

**WYROK**  
z dnia 31 maja 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M..... J..... prowadzącego działalność pod firmą Wielobranżowe MIKI M..... J..... w Krakowie, MIKI Recykling Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Proszowice

przy udziale SITA Małopolska Sp. z o.o. w Krakowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża M..... J..... prowadzącego działalność pod firmą Wielobranżowe MIKI M..... J..... w Krakowie, MIKI Recykling Sp. z o.o. w Krakowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez M..... J..... prowadzącego działalność pod firmą Wielobranżowe MIKI M..... J..... w Krakowie, MIKI Recykling Sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od M..... J..... prowadzącego działalność pod firmą Wielobranżowe MIKI M..... J..... w Krakowie, MIKI Recykling Sp. z o.o. w Krakowie na rzecz Gminy Proszowice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Proszowice - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Proszowice

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało Biuletynie Zamówień Publicznych 25 kwietnia 2013 r., nr ogłoszenia: 164448-2013.

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

13 maja 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez SITA Małopolska Sp. z o.o. w Krakowie oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M..... J..... prowadzącego działalność pod firmą Wielobranżowe MIKI M..... J..... w Krakowie, MIKI Recykling Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Proszowice, którzy wnieśli odwołanie wobec wymienionych czynności zamawiającego.

Zachowany został termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez uznanie oferty odwołującego za niezgodną z ustawą;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez uznanie, że złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- art. 7 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez W SITA MAŁOPOLSKA Sp. z o.o., powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący żądał zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz dopuszczenie i przeprowadzenia dowodów wymienionych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta jest zgodna z art. 2 pkt 1 ustawy, gdyż cena jednostkowa została odrębnie zdefiniowana w ustawie o cenach, a na gruncie ustawy Pzp pod pojęciem ceny należy rozumieć wyłącznie cenę oferty, nie zaś cenę jednostkową. Podniósł, że cena oferty podana przez odwołującego była dodatnia i nie może budzić wątpliwości możliwość jej podania brutto, a więc przy uwzględnieniu podatku od towarów i usług.

Odwołujący wskazał, że minus przed podanymi cenami jednostkowymi oznacza, że to w istocie odwołujący zapłaci zamawiającemu, a więc będzie to cena dodatnia. Podkreślił, że specyfiką zagospodarowania znakomitej większości odpadów opisanych w punktach 2-7 Części X SIWZ jest możliwość ich późniejszej odsprzedaży w punktach je skupujących, za kwoty znacznie przewyższające ceny jednostkowe ujęte w ofercie, co jest faktem notoryjnym, co powoduje, że nawet podanie ujemnych cen jednostkowych nie doprowadzi po stronie odwołującego do straty.

Polemizując z odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący wywiódł, że takie ich ujęcie zostało wymuszone poprzez wzór formularza oferty i w SIWZ nie został umieszczony zapis mówiący o tym, że cena jednostkowa nie może być ujemna.

Odwołujący wywodził, że złożona przez niego oferta nie podlegała odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż żadnego działania odwołującego nie można zakwalifikować jako czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślił, że w rzeczywistości udział odpadów zmieszanych w całości wynosi znacznie więcej, niż ustalony w SIWZ na poziomie 38% i kształtuje się na poziomie

ponad 80%, zatem sytuacja w której to wykonawca będzie płacił zamawiającemu nie może mieć miejsca.

Powołując dowody z informacji o wyniku postępowania z dnia 6 maja 2013 r. dotyczące Gminy Zabierzów - sektor I oraz wyniki cząstkowe tego postępowania wskazał, że dla Gminy Zabierzów ujemne ceny jednostkowe brutto, co nie stanowiły żadnej przeszkody dla zamawiającego przy ocenie i wyborze oferty wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że pozostali wykonawcy EKOM M..... Spółka Jawna oraz SITA MAŁOPOLSKA Sp. z o.o., przedstawili co prawda dodatnie ceny jednostkowe za odpady wymienione w punktach 2-7 Części X SIWZ, jednakże były one znacznie niższe, niż rzeczywiste ceny odbioru i zagospodarowania tych odpadów kształtujące się na poziomie 80,- zł za jeden Mg.

Zarzucił, że zamawiający nie wykazał, iż działanie odwołującego jest czynem nieuczciwej konkurencji w świetle art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a z samego faktu, że odwołujący podał ujemne ceny jednostkowe (cena oferty była dodatnia) zamawiający wywodzi istnienie takich przesłanek jak utrudnianie dostępu do rynku i istnienie po stronie odwołującego celu w postaci chęci eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, co nie jest wystarczające dla udowodnienia spełnienia tychże przesłanek.

Powołując się na wyrok Zespołu Arbitrów z 23 marca 2005 r. sygn. akt: UZP/ZO/O- 496/05 podkreślił, że istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia, zatem oferowanie niższych cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu generalnej klauzuli określającej czyn nieuczciwej konkurencji w art.3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zrzucił, że dokonując odrzucenia oferty zamawiający posłużył się kryterium wcześniej nie znanym i nie sprecyzowanym w SIWZ - tj. wymogiem dodatniej ceny jednostkowej, co niewątpliwie stanowi naruszenie art. 7 Pzp.

SITA Małopolska przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem przesłanek ustawowych. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W części XIII SIWZ zamawiający ustalił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

W części X SIWZ, zamawiający wskazał, że wykonawca powinien podać ceny jednostkowe brutto odbioru i zagospodarowania jednego Mg wymienionych odpadów komunalnych, przy założeniu – wyłącznie dla celów obliczenia ceny oferty – że ilość poszczególnych odpadów do odebrania i zagospodarowania kształtuje się w wartościach podanych przez zamawiającego w grupach odpadów:

1. Zmieszane;
2. Segregowalne;
3. Budowlane i rozbiórkowe (wyodrębnione z komunalnych);
4. Biodegradowalne;
5. Meble, zużyty sprzęt itp.
6. Odpady niebezpieczne;
7. Popiół z palenisk domowych.

Zamawiający nakazał pomnożenie cen jednostkowych przez podane ceny jednostkowe oraz uzyskane iloczyny zsumować w celu obliczenia ceny oferty.

Zamawiający zastrzegł, że cena ofert służyć będzie ich porównaniu, zaś wynagrodzenie wykonawcy, zgodnie z którym zostanie zawarta umowa będzie zgodnie z postanowieniami SIWZ będzie obliczone na podstawie faktycznej ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów poszczególnych rodzajów i w oparciu o podane ceny jednostkowe.

Odwołujący jako jedyne wskazał w odniesieniu do odpadów wskazanych w pkt 2 - 7 ceny jednostkowe ujemne, cena jednostkowa za odpady zmieszane wynosiła 540 zł, pozostałych wykonawców 340 zł.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną, ma zatem interes w

uzyskaniu danego zamówienia, a odrzucenie złożonej przez niego oferty grozi szkodą w postaci utraty możliwości zysku związanego z wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, z uwzględnieniem podstaw odrzucenia oferty odwołującego wskazanych w informacji o wynikach postępowania i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący z faktu, że ustawa w art. 2 pkt 1 stanowi, że „ceną” jest „cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 o cenach, i nie odsyła do art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach, wskazującego definicję ceny jednostkowej, pragnie wywieść tezę, że na gruncie przepisów ustawy jedynie cena oferty, powinna być wartością dodatnią, natomiast ceny jednostkowe mogą być wskazane w wartościach ujemnych.

Izba nie zgadza się z tym poglądem i wskazuje, że art. 2 pkt 1 Pzp ustawy stanowi o cenie, nie zaś wyłącznie o cenie oferty. Nadto, skoro ustawa nie odsyła do definicji ceny jednostkowej, to również w odniesieniu do takich cen należy stosować definicję zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach.

W konsekwencji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych cena za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (cena jednostkowa) powinna być wyrażona w jednostkach pieniężnych o określonej wartości z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeśli jest on należny. Nie sposób przyjąć, że wartość ujemna może zostać odniesiona do jednostek pieniężnych oraz, że może być w niej zawarty podatek od towarów i usług, który wykonawca wpłaci na rachunek właściwego urzędu skarbowego.

Tezy z powołanego przez odwołującego orzeczenia o sygn. akt KIO 1093/08 odnosiły się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp (z których drugi przepis stanowi o błędzie w obliczeniu ceny oferty), wywodzonego z pominięcia wyceny jednej z pozycji kosztorysu ofertowego na roboty budowlane w stanie prawnym sprzed wejścia w życie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tezy te nie są aktualne w badanej sprawie.

Izba wyraża pogląd, że nie tylko cena oferty, ale również ceny jednostkowe co do zasady nie mogą być wyrażone w wartościach ujemnych. Dostrzec jednak należy, że pogląd ten odnosi się zasadniczo do sytuacji, w której ceny jednostkowe stanowią podstawę rozliczenia się stron umowy – analogicznie jak w przypadku tzw. wynagrodzenia kosztorysowego przy robotach budowlanych.

Zamawiający jest wszelako uprawniony do takiego ukształtowania postanowień specyfikacji, w których ceny jednostkowe mają walor wyłącznie kalkulacyjny, zwłaszcza, jeśli wykonawca otrzymuje wynagrodzenie w jednej stałej kwocie („wynagrodzenie ryczałtowe”).

Powoływane przez odwołującego dowody odnoszące się do postępowania prowadzonego przez Gminę Zabierzów nie zostały uwzględnione, gdyż dowodzą one wyłącznie faktów zaistniałych w tym postępowaniu i nie mają znaczenia dla oceny legalności działania zamawiającego w postępowaniu badanym. Dodatkowo, odwołujący, wywodzący skutek prawny ze swoich twierdzeń, nie wskazał wymagań zamawiającego – Gminy Zabierzów - dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty oraz przewidzianych zasad rozliczenia stron, mimo, że mógł i powinien był to uczynić. Nie można zatem wykluczyć, że zachowanie zamawiającego w powołanym postępowaniu, na gruncie wymagań SIWZ, odpowiada prawu.

Podkreślenia wymaga, że w badanym postępowaniu, zamawiający dla porównania ofert w przyjętym kryterium ceny wskazał ilości poszczególnych odpadów, natomiast wyraźnie podkreślił znaczenie cen jednostkowych dla ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Odwołujący całkowicie błędnie utożsamia osiągnięcie zysku w związku z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów podlegających odzyskowi (recyclingowi) ze zgodnością oferty z przepisami ustawy. Osiągnięcie zysku może być okolicznością powołaną dla obrony oferty przed zarzutem rażąco niskiej ceny. To, że odwołujący założył zysk na wykonaniu zamówienia nie jest tożsame ze zgodnością oferty z przepisami ustawy. Analogicznie do niezgodności ofert konkurentów z ustawą nie prowadzi ewentualne obliczenie ich cen jednostkowych wyrażonych w wartościach pieniężnych (dodatnich) poniżej kosztów.

Izba uznała również że – w okolicznościach sporu – oferta odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy mając na względzie również właściwość stosunku prawnego jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego. Skoro ustawodawca w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego ogranicza swobodę stron w kształtowaniu



postanowień umowy, to tym bardziej klauzule zawarte w tym przepisie winny mieć zastosowanie w odniesieniu do oferty, na podstawie której umowa zostaje zawarta. Klauzule ograniczające swobodę kontraktowania za pośrednictwem art. 14 Pzp znajdują zastosowanie również na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy zgodnie art. 2 pkt 13 zamówienie publiczne stanowi umowę, która jest zawierana między zamawiającym a wykonawcą, ma charakter odpłatny, a jej przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową wzajemną, w wykonaniu której świadczeniem wykonawcy są usługi, dostawy lub roboty budowlane, natomiast zamawiający dokonuje zapłaty na rzecz zamawiającego. Świadczenie wykonawcy ma zatem charakter niepieniężny, zaś świadczenie zamawiającego ma, co do zasady, charakter pieniężny. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku świadczeń okresowych, powołane reguły muszą być zachowane przez cały okres obowiązywania umowy.

Nadto, w przypadku usług, na które składa się kilka elementów rozliczanych według ich rzeczywistego wykonania, w których rozmiar świadczenia wykonawcy jest zmienny, oferta zgodna z ustawą to taka oferta, która - niezależnie od rozmiaru świadczenia wykonawcy - pozwala na wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z naturą tego stosunku.

Skoro sam odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazuje, że za odbiór odpadów skazanych w Części X pkt 2- 7 SIWZ płaciłby zamawiającemu, nie może być wątpliwości, że odwołujący złożył ofertę, na podstawie której nie może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, zgodna z naturą tego stosunku. Nadto, dostrzec trzeba, że w sytuacji, zmiany proporcji odpadów zmieszanych i niezmiyszanych również wykonanie całego przedmiotu zamówienia powodowałoby konieczność zapłaty przez zamawiającego na rzecz odwołującego.

Izba uwzględniła, że odwołujący nie dowiódł prezentowanej tezy o innych, niż wskazane w SIWZ proporcjach odpadów oraz prawdopodobieństwa utrzymania tych proporcji przez okres wykonywania zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się natomiast niezgodności oferty odwołującego z postanowieniami SIWZ i uznała, że złożenie oferty niezgodnej z przepisami ustawy nie jest tożsame z koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

Pzp, zwłaszcza, że brak jest wyraźnego postanowienia SIWZ, z którym oferta odwołującego jest oczywiście sprzeczna.

Izba nie dopatrzyła się również podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, odwołujący odniósł się do obu wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty podstaw prawnych wynikających z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1, analogicznie, jak zamawiający mocniej akcentując drugi z nich.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego i uznała, że zamawiający nie udowodnił zaistnienia wszystkich przesłanek wymaganych art 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które winny być spełnione łącznie. Izba zgodziła się z odwołującym, że zamawiający nie udowodnił, w szczególności, że złożenie oferty przez odwołującego nastąpiło w celu eliminacji innych przedsiębiorców, oraz ma cechy działania umyślnego (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2009 roku, sygn. akt: KIO/UZP 532/09).

Celem odwołującego było uzyskanie zamówienia, o które konkurował z innymi wykonawcami, na dużym i rosnącym rynku usług odbioru i zagospodarowywania odpadów. Dążenie do wygrania przetargu spowodowało złożenie oferty niezgodnej przepisami ustawy, co nie jest równoznaczne ze złamaniem zasad uczciwej konkurencji.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, których źródłem jest zakres podstaw faktycznych i prawnych wskazanych przez zamawiającego, Izba uznała, że nie ziściły się przesłanki wskazane w art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba dostrzegła bowiem, że zamawiający adresuje zachowanie polegające na wskazaniu ujemnych cen jednostkowych przez odwołującego wyłącznie jako skierowane przeciwko wykonawcom.

Izba nie ma wątpliwości, że dobieranie poszczególnych elementów ceny oferty, że wybór oferty z najniższą ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia, prowadzi do wydatkowania przez zamawiającego większej kwoty, niż wybór oferty z ceną wyższą, godzi w interesy zamawiającego i może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Okoliczności te zamawiający podniósł dopiero w odpowiedzi na odwołanie, zatem – jako nie stanowiące podstawy odrzucenia oferty odwołującego – zostały przez Izbę pominięte.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający ocenił ofertę odwołującego z uwzględnieniem przepisów prawa i wymagań ustalonych w SIWZ. Odwołujący jako jedyny zastosował ceny jednostkowe brutto wskazane w wartościach ujemnych i zamawiający trafnie dokonał oceny oferty odwołującego uznając ją za niezgodną z ustawą, trafnie też za zgodne z ustawą zamawiający uznał oferty konkurentów, którzy wskazali ceny jednostkowe odpowiadające prawu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

