżona w dniu 11 grudnia 2014 r. przez wykonawcę NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300), przy ul. Śniadeckich 14 (dalej: „Odwołujący”). W odwołaniu Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Konsorcjum AVR jako najkorzystniejszej pomimo braku przesłanek ku temu;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR, pomimo iż z załączonych do oferty dokumentów wynika, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę;
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR ze względu na złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum AVR;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w kwestionowaniu wyników Postępowania, bowiem złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Podkreślił również, że na skutek działań

Zamawiającego poniósł szkodę, ponieważ został mu odcięty dostęp do uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Z kolei uwzględnienie odwołania przez Izbę umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia, gdyż oferta Odwołującego pozostanie wówczas najkorzystniejszą.

Na uzasadnienie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Konsorcjum AVR z treścią SIWZ Odwołujący podał, że w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit. c SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, celem potwierdzenia spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, aby posiadali aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Zamawiający zastrzegł ponadto, że miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów powinny spełniać warunki określone w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U.2013.21 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą” oraz w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2013.1399 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Ucpg”. Konsorcjum AVR złożyło dokument z dnia 27 października 2014 r. wystawiony przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej (33-351), Oś. Rzeka 133 (dalej „PUK EMPOL”), który nie spełnia tych wymagań. Zapewnienie wydane zostało nie przez Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych (dalej: „RIPOK”), a przez podmiot który nie posiada statusu RIPOK, gdyż jest instalacją zastępczą zgodnie z Uchwałą nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r.

Odwołujący skonstatował, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający winien wezwać Konsorcjum AVR do złożenia wymaganego dokumentu, chyba że oferta podlega odrzuceniu z innych przyczyn (rażąco niska cena) – co ma miejsce w Postępowaniu i dlatego nie zachodzi konieczność powtórzenia czynności.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum AVR Odwołujący wskazał, że w Postępowaniu złożone zostały 3 oferty opiewające na niżej wskazane kwoty: oferta Konsorcjum AVR (1.012.339,08 zł brutto), oferta Odwołującego (2.031.480,00 zł brutto) oraz oferta wykonawcy SITA Małopolska sp. z o.o. (2.115.072 zł brutto). Zamawiający przed otwarciem ofert podał że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 1.890.000,00 zł brutto. Z porównania wymienionych ceny wynika, że już sam stosunek ceny oferty Konsorcjum AVR (1.012.339,08 zł brutto) do wartości przedmiotu zamówienia (1.890.000,00 zł brutto) wskazuje na rażąco niską cenę. Jest ona bowiem niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Istotnym jest, że wykonawca SITA Małopolska sp. z o.o. zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 2.115.072,00 zł brutto co czyni ofertę Konsorcjum AVR o 46,44 % niższą od szacunku Zamawiającego, o 50,17 % niższą od ceny Odwołującego oraz o 52,14 % niższą j od ceny wykonawcy SITA Małopolska sp. z o.o. Odwołujący zaznaczył, że relacja ceny jego oferty do ceny wykonawcy SITA Małopolska sp. z o.o.

działającego na tym samym lokalnym rynku wynosi 4 %. Odwołujący wyliczył również, że oferta Konsorcjum AVR jest o 41,13% niższa od średniej ceny arytmetycznej złożonych ofert wynoszącej 1.719.630,36 zł.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający na jego wezwanie przeprowadził wprawdzie postępowanie w celu ustalenia czy oferta Konsorcjum AVR zawiera rażąco niską cenę, jednakże nie powiadomił uczestników Postępowania o wynikach tych wyjaśnień w sposób umożliwiający ocenić Odwołującemu (mającemu w tym interes prawny), czy złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena jest prawidłowo oszacowana pomimo tak przedstawiających się arytmetycznych wyliczeń jednoznacznie wskazujących na niebezpieczeństwo zastosowania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zaznaczył, że zdaje sobie sprawę, że nie zawsze arytmetyczne porównanie cen zaoferowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi dowód na zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Dlatego też formułując taki zarzut kierował się nie tylko własnymi doświadczeniami (Odwołujący świadczy bowiem taką samą usługę na zlecenie Zamawiającego do 31 grudnia 2014 r. i zna specyfikę zamówienia), ale i ugruntowanym orzecznictwem Sądów Okręgowych i Izby, którego przegląd następnie przedstawił.

Zdaniem Odwołującego cena Konsorcjum AVR jest nie tylko ceną spekulacyjną i może spowodować, że ww. nie wywiąże się z umowy, ale jest również „ceną dumpingową” w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Znk”. Przepis art. 15 ust. 1 Znk 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 odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Odwołującego jest oczywistym, że Konsorcjum AVR wobec przynależności do tej samej grupy kapitałowej (oświadczenie złożone w trybie art. 26 ust. 2 d Pzp) posiada okresowe możliwości świadczenia usług poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji w przyszłości lokalnych przedsiębiorców z rynku.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

W pierwszeństwie Zamawiający zakwestionował interes Odwołującego we wniesieniu środka ochrony prawnej. Podał, że złożył on ofertę, która przekracza jego możliwości finansowe zamykające się w kwocie 1.890.000,00 zł. W konsekwencji stwierdził, że odrzucenie oferty Konsorcjum AVR spowoduje konieczność unieważnienia Postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający podkreślił, że nie jest w stanie wygenerować większych środków finansowych na gospodarowanie odpadami komunalnymi, nie planuje i nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, bowiem kwota

przeznaczona na sfinansowanie zamówienia zdeterminowana jest po stronie dochodów budżetu gminy wysokością stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi na terenie Gminy Nawojowa.

Średnia stawka na mieszkańca w Gminie wynosi 7,10 zł (podniesiona na rok 2014 o 1,10 zł na mieszkańca), co w porównaniu z okolicznymi gminami jest stawką jedną z wyższych. Zdeklarowanych mieszkańców wliczanych do opłaty śmieciowej jest w Gminie Nawojowa ok. 7590, co w pomnożeniu przez stawkę jw. oraz liczbę miesięcy w roku daje kwotę 646.668,00 zł przy założeniu 100 % ściągłości. Z tak wyliczonej kwoty należy jeszcze odliczyć koszty obsługi systemu i administracji. Stąd kwota 630.000,00 zł przeznaczona rocznie na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest kwotą maksymalną jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści Uchwały nr XL/319/13 z dnia 10 grudnia 2013 r. w sprawie określenia metody ustalania opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalania wysokości stawki opłaty oraz dokument pn. RB-27S sprawozdanie z wykonania planu dochodów budżetowych.

Odnosząc się do zarzutu dokonania bezprawnego wyboru oferty Konsorcjum AVR Zamawiający stwierdził, że przeprowadził Postępowanie zgodnie z przepisami Pzp i wobec braku, jak wynika to z przedłożonej w całości dokumentacji Postępowania, przesłanek do odrzucenia oferty Konsorcjum AVR, uznał jego ofertę, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, za najkorzystniejszą, przy zapewnieniu określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR jako nieodpowiadającej treści SIWZ Zamawiający podkreślił, że w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit c SIWZ zapisał aby celem potwierdzenia spełnienia warunków posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności „[...]wykonawca posiadał aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Miejsca zaś odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, o których mowa wyżej powinny spełniać warunki określone w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r o odpadach, ustawie z dnia 13 września 1966 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.[...]”.

Konsorcjum AVR przedłożyło dokument z dnia 27 października 2014 r. sporządzony przez PUK EMPOL spełniający wymagania określone w przepisach, ponieważ wpisany jest jako instalacja zastępcza dla Regionu Sądecko-gorlickiego, co wynika z uchwały nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. załączonej do odwołania.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z przepisem art. 91 Ucpg RIPOK ma ustawowy obowiązek zawrzeć umowę ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne z terenu regionu gospodarki odpadami, a w przypadku awarii lub odmowy ich przyjęcia przez RIPOK z innych przyczyn uniemożliwiających odbieranie odpadów przekazuje się je do instalacji zastępczych wyznaczonych przez uchwałę sejmiku. W związku z powyższym Zamawiający pozostawał w przekonaniu, że odpady będą zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 Ucpg przekazywane do instalacji Odwołującego, bowiem jest to jedyny RIPOK wyznaczony dla Regionu Sądecko-gorlickiego lub w przypadku awarii lub innych przyczyn uniemożliwiających odbieranie odpadów (art. 91 ust. 2 Ucpg) do jednej z czterech zastępczych instalacji na terenie regionu. Konsorcjum AVR załączyło do oferty zapewnienie wystawione przez PUK EMPOL posiadającą status instalacji zastępczej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego instalacja zastępcza spełnia wymogi określone w Ustawie oraz Ucpg, inaczej nie mogłaby być instalacją zastępczą, nawet jeśli nie posiada statusu RIPOK.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum AVR Zamawiający wyjaśnił, że podjął w trybie art. 90 ust. 1 Pzp czynności zmierzające do uzyskania od ww. wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na jej cenę wzywając go do złożenia wyjaśnień. Konsorcjum AVR za pismem z dnia 20 listopada 2014 r. złożyło obszerne wyjaśnienia poparte szeregiem załączników, informując i zastrzegając, iż informacje zawarte na stronach od 2 do 17 oraz załączniki nr 1-12 stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 pkt 4 Znk, a jej ujawnienie podmiotom trzecim skutkować będzie zastosowaniem odrębnych regulacji prawnych. Zamawiający podkreślił, że w wyniku dogłębnej i starannej analizy złożonych wyjaśnień co do elementów mających wpływ na cenę oferty uznał, iż zaoferowana cena – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, a wyjaśnienia przedłożone przez Konsorcjum AVR są wiarygodne i rzetelne. Nadto z posiadanych przez Zamawiającego informacji z innych źródeł, wynika, że ww. stosując podobne ceny z tymi samymi elementami mającymi wpływ na cenę z powodzeniem realizuje takie same, czy podobne zamówienia w innych jednostkach samorządu terytorialnego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR ze względu na złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający zasygnalizował, że Odwołujący ograniczył się w zasadzie tylko do gołosłownych twierdzeń i definicji ustawowych nie prowadząc w tym zakresie żadnego merytorycznego wywodu, który uprawdopodobniłby stawiany zarzut. Zaznaczył ponadto, że analiza złożonych przez Konsorcjum AVR wyjaśnień utwierdziła go w przekonaniu, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską i nie niesie ryzyka niewykonania zamówienia. Dodał, że za zaoferowaną przez Konsorcjum AVR cenę możliwa jest realizacja zamówienia bez ponoszenia strat przez Wykonawcę (czyli poniżej kosztów). Stąd też, w ocenie Zamawiającego, brak było przesłanek do odrzucenia oferty Konsorcjum AVR jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum AVR. W piśmie procesowym z dnia 18 grudnia 2014 r. wniosło o oddalenie odwołania przytaczając niżej wskazane powody.

W ustosunkowaniu do zarzutu dotyczącego dokumentu wystawionego przez PUK EMPOL Konsorcjum AVR podkreśliło, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału V pkt 2 ppkt 1 lit. c SIWZ Zamawiający przewidział alternatywę w postaci posiadania aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowości przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Podkreśliło, że poza sporem jest, że Zamawiający nie określił formy dla wspomnianej gotowości do przyjęcia odpadów komunalnych, wobec czego Konsorcjum AVR uznało, że dla potrzeb Postępowania wystarczające będzie złożenie oświadczenia o treści, jak przy ofercie.

Konsorcjum AVR zakwestionowało jakoby konieczne było złożenie dokumentu pochodzącego od podmiotu prowadzącego RIPOK (czyli *de facto* od Odwołującego, co dodatkowo prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp stawiając go w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych uczestników Postępowania) stwierdzając, że SIWZ nie przewidywała takiego wymogu. Zaznaczyło, że intencją Zamawiającego było przedłożenie dokumentu „gwarantującego”, iż wykonawca będzie miał zapewnione przekazywanie odpadów nawet gdyby RIPOK nie wyraził zgody na ich przyjęcie.

Konsorcjum AVR zasygnalizowało, że ewentualne zawarcie przyszłej umowy z RIPOK, tj. z Odwołującym nie jest w żadnym momencie zagrożone, albowiem zapewnia to art. 91 ust. 1 Ucpq, a niedopełnienie tego obowiązku przez prowadzącego instalację jest deliktem administracyjnym. Stanowisko to potwierdził również sam Odwołujący posługując się tożsamą argumentacją w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów prowadzonym przez Miasto Nowy Sącz.

Konsorcjum AVR zasygnalizowało, że nawet gdyby uznać argumentację Odwołującego w zakresie podmiotu uprawnionego do wystawienia omawianego dokumentu za słuszną, to nie dotyczyłaby ona odpadów zielonych czy selektywnie zebranych i choćby z uwagi na to nie można jej zaakceptować. W przypadku tych pierwszych podmiotem właściwym dla Regionu Sądecko-gorlickiego jest bowiem Kompostech sp. z o.o., a drugie mogą być z kolei przekazywane do dowolnej instalacji i zakładu również poza wskazanym regionem. Z ostrożności procesowej Konsorcjum AVR podało, że dysponuje umową nr 1/10/2014/AVR zawartą w dniu 10 października 2014 roku z Kompostech sp z o.o. na odbiór odpadów o kodach 20 02 01 i 20 01 08 (odpady zielone) oraz umową z Odwołującym o nr 16/ZZO/2014 r. na odbiór odpadów o kodzie 20 03 01. Co prawda umowy te zawarte zostały celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Nowy Sącz, to jednak z samej specyfikacji Postępowania nie wynika, iż dokumenty przedkładane na okoliczność spełnienia warunku wskazanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit c mają być oświadczeniami lub umowami „dedykowanymi” dla Zamawiającego.

Konsorcjum AVR zwróciło również uwagę na okoliczność, że żaden z dokumentów wymienionych w pkt 1.1 Rozdziału VI SIWZ pn.: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” nie odnosi się wprost do komentowanego postanowienia Rozdziału V SIWZ.

Odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny Konsorcjum AVR stwierdziło, że złożonymi Zamawiającemu wyjaśnieniami obalilo powstałe w następstwie wezwania go do złożenia wyjaśnień domniemanie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji Zamawiający, oceniając przedmiotowe wyjaśnienia uznał, iż cena oferty Konsorcjum AVR nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie mógł zastosować art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Podkreśliło również, że Zamawiający, jako autor SIWZ opisującej również przedmiot zamówienia, posiadający w gronie członków komisji przetargowej merytorycznych pracowników jest w stanie precyzyjnie zweryfikować ceny złożonych ofert nie naruszając jednocześnie zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz może stwierdzić, czy mamy do czynienia z ceną nierynkową, nierealną, rażącą. W sytuacji powzięcia „wątpliwości”, „podejrzenia”, że cena oferty jest rażąco niska Zamawiający winien wystąpić do wykonawcy z wezwaniem w trybie art 90 ust. 1 Pzp, co miało miejsce. Konsorcjum AVR zaznaczyło, że poza dyskusją jest, iż omawiana procedura winna być samodzielną decyzją Zamawiającego, a nie następować na wezwanie Odwołującego. Zwróciło uwagę, że w świetle przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia twierdzeń o rażąco niskiej cenie, podczas gdy Odwołujący ograniczył się zasadniczo tylko do wskazania matematycznych różnic pomiędzy cenami ofert złożonych w Postępowaniu.

Następnie Konsorcjum AVR podało w wątpliwość okoliczność, że to Odwołujący świadczy dla Zamawiającego taką samą usługę do końca 2014 r., a nadto zwróciło uwagę na fakt, że Zamawiający do tej pory albo unieważniał postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów z uwagi na brak środków finansowych na realizację zamówieni a za cenę wskazaną w ofercie najkorzystniejszej albo, wobec braku konkurencyjnych ofert, zmuszany był do zwiększania budżetu zaplanowanego na realizację zamówienia. Zdaniem Konsorcjum AVR powyższe świadczy o tym, że wykonawcy składający oferty w postępowaniach organizowanych przez Gminę Nawojowa zawyżali wysokość cen ofert regularnie. W konsekwencji ceny ofert Odwołującego i wykonawcy SITA Małopolska sp. z o.o., na które powołuje się Odwołujący są zwyczajowo zawyżane lub źle kalkulowane w stosunku do kwoty, którą ogłasza Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 86 ust 3 Pzp, co zapewne jest wynikiem niewielkiej konkurencji w tym rejonie i stosunkowo trwale poukładanego rynku. Dlatego też złożenie oferty przez Konsorcjum AVR w postępowaniach odpadowych na tym terenie wpływa konkurencyjnie i ożywczo na zastany miejscowy rynek i Wykonawców tam działających (Nowy Sącz, Stary Sącz, Nawojowa) i automatycznie ceny składanych ofert.

Konsorcjum AVR dokonało porównania cen usługi odbierania odpadów w południowo-wschodniej Małopolsce, z którego wyprowadziło wniosek, że sposób kalkulacji cen przez Konsorcjum AVR jest prawidłowy i nie odbiegający od cen rynkowych. Z załączonej do pisma

procesowej tabeli wynika np. że „cena wybranej oferty w przeliczeniu na 1 Mg odpadów” złożonej przez Konsorcjum AVR w Postępowaniu zbliżona jest do cen rynkowych w innych postępowaniach, a wykonawcy biorący w nich udział kalkulowali ją na poziomie niższym, choć też, co zostało pokazane również i wyższym. Podkreśliło, że ten sam lub zbliżony sposób kalkulacji ceny oferty zastosowany dla oferty złożonej w Gminie Nawojowa nie zapewnia każdorazowo „najkorzystniejszej oferty”, co pokazują wyniki postępowań z udziałem Konsorcjum AVR w Dąbrowie Tarnowskiej, Skrzyszowie, czy Sułkowicach. Z kolei w pierwszych postępowaniach unieważnionych na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp, prowadzonych przez Miasto Dobczyce i Gminę Gdów oferty Konsorcjum AVR przekroczyły kwoty przeznaczone przez zamawiających na zrealizowanie zamówienia. Tym samym oczywistym jest, iż model kalkulacji ceny ofert stosowany przez Konsorcjum AVR nie odbiega od rynkowego. Fakt wystąpienia wykazywanej przez Odwołującego różnicy w cenach ofert złożonych przez Konsorcjum AVR i Odwołującego nie musi świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty konsorcjum, a może wynikać jedynie z różnych okoliczności i sposobów kalkulacji, których Odwołujący mógł nie wziąć pod uwagę formułując zarzuty, choćby z uwagi na fakt, że nie znał i nie zna sposobu wyliczenia ceny przez Konsorcjum AVR, a także faktu, iż realizuje ono usługi w zdecydowanie szerszym zakresie niż ona sama (utrzymanie dróg i autostrad, utrzymanie zieleni, odbiór odpadów, roboty budowlane).

Na potwierdzenie powyższych okoliczności Konsorcjum AVR wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści mailowego zapytania AVR sp z o.o. z dnia 27 października 2014 r. do PUK EMPOL wraz z odpowiedzią i wyrażeniem gotowości na przyjęcie odpadów, pisma Odwołującego z dnia 4 listopada 2014 r. do Miasta Nowy Sącz, protokołów postępowań o udzielanie zamówień publicznych IRB.271.6.2013, IRB.271.7.2013, IRB.271.18.2013, IRB.271.20.2013, pism Odwołującego z dnia 4 i 13 listopada 2014r. do Wójta Gminy Nawojowa, tabeli prezentującej zestawienie przetargów w województwie małopolskim, zawiadomień o wyborze najkorzystniejszych ofert w Gminie Spytkowice (19 listopada 2014 r.), Nowym Sączu (6 listopada 2014 r.) i Gminie Stary Sącz (10 grudnia 2014 r.).

Odwołujący, za pismem z dnia 21 grudnia 2014 r., przedstawił polemikę z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie.

W zakresie zarzutu związanego z brakiem legitymacji odwołujący powołał się na wyrok Izby, w którym potwierdzono m.in. uprawnienie wykonawcy do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając dodatkowo zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący odniósł się do przepisu art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 189 października 2014 r., a nadto przedstawił miesięczne zestawienie kosztów unieszkodliwiania odpadów i przychodów ze sprzedaży surowców za okres od lipca 2013 r. do listopada 2014 r. z Gminy Nawojowa oraz analizę szczegółową cen ofertowych pod kątem czynników różnicujących oferty – kosztów odbioru odpadów i analizę szczegółową ceny ofertowej Konsorcjum AVR i szacunkowej wartości

zamówienia pod kątem czynników różnicujących oferty – kosztów odbioru odpadów. Na podstawie powyższych dokumentów stwierdził, że odbiór zmieszanych odpadów komunalnych utrzymuje się na tym samym poziomie nie wykazując tendencji spadkowej i w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia koszt przekazania tych odpadów do RIPOK przy znanej cenie (nie niższej niż obecnie obowiązującej ustalonej zarządzeniem Prezydenta Miasta Nowego Sącza) będzie prawie stały. Dodał, że odbiór odpadów segregowanych wykazuje co prawda niewielkie tendencje wzrostu w niektórych miesiącach (sezonowość), ale nie w związku z segregacją odpadów zmieszanych. W związku z tym nie można zakładać stałego zmniejszenia kosztów przekazywania odpadów zmieszanych do RIPOK i stałego zwiększania przychodów ze sprzedaży odpadów segregowanych. Należy przy tym podać, że ceny poszczególnych odpadów zbieranych selektywnie (papier, szkło, tworzywo) są cenami rynkowymi, a więc zmiennymi zależnymi od podaży i trudno oszacować ich kształtowanie w okresie realizacji zamówienia. Podkreślił, że nadwyżka ceny na pokrycie kosztów odbioru odpadów średniomiesięcznie w przypadku ceny oferowanej przez Konsorcjum AVR wynosi 10.270,00 zł, w przypadku Odwołującego się 32.844,00 zł. Kwota 10.270,00 zł z całą pewnością nie wystarczy na pokrycie dalszych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (płace pracowników, koszty paliwa amortyzacja eksploatacja pojazdów, dostawa pojemników i worków do segregacji) zwłaszcza, iż teren na którym realizowany jest przedmiot zamówienia jest wyjątkowo trudny (rozproszona zabudowa, znaczne różnice wzniesień), a koszt samych pojemników na odpady i worków, które ma obowiązek zapewnić wykonawca to około 40 % tej kwoty.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp Odwołujący oświadczył, że potwierdza go załączona analiza oraz samo arytmetyczne wyliczenie: Cena Konsorcjum AVR jest bowiem o 46,44 % niższą od szacunku Zamawiającego, o 50,17 % niższą od ceny Odwołującego oraz o 52,14 % niższą j od ceny wykonawcy SITA Małopolska sp. z o.o.

Na rozprawie Zamawiający – uzasadniając zajęte w odpowiedzi na odwołanie stanowisko w przedmiocie braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia – wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści Uchwały Nr L/404/14 Rady Gminy Nawojowa z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Nawojowa na lata 2014-2021 wraz z załącznikiem oraz z treści Zarządzenia nr 0050.140.2014 Wójta Gminy Nawojowa z dnia 13 listopada 2014 r. w sprawie projektu Uchwały Budżetowej Gminy Nawojowa na 2015 rok wraz z załącznikiem w postaci projektu uchwały budżetowej na rok 2015. Podkreślił, że ww. dokumenty potwierdzają postawioną w odpowiedzi na odwołanie tezę, że Zamawiający nie może zwiększyć budżetu przeznaczonego na realizację zamówienia (stanowiącego środki pochodzące z wyegzekwowanych od mieszkańców gminy opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi) do kwoty zaproponowanej w ofercie Odwołującego, wobec czego, po odrzuceniu oferty Konsorcjum AVR, zmuszony zostałby do unieważnienia Postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący i Konsorcjum AVR podtrzymali argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie procesowym Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum AVR (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z niżej wskazanych powodów.

I. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odnosząc się do przeciwnej argumentacji Zamawiającego i przedstawionych przez niego dowodów Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że Odwołujący – ani w treści odwołania, ani też na rozprawie – nie wyartykułował wprost żądania unieważnienia Postępowania, które to mogłoby rodzić wątpliwości co do legitymowania się przez niego interesem w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Jakkolwiek okoliczności sprawy wskazują, że przewidywał on takie następstwo ewentualnego uwzględnienia przez Izbę wniesionego odwołania, o czym może świadczyć argumentacja przedstawiona na rozprawie (protokół z posiedzenia i rozprawy, str. 7), tym niemniej skutek taki należało ocenić jako hipotetyczny.

Izba stwierdziła, że przedstawione przez Zamawiającego dokumenty budziły wątpliwość w kontekście okoliczności, na udowodnienie której zostały powołane, tj. że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Wprawdzie z załączonych do odwołania i przedstawionych na rozprawie uchwał (Uchwała nr XL/319/13 z dnia 10 grudnia 2013 r. w sprawie określenia metody ustalania opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalania wysokości stawki opłaty i Uchwała Nr L/404/14 Rady Gminy Nawojowa z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Nawojowa na lata 2014-2021 wraz z załącznikiem), jak również z dokumentu pn. RB-27S sprawozdanie z wykonania planu dochodów budżetowych oraz Zarządzenia nr 0050.140.2014 Wójta Gminy Nawojowa z dnia 13 listopada 2014 r. w sprawie projektu Uchwały Budżetowej Gminy Nawojowa na 2015 rok wraz z załącznikiem w postaci projektu uchwały budżetowej na rok 2015 wynikało jaka jest kwota

maksymalnych dochodów z opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi i jak przedstawiają się szacowane na kolejne lata wpływy z tego tytułu (których iloczyn za okres 3 lat, z pominięciem kosztów administracyjnych, stanowił dla Zamawiającego podstawę ustalenia wartości zamówienia), tym niemniej nie została wykluczona możliwość wygospodarowania w ramach całego budżetu Zamawiającego dodatkowych środków finansowych, np. w postaci przesunięć pomiędzy poszczególnymi pozycjami budżetu, czy oszczędności powstałych w toku realizacji innych przedsięwzięć. Ponadto zauważyć należy, że Zamawiający przedstawił wyłącznie projekt uchwały budżetowej, który może jeszcze ulec zmianie, zaś wieloletnia prognoza finansowa jest dokumentem o charakterze wyłącznie prognostycznym, nie zaś planistycznym.

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum AVR, pomimo iż z załączonych do oferty dokumentów wynika, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Zamawiający dokonał konkretyzacji warunków udziału w Postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia w Rozdziale V SIWZ. Zgodnie z zawartym tam pkt 2 ppkt 1 lit. c SIWZ Zamawiający – w zakresie spełnienia warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia – wymagał od wykonawcy, aby „[...]posiadał aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowości przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, o których mowa wyżej powinny spełniać warunki określone w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dokumenty, o których mowa w pkt VI. 1.1. b siwz)[...]”.

W Rozdziale VI pkt 1.1 Zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, żąda załączenia do oferty:

„[...]”

- a) oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust 1 Prawa zamówień publicznych – wzór str. 1 załącznika nr 2 do SIWZ;
- b) potwierdzenie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji;
- c) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których usługi zostały

wykonane oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;

- d) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- e) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

[...].

Przystępujący załączył do oferty pismo z dnia 27 października 2014 r. pochodzące od PUK EMPOL, w którym zawarte zostało stwierdzenie „[...]Posiadamy gotowość przyjęcia odpadów[...]”. Zarówno z treści wspomnianej korespondencji, jak i z Uchwały Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. w sprawie zmiany Uchwały Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego” wynika, że ww. podmiot prowadzi jedną z instalacji zastępczych dla Regionu Sądecko-gorlickiego, która może przyjmować odpady w sytuacji, gdy RIPOK (którego podmiotem prowadzącym jest Odwołujący) ulegnie awarii lub nie będzie mógł przyjmować odpadów z innych przyczyn.

Wobec powyższego Izba uznała, że chybiona była argumentacja odwołania, która wskazywała na konieczność legitymowania się dokumentem pochodzącym od podmiotu prowadzącego RIPOK. Wniosku takiego nie można bowiem wyciągnąć analizując przytoczone wcześniej postanowienie Rozdziału V SIWZ. Rozpatrując drugi człon przewidzianej w nim alternatywy, dotyczący gotowości przyjęcia odpadów komunalnych, należało uznać, że stosowny dokument (którego forma nie była między stronami sporna) mógł pochodzić od każdego przedsiębiorcy prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, a przymiot taki, czego również nie kwestionował Odwołujący, posiada PUK EMPOL będący wystawcą spornego dokumentu.

Odnosząc się natomiast do dalszej części omawianego warunku, dotyczącej wymogów jakim powinny odpowiadać miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (Rozdział V pkt 2 ppkt 1 lit. c zd. drugie SIWZ), to, w ocenie Izby, także i jego treść nie potwierdzała prawdziwości twierdzenia Odwołującego o konieczności załączenia do ofert dokumentu pochodzącego od podmiotu prowadzącego RIPOK. Ergo, wobec braku dookreślenia przez Zamawiającego o jakie konkretnie wymagania chodzi, dopuszczalne w ocenie Izby było posłużenie się przez Przystępującego dokumentem pochodzącym od PUK EMPOL, tym bardziej że jest on podmiotem prowadzącym instalację zastępczą dla regionu. Jakkolwiek, w przeciwieństwie do instalacji regionalnej, brak jest ustawowych kryteriów, od których spełnienia uzależnione jest uzyskanie

statusu instalacji zastępczej, tym niemniej nie jest tak, że może nią być dowolnie wybrane miejsce/obiekt prowadzone przez każdy podmiot. Konieczne jest bowiem spełnianie wymagań ochrony środowiska, posiadanie decyzji z zakresu odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, czy spełnianie wymagań najlepszej dostępnej techniki lub technologii. Okoliczności te nie były przez Odwołującego kwestionowane.

Izba nie uwzględniła dodatkowej argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą dokument załączony przez Konsorcjum AVR nie spełnia stawianych mu przez Zamawiającego wymogów z uwagi na fakt, że dotyczy on wyłącznie zmieszanych odpadów komunalnych, podczas gdy przedmiot zamówienia obejmuje również odpady zielone i pozostałości z sortowania odpadów komunalnych. Należy bowiem zauważyć, że w treści odwołania (str. 4) Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że „[...]Konsorcjum AVR przedłożyło dokument z dnia 27.10.2014 r. wystawiony przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. Oś. Rzeka 133, 33-351 Tylmanowa, który nie spełnia tych wymagań. Zapewnienie wydane zostało nie przez Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), a przez podmiot który nie posiada statusu RIPOK, gdyż jest instalacją zastępczą zgodnie z Uchwałą nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r.[...]” (tożsamy argument użyty został w piśmie do Zamawiającego z dnia 26 listopada 2014 r.). Dopiero na rozprawie Odwołujący rozszerzył swoje stanowisko wskazując na niewystarczający – w jego ocenie – zakres oświadczenia PUK EMPOL (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 3-4).

Wobec powyższego należy przypomnieć o przepisie art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Istotą zarzutu odwołania jest przytoczenie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość określonego sposobu postępowania zamawiającego, a zarazem rzutują na sytuację wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09, czy Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12). W konsekwencji stwierdzić należało, że jedyną okolicznością faktyczną w odniesieniu do załączonego przez Przystępującego dokumentu wystawionego przez PUK EMPOL, na którą powoływał się Odwołujący we wniesionym odwołaniu było, że nie został on wystawiony przez podmiot prowadzący RIPOK. Zgodnie zatem z wynikającą ze wzmiankowanego przepisu zasadą związania Izby sformułowanymi w odwołaniu zarzutami nie mógł zostać rozpoznany zarzut oparty na innej okoliczności faktycznej, choćby referował do jednego z wymienionych w odwołaniu przepisów Pzp.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że nawet gdyby okoliczność owa podlegała rozstrzygnięciu Izby, to z ogólnego sformułowania komentowanego warunku udziału w Postępowaniu nie wynika jakoby miał on dotyczyć wszystkich wskazanych przez Odwołującego odpadów komunalnych. Bez wątplenia, jak na to zwracał uwagę Przystępujący, dokument wystawiony przez PUK EMPOL dotyczył odpadów komunalnych zdefiniowanych przez

Ustawodawcę w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 7 Ustawy, wobec czego – w braku bliższego określenia przez Zamawiającego o jakie odpady chodzi – należało przyjąć interpretację względniejszą dla Konsorcjum AVR. Nie może być bowiem tak, że warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uszczegóławiany na etapie badania i oceny ofert.

Irrelevantna dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie była natomiast argumentacja Konsorcjum AVR wskazująca na ograniczanie przez komentowane postanowienie SIWZ uczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że jedyną instalację posiadającą status RIPOK prowadzi sam Odwołujący oraz że dokument, o którym mowa nie jest w istocie niezbędny do przeprowadzenia Postępowania z uwagi na ustawowy obowiązek zawarcia przez podmiot prowadzący taką instalację umowy na zagospodarowanie odpadów z każdym podmiotem odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który wykonuje swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi (art. 91 ust. 1 Ucpog). Trzeba mieć bowiem na uwadze, że Pzp przewiduje możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej dotyczących ogłoszenia o zamówieniu, czy SIWZ (art. 182 ust. 2 Pzp) w sytuacji, w której – zdaniem podmiotu korzystającego z takiej możliwości – treść tych dokumentów narusza przepisy Pzp. Podmiot który z takiej możliwości nie korzysta składając następnie ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, godzi się na warunki określone przez Zamawiającego.

Ad casum Przystępujący, działając na podstawie art. 38 Pzp, ograniczył się wyłącznie do złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, w którym domagał się wykreślenia z postanowień SIWZ warunku określonego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit. c SIWZ (*vide* pismo Konsorcjum AVR z dnia 27 października 2014 r.). Jakkolwiek instytucja uregulowana we wzmiankowanym przepisie Pzp również stanowi instrument umożliwiający kształtowanie postanowień SIWZ, tym niemniej w tym trybie rozstrzygnięcie o złożonym wniosku należy do podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący pozostawił zatem podjęcie decyzji o dopuszczalności postawienia omawianego warunku Zamawiającemu, a nie wnosząc odwołania od postanowień SIWZ, wyłączył tą kwestię spod kognicji Izby. W konsekwencji posługiwanie się przez Przystępującego wspomnianą powyżej argumentacją należało uznać na tym etapie Postępowania za spóźnione.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum AVR ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Zgodnie z ust. 2 pkt 2 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (dalej: „Protokół”) Zamawiający na podstawie planowanych kosztów realizacji zamówienia ustalił jego wartość na kwotę 1.750.000,00 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1.890.000,00 zł brutto (ust. 8 pkt 1 Protokołu). W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty –

oferta Konsorcjum AVR (1.012.339,08 zł brutto), oferta Odwołującego (2.031.480,00 zł brutto) oraz oferta wykonawcy SITA Małopolska sp. z o.o. (2.115.072 zł brutto).

Pismem z dnia 4 listopada 2014 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o wszczęcie względem Przystępującego procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp wskazując na procentowe różnice pomiędzy ceną jego oferty, a ceną zaoferowaną przez Konsorcjum AVR. Następnie, pismem z dnia 13 listopada 2014 r., Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wspomniana procedura została wszczęta.

Zamawiający – pismem z dnia 19 listopada 2014 r., działając na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp – zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ograniczając się do powielenia treści wspomnianej regulacji. W odpowiedzi – pismem z dnia 20 listopada 2014 r. – Konsorcjum AVR ustosunkowało się do wezwania Zamawiającego przedstawiając wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowiącymi dowody mające potwierdzać złożone wyjaśnienia. Przystępujący zaznaczył przy tym, że treść wyjaśnień, jak i załączniki nr 1-12 zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie treści wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum AVR, jednak uzyskał informację, że są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W świetle przedstawionych powyżej okoliczności nie sposób było zgodzić się z Odwołującym, jakoby w niniejszej sprawie zachodziła konieczność odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o zarzut rażąco niskiej ceny.

Mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cenę, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Wymaga podkreślenia, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp możliwe jest po wyczerpaniu procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp. Wykonawca otrzymuje w ten sposób niejako szansę wytłumaczenia zamawiającemu powodów obniżenia ceny oferty w stopniu, który uzasadniał skierowanie do niego wezwania, przy czym

wyjaśnienie winno opierać się na obiektywnych, właściwych tylko wezwanemu wykonawcy, czynnikach, których przykładowy katalog ustawodawca zawarł w treści przepisu art. 90 ust. 2 Pzp. Kwestią wtórną jest przy tym, czy wątpliwości zamawiającego wywołała własna refleksja, czy to interwencja innego wykonawcy.

W okolicznościach sprawy niewątpliwie nie mógł odnieść skutku stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ dotyczy on sytuacji, które nie miały miejsca w Postępowaniu. Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o wzmiankowany przepis może być wyłącznie niezłożenie przez niego wyjaśnień rozumiane jako stan bierności wobec otrzymanego wezwania lub dokonanie przez Zamawiającego takiej oceny wyjaśnień i dostarczonych dowodów, która potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsorcjum AVR złożyło obszernie wyjaśnienia (ze względu na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostaną one szczegółowo omówione w niniejszym uzasadnieniu) w rozbiciu na przyjęte przez Przystępującego założenia dla potrzeb kalkulacji ceny, obiektywne czynniki kształtujące cenę i wreszcie wyjaśnienia poszczególnych pozycji kosztowych związanych z realizacją zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Ponadto do wyjaśnień załączone zostały dokumenty (również objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) dokumentujące pozycje kosztowe oraz wskazujące na źródła zaopatrzenia i kontrahentów Konsorcjum AVR. Informacje zawarte w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach nie pozwalają na uznanie, że zaoferowana przez nie cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego zaznaczenia wymaga, że z uwagi na kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego to na stronach i uczestnikach spoczywa ciężar dowodzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (argument z art. 190 ust. 1 Pzp). Mając na względzie fakt, że do postępowania odwoławczego nie znajdował zastosowanie przepis art. 190 ust. 1a Pzp modyfikujący rozkład ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny (zob. przepis art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2014.1232, która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r., zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a Pzp) ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum AVR, czy nieprawidłowości oceny złożonych przez nie wyjaśnień spoczywał na Odwołującym. Jak wspomniano, nie tylko nie odniósł się on do złożonych wyjaśnień (pomimo sformułowania zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 Pzp), ale także – jak przyznał w toku postępowania odwoławczego – nie podjął próby podważenia w drodze przysługującego mu środka ochrony prawnej decyzji Zamawiającego o odmowie udostępnienia zawartych w nich informacji, mimo iż miał ku temu sposobność jeszcze przed wniesieniem odwołania dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej. W takiej sytuacji, biorąc pod uwagę omówiony rozkład ciężaru dowodu, należało stwierdzić, że Odwołujący istotnie utrudnił sobie możliwość wykazania

stawianych w odwołaniu zarzutów, przy czym z takiego obowiązku nie był zwolniony. Chybione były także twierdzenia, jakoby na Zamawiającym ciążył obowiązek umożliwienia Odwołującemu dokonania oceny złożonych przez Konsorcjum AVR wyjaśnień (odwołanie, str. 6). Trzeba mieć bowiem na względzie, że postępowanie przewidziane przepisem art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter incydentalny, a jego stronami są zamawiający i wykonawca będący adresatem wezwania, nie zaś wszyscy uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden przepis Pzp nie obliguje zamawiającego do informowania innych wykonawców o treści złożonych przez jednego z nich wyjaśnień.

W konsekwencji zarzut rażąco niskiej ceny oparty został na arytmetycznych porównaniach i wykazywaniu procentowych różnic pomiędzy cenami ofert, a szacunkami Zamawiającego (co Odwołujący *nota bene* eksponował w prezentowanej argumentacji – pismo procesowe Odwołującego z dnia 21 grudnia 2014 r., str. 3, protokół z posiedzenia i rozprawy, str. 7), co – w ocenie składu orzekającego – jest niewystarczające do jego uwzględnienia. Nie przemawia na korzyść Odwołującego argumentacja, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp w aktualnie obowiązującym brzmieniu kładzie nacisk na wspomniane procentowe różnice. Okoliczność, że Ustawodawca wprowadził, przy spełnieniu procentowo określonej przesłanki, wymóg przeprowadzenia procedury wyjaśniającej nie jest tożsamy z obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień.

Oceniając przedstawione przez Odwołującego dowody załączone do pisma procesowego z dnia 21 grudnia 2014 r. (tabele nr 1 i 2 zawierające sporządzoną przez niego analizę szczegółową cen ofertowych pod kątem czynników różnicujących oferty – kosztów odbioru odpadów oraz analizę szczegółową ceny oferty Konsorcjum AVR i szacunkowej wartości zamówienia pod tym samym kątem oraz zestawienie kosztów i przychodów z realizacji umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów zawartej między SITA Małopolska sp. z o.o, a Zamawiającym) Izba stwierdziła, że nie mogły stanowić one uzasadnienia dla zarzutu, dla potwierdzenia którego zostały złożone.

Abstrahując od poziomu szczegółowości danych zawartych w tabelach nr 1 i 2 (trzeba mieć na uwadze, że Przystępujący zaprezentował wyższy poziom szczegółowości złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, chociażby w zakresie poszczególnych pozycji kosztowych, które w tabelach sporządzonych przez Odwołującego zostały ujęte zbiorczo w jednej pozycji – „Szacowane koszty zagospodarowania odpadów według umów zawartych przez Konsorcjum AVR/36 m-cy”, wobec czego nie jest wiadome jakie koszty składają się na tą pozycję, ani na podstawie jakich umów została ustalona ich wysokość, czy chociażby z jakich źródeł Odwołujący czerpie wiedzę o kontraktach stanowiących podstawę przyjętego szacunku) Izba zwróciła uwagę, że w pozycjach dotyczących szacowanych kosztów zagospodarowania odpadów oraz przychodów ze sprzedaży surowców Odwołujący przyjął identyczne wartości kwotowe, co nasuwa pytanie nie tylko o sposób ich wyliczenia, ale także o to dlaczego nie są one zróżnicowane. Nie ma bowiem

jedynego, wyłącznie poprawnego sposobu wyliczania kosztów realizacji zamówienia, jak również nie sposób zakładać, że wykonawcy osiągaliby równe przychody ze sprzedaży surowców wtórnych, dla których istnieją wszakże różne rynki zbytu i których ceny nie są reglamentowane. Generalnie brak jest podstaw do twierdzenia o istnieniu wzorca sporządzania kalkulacji ceny oferty, który to – w tej sprawie – miałby być znany Odwołującemu, ale już nie Przystępującemu. W warunkach gospodarki wolnorynkowej ustalanie poziomu cen, za które wykonawca gotowy będzie zrealizować zamówienie publiczne leży w sferze jego kompetencji. W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że sporządzone przez Odwołującego tabele nr 1 i 2 miały na celu wyeksponowanie procentowych różnic pomiędzy zaoferowanymi cenami, czy szacunkami Zamawiającego, których istnienie – jak wspomniano – nie przesądza o skuteczności zarzutu rażąco niskiej ceny.

Oceniając z kolei drugi z załączników do pisma procesowego Odwołującego z dnia 21 grudnia 2014 r., w którym – zgodnie z oświadczeniem Odwołującego – zawarte zostały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Izba uznała, że dowodzi on wyłącznie poziomu kosztów i przychodów z realizacji zamówienia (obejmującego okres krótszy niż objęty Postępowaniem) ponoszonych (osiąganych) przez innego przedsiębiorcę, a nie przez Konsorcjum AVR.

Konieczne jest również odniesienie się po krótko do podnoszonych przez Konsorcjum AVR i Odwołującego argumentów dotyczących postępowań przetargowych prowadzonych przez inne instytucje zamawiające oraz do dowodów zaoferowanych Izbie przez Przystępującego za pismem procesowym z dnia 18 grudnia 2014 r. – tabeli prezentującej zestawienie przetargów w województwie małopolskim, zawiadomień o wyborze najkorzystniejszych ofert w Gminie Spytkowice (19 listopada 2014 r.), Nowym Sączu (6 listopada 2014 r.) i Gminie Stary Sącz (10 grudnia 2014 r.), zawnioskowanych na okoliczność braku rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum AVR. Izba uznała, że skoro zarówno przepis art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i art. 90 ust. 1 (także w aktualnie obowiązującym brzmieniu) i ust. 3 Pzp posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, to punktem odniesienia powinien być przedmiot zamówienia w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawca złożył ofertę, nie zaś ceny ofert składanych przez Przystępującego w innych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, czy wyniki takich postępowań z określonego obszaru, choćby obejmował on tereny sąsiadujące z Zamawiającym. Moc takich dowodów wydaje się wątpliwa, skoro nie są szczegółowo znane zakresy tych zamówień, opisy przedmiotów zamówienia, w tym chociażby obowiązki wykonawców. Także odwoływanie się do bliżej niesprecyzowanych uwarunkowań realizacji podobnych zamówień (bez określenia stopnia takiego podobieństwa) na terenach sąsiednich gmin (bez wskazania, o które gminy chodzi) nie może stanowić argumentu, na którym można byłoby oprzeć ustalenie czy *ad casum* zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny, czy też nie. Pierwszeństwo należy przyznać metodzie obliczenia ceny w

konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem jego uwarunkowań i oczekiwań zamawiającego i w tym zakresie Odwołujący nie udowodnił postawionego Zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum AVR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

IV. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum AVR ze względu na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Mając na uwadze fakt, że stanowił on pochodną zarzutu rażąco niskiej ceny wszystkie ustalenia w zakresie okoliczności stanu faktycznego poczynione przez Izbę i opisane w pkt III uzasadnienia zachowują swoją aktualność w odniesieniu do omawianego zarzutu.

Wadliwe jest, w ocenie Izby, twierdzenie o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk oparte li tylko na podstawie arytmetycznych różnic pomiędzy cenami ofert i szacunkami Zamawiającego (w taki sposób Odwołujący sprecyzował ów zarzut w piśmie procesowym z dnia 21 grudnia 2014 r., str. 4). Powołany w odwołaniu czyn nieuczciwej konkurencji polega – jak na to wskazał sam Odwołujący – na utrudnianiu dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z przepisu tego wynika, że do udowodnienia jego popełnienia konieczne jest wykazanie, że dopuszczający się omawianego czynu przedsiębiorca podejmuje szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem, zdaniem Izby, należy tłumaczyć użyte w omawianej regulacji sformułowanie „utrudnianie”), a nadto stwierdzenie, że owo utrudnianie wyraża się oferowaniem przez niego usług poniżej kosztów ich świadczenia i ma na celu usunięcie z rynku innych funkcjonujących na nim podmiotów. W niniejszej sprawie Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił zajścia którejkolwiek z ww. przesłanek, które – co istotne – muszą wystąpić kumulatywnie. W szczególności nie stanowi o nieuczciwym zaniżaniu cen zaoferowanie realizacji zamówienia za cenę niższą od Odwołującego, czy od przewidzianego przez Zamawiającego budżetu i wniosek taki nie może opierać się – jak chce tego Odwołujący – na załączonej do pisma procesowego z dnia 21 grudnia 2014 r. analizie (przy czym przypuszczać należy, że Odwołujący odnosił się do sporządzonych przez niego tabel nr 1 i 2) z przyczyn, które opisano w pkt III niniejszego uzasadnienia.

Nie mógł się ostać również argument, że skoro Przystępujący należy do grupy kapitałowej, to „[...]posiada okresowe możliwości świadczenia usługi poniżej kosztów zakupu[...]” (odwołanie, str. 7), chociażby z tego względu, że może tak postępować także i podmiot działający na rynku samodzielnie. Sam fakt przynależności do grupy kapitałowej nie mógł stanowić przesłanki uznania, że Konsorcjum AVR w sposób nieuczciwy zaniżyło cenę złożonej oferty.

V. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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.2010.41.238). W oparciu o powołane przepisy zasądzone od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę w wysokości wynikającej ze złożonych do akt postępowania odwoławczego internetowych biletów kolejowych. Nie uwzględniono natomiast wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia w kwocie 3.600,00 zł z uwagi na fakt, że nie złożył on rachunku wymaganego przepisem § 3 pkt 2 powołanego aktu wykonawczego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: