

Sygn. akt: KIO 1089/13

WYROK
z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 maja 2013 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska (pełnomocnik)** i **[2] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Gmina Orzesze, ul. św. Wawrzyńca 21, 43-180 Orzesze,

przy udziale

wykonawcy **ALBA Południe Polska Sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska (pełnomocnik) i [2] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska (pełnomocnik) i [2] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 299 zł 06 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt dziewięć złotych sześć groszy) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska (pełnomocnik) i [2] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków** na rzecz zamawiającego **Gmina Orzesze, ul. św. Wawrzyńca 21, 43-180 Orzesze** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Orzesze, ul. Św. Wawrzyńca 21, 43-180 Orzesze** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w gminie Orzesze«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20.02.2013 r. poz. 2013/S 036-057417.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 29.04.2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Starocmentarna 2, 30-706 Kraków.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska (pełnomocnik)** i **[2] Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półnanki 64, 30-740 Kraków** zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wnieśli 09.05.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy;
- 2) zaniechanie wezwania wykonawców: ALBA Południe Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej oraz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej, a także z ostrożności – Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego KOMART Sp. z o.o. w Knurowie, do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechał dokonania oceny czy nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ich ewentualnego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp

– przez co w postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Pzp (z ostrożności także art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp) przez zaniechanie zastosowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy ALBA Południe Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej;
- 3) w przypadku przywrócenia do ponownej oceny wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowego KOMART Sp. z o.o. w Knurowie – również tego wykonawcy, do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dokonania oceny czy nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ich ewentualnego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp.

Argumentacja odwołującego

Zawarty w załączniku nr 1 do specyfikacji szczegółowy opis przedmiotu zamówienia precyzuje dokładnie obowiązki wykonawców, w tym określa rodzaje odbieranych odpadów, częstotliwości wywozu z poszczególnych nieruchomości, przewiduje zorganizowanie i prowadzenie gminnego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także wskazuje na wyposażenie wszystkich nieruchomości zamieszkałych w worki i urządzenia na gromadzenie odpadów segregowanych. Przetarg obejmuje kompleksowe świadczenia związane z gospodarką śmieciową w Gminie Orzesze. **Na wykonanie zadania zamawiający zamierza przeznaczyć 3 420 000 zł brutto (3.166.666,67 zł netto).**

Zamawiający otrzymał 8 ofert, z których dwie opiewają na kwotę poniżej 2 mln zł, tj. wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowego KOMART Sp. z o.o. z ceną 1 870 560 zł netto (2 020 205 zł brutto) i wykonawcy ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z ceną 1 998 000 zł netto (2 157 840 zł brutto). Trzecia w kolejności jest oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z ceną o ponad 10% wyższą – 2.272.730,39 zł netto (2 454 549 zł brutto). Oferta odwołującego wynosi 2.375.611,20 zł netto (2 565 660 zł brutto). Pozostali wykonawcy zaoferowali wynagrodzenie na poziomie 2,7-3,2 mln zł netto (2,9-3,5 zł brutto).

Pierwszy z grupy ww. wykonawców został wykluczony, dlatego w stosunku do niego zarzuty i żądania postawiono z ostrożności, na wypadek gdyby został przywrócony do postępowania (np. na skutek odwołania).

Natomiast oferty pozostałych zostały poddane ocenie, jednak zamawiający nie uznał za konieczne wezwanie ich do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. To zaniechanie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp.

Podane wartości pozwalają na matematyczne wyliczenie (np. w procentach) różnicy pomiędzy trzema najniższymi ofertami, a ceną odwołującego i innych uczestników przetargu. Odstępstwo rzędu 30-40% musi jawić się jako istotne.

Przepisy nie określają progów, po których przekroczeniu do wykonawców należy zastosować procedurę określoną w art. 90 Pzp. Wszelkie wielkości procentowe mogą najwyżej stanowić pewien punkt odniesienia, jednak to zamawiający każdorazowo podejmuje decyzję czy wystąpienie o wyjaśnienia jest celowe. Nie można również zaprzeczyć, że zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznaniowości i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny może traktować indywidualnie oraz badać, czy zaoferowana cena jest realna. Istnieje znaczna liczba czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji wpłynąć na możliwość uznania danej ceny za niemającą znamion ceny rażąco niskiej. Praktyka w tym zakresie jest bardzo bogata i uzależniona od branży, sytuacji na konkretnym rynku w danym czasie itp.

Nie oznacza to jednak, że zamawiający ocenę w powyższym zakresie podejmuje całkowicie dowolnie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę. Zaś stosownie do treści art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie, że jego oferta jest realistyczna, zanim w stosunku do niego podejmie decyzje eliminującą z przetargu. Nie ulega wątpliwości, że ww. decyzje podlegają kontestacji przez „pokrzywdzonych” wykonawców. Jednak naruszeniem interesów wykonawcy może być nie tylko czynność odrzucenia jego oferty, ale z perspektywy innego wykonawcy – również jej zaniechanie w stosunku do nieuczciwego konkurenta. Dlatego kategoria „rażąco niskiej ceny”, jakkolwiek badana w kontekście konkretnego stanu faktycznego, przede wszystkim musi być poddana obiektywnej ocenie.

Z perspektywy zamawiającego możliwość taniego zakupu określonych dóbr lub usług jest pożądanym efektem przetargu. Przepisy o zamówieniach publicznych zapewniają jednak ochronę także wykonawcom, a ustawodawca przez wspomniane regulacje (ale także inne – jak np. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp) prewencyjnie zabezpiecza rynek przed patologicznymi zjawiskami mogącymi negatywnie oddziaływać na gospodarkę.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalił się pogląd, że w stosunku do zaoferowanej ceny należy mieć wątpliwości jeśli jawi się jako niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących na rynku stawek. Przykładowo, w wyroku z 9 stycznia 2013 r.

(KIO 2844/12) Izba wywiodła, że: „Uwzględniając rażącą różnicę pomiędzy cenami złożonych ofert w postępowaniu [...] oraz fakt, że oferta dla zadania nr 13 złożona przez I. stanowi zaledwie 44% wartości szacunkowej wartości zamówienia, a także biorąc pod uwagę wykazaną przez odwołującego zmianę w zakresie samego przedmiotu zamówienia (zwiększenie zakresu usług oraz ilości wykonywanych dotychczas prac) Izba uznała, że zamawiający zobowiązany był do wezwania I. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny”. W uzasadnieniu innego orzeczenia stwierdzono natomiast, że (wyrok z 13 listopada 2012 r., KIO 2413/12): „Jedynie z uwagi na fakty, że wybrany wykonawca zaproponował cenę znacząco niższą niż kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a zarazem znacząco niższą niż podana szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia lub cena oferty odwołującego, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przy takich rozbieżnościach cena zawarta w ofercie T.S.A. może budzić wątpliwości co do jej wiarygodności i rzetelności obliczenia, co powinno skłonić zamawiającego do poddania kalkulacji ceny wyjaśnieniom wybranego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp”.

Interesujące jest również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyroku z 23 października 2012 r. (KIO 2221/12). Stan faktyczny dotyczył zamówienia na usługi niematerialne, oparte zasadniczo na pracy ludzi, ich możliwościach intelektualnych i innych trudnych do wyceny elementach. Niemniej Izba, wskazując na istotę regulacji art. 90 ust. 1 Pzp i tym razem nakazała ponowną ocenę ofert i wezwanie wybranego wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień (podkreślić trzeba, że we wszystkich wcześniej powołanych orzeczeniach KIO uwzględniła odwołania i nakazała ponowną ocenę ofert, w tym wezwanie do wyjaśnienia ceny), uzasadniając to następująco: „W praktyce notuje się częstsze przypadki niedoszacowania cen ofert, co powoduje niekorzystne skutki w sferze realizacji zamówień publicznych. Każda oferta powinna być pod tym względem rozpatrywana indywidualnie. W ocenie Izby, zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie sprawdzające w trybie art. 90 Pzp w zakresie przesłanki rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, na obecnym etapie postępowania zamawiający zobowiązany jest do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Wybór bowiem oferty, która może zawierać rażąco niską cenę, bez wyjaśnienia tej okoliczności jest przedwczesny i narusza przepisy Pzp. [...] Prawdą, jest, że szczególnie w zamówieniach dotyczących usług niematerialnych, do których w większości można zaliczyć usługi Inżyniera Kontraktu, rozwarstwienie cen składanych ofert bywa szczególnie zauważalne, jednakże nie zwalniało to zamawiającego od wyczerpania procedury określonej art. 90 ust. 1 Pzp względem ofert wykonawców A. i E. Różnice są bowiem istotnie znaczące, tak że zamawiający winien powziąć pewne wątpliwości w tym zakresie i skorzystać z procedury weryfikacji cen wskazanych ofert”.

Przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny doczekały się również interpretacji Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z 29 marca 2012 r. (C-599/10) organ ten skonstatował:

„[27] Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18, jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert »zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych elementów ofert, które uważa za istotne«. [28] Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, **przez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne** (zob. podobnie wyrok z 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. 1-9233, pkt 46-49).

Przenosząc powyższe rozważania natury prawnej na grunt rozpoznawanej sprawy odwołujący stwierdza, że zwłaszcza cena oferty wybranej, ale i niewiele odeń droższa propozycja drugiego w kolejności wykonawcy, na tyle istotnie odbiegają od wartości szacunkowej oraz średniej ceny pozostałych ofert, że za celowe należy uznać wezwanie obu tych wykonawców do udzielenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pozostawiając na boku arytmetykę (procentowe różnice), nawet nie będąc specjalistą w zakresie gospodarowania odpadami, można dostrzec pewne prawidłowości, jeśli chodzi o czynniki rzutujące na cenę przedmiotowego świadczenia.

Otóż kluczowymi pozycjami kosztochłonnymi są: nakłady na sprzęt i jego utrzymanie, załogę (zasoby ludzkie), koszty zagospodarowania odpadów, wyposażenia i utrzymania PSZOK, dostawy urządzeń do zbierania odpadów. Te podstawowe elementy mają tę wspólną cechę, że praktycznie każda firma musi w tym zakresie ponieść podobne koszty. Przy realizacji zamówienia zamawiający nie będzie miał do czynienia z jakąś wyjątkową technologią dostępną ograniczonej grupie przedsiębiorców, czy też z towarami, których produkcja może się różnić stosownie do przyjętych standardów, dostępności surowców itp.

W celu wykonania przedmiotowego zadania wszyscy wykonawcy muszą zaangażować praktycznie analogiczną liczbę jednostek sprzętu, zespół pracowników i, co bardzo ważne, wszyscy muszą przekazać zmieszane odpady do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK), która zasadniczo nie może stosować różnych stawek dla podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji (z uwagi na przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Powyższe założenia musiały być zapewne podstawą szacowania wartości zamówienia przez zamawiającego. Skoro obliczono, że koszty powiększone o rozsądną marżę nakazują

liczyć się z wynagrodzeniem na poziomie 3 420 000 zł brutto, to odstępstwo od tej kalkulacji wynoszące grubo ponad milion złotych musi wzbudzać uzasadnione obiekcje.

Należy zadać pytanie, na jakich elementach wykonawcy przyjęli tak daleko idące oszczędności? Wszak ceny paliwa są praktycznie wspólne dla wszystkich, wynagrodzenia pracowników z tego samego regionu nie mogą istotnie od siebie odbiegać, wydatki z tytułu obsługi taboru też są raczej porównywalne, jeśli dany podmiot zainwestował w nowy sprzęt, który nie wymaga obsługi, to automatycznie musi uwzględnić amortyzację (lub ratę) i wyższe ubezpieczenie (pojazdy brane w leasing wymagają polisy AC); jeśli natomiast sprzęt już został zamortyzowany lub spłacony, to jest co najmniej 4 letni, wymaga regularnych napraw, które generują koszty. Co się zaś tyczy nakładów na gminny PSZOK od mieszkańców Gminy Orzesze to teren udostępnia zamawiający (zgodnie z pkt 2.7 OPZ), jest on utwardzony i ogrodzony, a obowiązkiem wykonawców jest wyłącznie jego wyposażenie i utrzymanie. Zatem i w tym elemencie trudno, aby wykonawcy istotnie różnili się w swoich kalkulacjach.

I wreszcie jeśli chodzi o zapewnienie worków i pojemników nie sposób dostrzec powodów, dla których niektórzy wykonawcy mogliby je dostarczać po wyjątkowo atrakcyjnych cenach. Żaden nie jest wytwórcą tych towarów, a zarazem wszyscy wykonawcy są na tyle dużymi podmiotami, że uzyskują porównywalne rabaty przy zakupie. Więc i na tym polu trudno jest ograniczyć koszty.

Według najlepszej wiedzy odwołującego, popartej 40 letnim doświadczeniem, w tym kilkunastoletnią obecnością na rynku polskim, żaden wykonawca nie jest w stanie należycie wykonać przedmiotowego zamówienia za mniejszą kwotę niż 2 300 000 zł netto. Jest to absolutne minimum, nieuwzględniające rezerwy na nieprzewidziany wzrost kosztów.

W tych okolicznościach jest wysoce prawdopodobne, że ceny w trzech najniższych złożonych ofertach obliczono nierzetelnie, zakładając oszczędności uzyskiwane w drodze nielegalnych zachowań lub też przy założeniu straty, po to tylko, aby zmonopolizować lokalny rynek. Dlatego konieczne jest dokonanie ponownej oceny ofert.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 09.05.2013 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 09.05.2013 r. (art. 185 ust. 1 Pzp).

Wykonawca **ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Starocmentarna 2, 30-706 Kraków 13.05.2013 r. (poniedziałek)** złożył: 1) Prezesowi KIO zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w

wyniku wniesienia odwołania; wykonawca przesłał kopię pisma 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Odwołujący do czasu otwarcia rozprawy wniósł uzupełnienie odwołania 15.05.2013 r. (art. 185 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wskazanych wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechanie dokonania oceny czy oferty tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przyjął ogółem koszt wykonania zamówienia na kwotę brutto 3 419 999,90 zł.

W postępowaniu wpłynęło 8 ofert, z których dwie opiewają na kwotę netto poniżej 2 mln zł, tj. wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowego KOMART Sp. z o.o. z ceną 1 870 560 zł netto (2 020 205 zł brutto) i wykonawcy ALBA Południe Polska Sp. z o.o.

z ceną 1 998 000 zł netto (2 157 840 zł brutto). Trzecia w kolejności jest oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z ceną o ponad 10% wyższą – 2.272.730,39 zł netto (2 454 549 zł brutto). Oferta odwołującego wynosi 2.375.611,20 zł netto (2 565 660 zł brutto). Pozostali wykonawcy zaoferowali wynagrodzenie na poziomie 2,7-3,2 mln zł netto (2,9-3,5 zł brutto).

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy KOMART i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty stosując jedyne kryterium wyboru ofert podane w specyfikacji (100% cena), którą to ofertę złożył wykonawca ALBA.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający nie zastosował procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy różnice poszczególnych cen i kwoty, którą zamawiający przyjął na wykonania zamówienia tak od siebie odbiegają.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w procedurze wyboru najkorzystniejszej oferty występują co najmniej dwa rodzaje kwot:

- 1) pierwsza grupa kwot to sumy szacowane przez zamawiającego, które muszą brać pod uwagę mniej korzystne okoliczności, aby oszacowanie nie okazało się zbyt niskie i aby nie można było udzielić zamówienia ze względu na brak środków w budżecie, dodatkowo kwoty te są ustalane wiele miesięcy przed wszczęciem postępowania;
- 2) druga grupa kwot to ceny ofertowe, które muszą brać pod uwagę cel składania ofert czyli przedstawienie możliwie najniższej ceny, aby oferta mogła być wybrana jako najkorzystniejsza i kwoty te są ustalane na ostatnie chwile przed upływem terminu składania ofert.

Dlatego zamawiający zwyczajowo rozważając kwestię rażąco niskiej ceny zwykle nie przywiązują aż tak dużego znaczenia do różnic między oszacowaniem zamawiającego a cenami ofert. Podobnie orzecznictwo i doktryna rozróżniają te dwie grupy kwot uznając, że znacznie większe różnice między szacowaniem zamawiającego a ceną oferty mogą nie wpływać na zrodzenie wątpliwości u zamawiającego odnośnie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu występuje różnica cen wynosząca kilkanaście procent (12%) między ofertą odwołującego a najtańszą ofertą, kwestionowaną przez odwołującego.

Kwestią zasadniczą w rozpoznawanej sprawie jest pytanie »Czy zamawiający musiał mieć powody do wątpliwości odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny?« i w związku z tym czy zamawiający powinien wszcząć procedurę wyjaśniania czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny«.

Odwołujący oświadczył, że cyt. »Według najlepszej wiedzy odwołującego, popartej 40 letnim doświadczeniem, w tym kilkunastoletnią obecnością na rynku polskim, żaden wykonawca nie jest w stanie należycie wykonać przedmiotowego zamówienia za mniejszą kwotę niż 2 300 000 zł netto. Jest to absolutne minimum, nieuwzględniające rezerwy na nieprzewidziany wzrost kosztów«. Jednak odwołujący nie dowiódł, że cena o 7% niższa od wskazanej musi nasuwać wątpliwości czy nie jest to rażąco niska cena.

Zamawiający wykazał, że średnia cena grupy czterech najtańszych ofert wynosi 2 300 000 zł, a więc cena kwestionowanej oferty wynosi około 97% średniej ceny.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 333/08) »Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. [...]. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w konkretnej sytuacji«.

Również Izba stwierdziła w wyroku KIO/UZP 1492/08, że dla uznania, iż cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za ofertowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.

Jednocześnie skład orzekający Izby nie odwraca się od propozycji prezesa UZP dotyczącej uregulowania kwestii rażąco niskiej ceny (02.02.2012 r.), gdzie znajdują się stwierdzenia o stosunkach procentowych cen, które muszą być wyjaśniane przez zamawiającego czy nie została zaoferowana oferta z rażąco niską ceną. W piśmie tym czytamy, że zamawiający powinien wyjaśnić cenę, gdy (1) cena jest niższa o więcej niż 50% od średniej arytmetycznej cen zawartych w pozostałych ofertach lub (2) cena oferty jest niższa o więcej niż 20% od drugiej najniższej ceny.

Cena kwestionowanej oferty jest niższa o 22% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert i jednocześnie niższa od kolejnej najniższej ceny o 12%. Dlatego również kwestionowana cena nie byłaby obligatoryjnie wyjaśniana, jeżeli proponowane przepisy weszłyby w życie.

Ponadto odwołujący nie wykazał żadnych okoliczności, które powodowałyby, że u zamawiającego musiałyby pojawić się wątpliwości odnośnie zaoferowanej ceny czy nie jest to cena rażąco niska.

Skład orzekający Izby stwierdza, że tak niewielkie odstępstwo między cenami nie wskazuje na konieczność wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. W związku z tym zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty i zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia« ani art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który

brzmi » Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy i naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem w kwocie 699,06 zł i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....