

Sygn. akt: KIO 2982/13

**WYROK**  
z dnia 21 stycznia 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 grudnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Konin, Plac Wolności 1, 62-500 Konin**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław**

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 wykonawcę **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Gminę Miasto Konin, Plac Wolności 1, 62-500 Konin** 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 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Miasto Konin, pl. Wolności 1, 62-500 Konin** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Oczyszczanie miasta Konina«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **30.10.2013 r.** pod nrem **2013/S 211-366376**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **16.12.2013 r.** o:

wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PGKiM Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, ul. M. Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin.

Wykonawca **Sita Zachód sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **25.12.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) nieprawidłowe ustalenie wartości zamówienia;
- 2) w konsekwencji, nieprawidłową ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej;
- 3) przy jednoczesnym zaniechaniu polegającym na niepodjęciu procedury wyjaśniającej przewidzianej przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wobec znacząco rozbieżnych cen przedstawionych ofert.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 32 ust. 1 Pzp w zw. z art. 355 Kc w zw. z art. 14 Pzp przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a w konsekwencji naruszenie przepisów wskazanych w pkt 3 i 4;

a w konsekwencji naruszenie:

- 3) art. 90 ust. 1 Pzp, przez brak zwrócenia się do wykonawcy z najniższą ceną oferty o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez wybór oferty z rażąco niską ceną wobec nieprzeprowadzenia procedury wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp.

Naruszenia objęte zarzutami miały wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp – wybrana w postępowaniu oferta powinna być odrzucona ze względu na rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegających na ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie wykonania czynności oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością;
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy i zwrot kosztów postępowania, w tym zastępstwa prawnego na rzecz odwołującej.

Argumentacja odwołującego

W dniu 16 grudnia 2013 r. odwołująca otrzymała od zamawiającego pismo, z którego treści wynikało, że zamawiający dokonał czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w sytuacji znaczących rozbieżności cen podanych przez wykonawców i w sytuacji kilkakrotnie niższej ceny podanej przez zamawiającego w stosunku do ceny wskazanej przez odwołującą.

W doktrynie podkreśla się, że „nieprawidłowa ocena ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ze swej istoty musi być traktowana jako uchybienie mające istotny wpływ na wynik postępowania” (J. Jerzykowski, Komentarz do art 192 ustawy Prawo zamówień publicznych, pkt 2, wyd. el. – Lex Omega).

<b>Naruszenie art. 32 ust. 1 Pzp w z w. z art. 355 kc przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności</b>
---

Art 32 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek ustalenia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy bez VAT (tj. netto), z należytą starannością. Tym samym, to na zamawiającym spoczywa ciężar prawidłowego ustalenia prognozowanego (szacunkowego) wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia, która to czynność jest jednym z pierwszych działań zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na treść art. 14 Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego definiując pojęcie „należytej staranności” wskazane w ww. przepisie, należy odwołać się do art. 355 kc. Przepis ten stanowi, że należyta staranność „to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju”.

Zamawiający powinien zwrócić szczególną uwagę na metodę ustalenia wartości szacunkowej odpowiednią dla danego zamówienia jak również na konsekwencje nieprawidłowego ustalenia wartości zamówienia dla dalszych losów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. M. Stachowiak. *Komentarz do art. 32 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, Lex/el).

W okolicznościach sprawy, odwołująca powzięła wątpliwości do staranności oszacowania zamówienia i wskazuje, że zarówno kwota podana przez zamawiającego, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (przedstawiona zgodnie z art 86 ust. 3 Pzp w protokole otwarcia ofert z 9 grudnia 2013 r. i wynosząca 4 199 578,35 zł) oraz – przede wszystkim – cena wybranej oferty przedstawionej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Koninie (dalej powoływane jako PGKiM) jest nierealna w świetle obiektywnych uwarunkowań ekonomicznych.

**Dowód:**

– protokół z sesji otwarcia ofert WP.271.58.2013.

Cena zaproponowana przez PGKiM prezentuje wartość, za którą z całą pewnością nie można wykonać zamówienia.

Przy ocenie realności zaoferowanej ceny powinno brać się pod uwagę zakres i złożoność przedmiotu zamówienia oraz wymagania zamawiającego stawiane jego wykonaniu – a nie jedynie jego wartość.

Wartość przedmiotu zamówienia może być przyczynkiem do badania ceny oferty pod warunkiem, że została ustalona z należyłą starannością (art. 32 ust. 1 Pzp).

Biorąc pod uwagę rok 2012, w którym zamawiający ogłosił przetarg podobny przedmiotowo oraz bacząc na jego wartość przy uwzględnieniu stosunku jego zakresu i czasu trwania zleconych zadań względem zakresu i czasu trwania zleconych zadań w zamówieniu obecnym, stwierdzić należy, że w roku bieżącym zamawiający nie dokonał oszacowania zamówienia z należyłą starannością.

**Dowody:**

– specyfikacja z 2012 r. dotyczy przetargu na oczyszczanie Miasta Konina;

– specyfikacja z 2013 r. dotyczy przetargu na oczyszczanie Miasta Konina.

W specyfikacji z 2012 r. przedmiot zamówienia opisany jest następującymi kodami Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) – 90.61.00.00-6, 90.62.00.00-9, 90.63.00.00-2, 90.91.40.00-7, 90.51.10.00-2, 90.51.13.00-5.

W punkcie 15 specyfikacji przedmiot zamówienia określono między innymi jako mechaniczne i ręczne oczyszczanie dróg i ulic wraz z zatokami parkingowymi i autobusowymi w ilości 247.119,00 m<sup>2</sup> – jeden raz w tygodniu. Z kolei termin wykonania zamówienia określony został w punkcie 16 specyfikacji do 21.12.2013 r., **czyli prawie jeden rok.**

Wybrano najkorzystniejszą ofertę PGKiM w Koninie, która to oferta była warta 1.199.487,93 zł (brutto).

Tymczasem w specyfikacji z 2013 r. w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na oczyszczanie Miasta Konina przedmiot zamówienia opisany jest następującymi kodami Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) 90.61.00,00-6, 90.62.00.00-9, 90.63.00.00-2, 90.91.40.00-7; 90.51.10.00-2.

W punkcie 15 specyfikacji przedmiot zamówienia określono m.in. jako mechaniczne i ręczne oczyszczanie dróg i ulic – jeden raz w tygodniu, awaryjne sprzątnięcie i likwidowanie skutków zdarzeń drogowych na drogach, ulicach – po zgłoszeniu, w ilości **1.338.760,00 m<sup>2</sup>**. Z kolei termin realizacji zamówienia wynosi: od 01.01.2014 r. do 30.04.2017 r., **czyli 3,25 roku.**

Inne usługi będące przedmiotem zamówienia są przedmiotowo podobne w roku 2012 i 2013, przy czym w 2013 r. ich ilość jest większa. Jednak ta kwestia nie będzie przedmiotem zainteresowania odwołującej.

**Odwołująca pragnie zająć się tylko znaczącym zwiększeniem powierzchni oczyszczania dróg i ulic z powierzchni 247.119,00 m<sup>2</sup> w 2012 r. do powierzchni 1.338.760,00 m<sup>2</sup> w 2013 r. oraz z 1 roku trwania zamówienia w 2012 r. i 3,25 r. trwania zamówienia wskazanego w specyfikacji w 2013 i. Jest to bowiem zasadniczy czynnik, który wpływa na cenę ofertową przedstawianą przez wykonawców.**

Biorąc pod uwagę art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp, który stanowi, że jeżeli zamówienia udziela się na czas dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia. Zatem ten sam wykonawca (PGKiM) zarówno w 2012 r. oraz w 2013 r. – podaje, że:

- w 2012 r. – powierzchnia 247.119 m<sup>2</sup> (1 rok) – cena 1.199.487,93 zł [wg tego przelicznika 3,25 roku kosztowałoby 3.898.335,7 zł],
- w 2013 r. – powierzchnia oczyszczania 1.338.760,00 m<sup>2</sup> (przez 3,25 roku) kosztuje 3.849.376,69 zł.

Jednak w specyfikacji z 2013 r. powierzchnia oczyszczania dróg i ulic wzrosła w porównaniu ze specyfikacją z 2012 r. z 247.119 m<sup>2</sup> do 1.338.760,00 m<sup>2</sup>, czyli 5,42 razy więcej.

Stąd wartość zamówienia w 2013 r., biorąc pod uwagę cenę za takie same usługi zrealizowane na podstawie zamówienia z 2012 r., powinna wnosić około 21.128.919 zł [1.199.487,93 zł x 3,25 roku x 5,42 (współczynnika zwiększenia powierzchni)].

Nasuwa się zatem oczywisty wniosek, że cena proponowana przez Sita Zachód sp. z o.o. – 17.542.142,29 zł jest ceną zbliżoną do tej obiektywnej przyjętej po porównaniu przeliczników stosowanych przez nie tylko zamawiającego, ale też tego samego wykonawcę, tj. PGKiM w latach poprzednich.

Nawet gdyby przyjąć tylko koszty wykonania zamówienia, bez zysku, bez amortyzacji, nawet ze stawką o połowę niższą stanowiącą wynagrodzenie pracowników – to i tak wartość zamówienia za oczyszczanie 1.338.760,00 m<sup>2</sup> powierzchni dróg i ulic wynosi około 10-11 mln zł netto.

Nierealność ceny wybranej w postępowaniu oferty PGKiM w obecnych uwarunkowaniach ekonomicznych wykonania zamówienia obrazuje chociażby przykład: w załączonych wyliczeniach przyjęto koszt zagospodarowania zużytych zmiotek używanych do oczyszczania miasta – 15 zł/1 Mg. Tymczasem zgodnie z uchwałą nr 31/12/2012 Zarządu MZGOK sp. z o.o. w Koninie koszt zmiotek przyjętych do zagospodarowania jest 10 razy wyższy, tj. 153,02 zł – kod 20 03 03 – za składowanie 1 Mg. Zatem szacowana cena przetargu jest jeszcze wyższa niż ta wskazana przez odwołującą. W załączeniu ww. uchwała wraz z załącznikiem.

Odwołująca przekazuje też oferty z 2013 r. PGKiM oraz SITA Zachód sp. z o.o., aby zaprezentować szczegółowy sposób wyliczeń ceny obu podmiotów.

**Dowód:**

- szczegółowe wliczenia sporządzone przez odwołującą,
- uchwała nr 31/12/2012 Zarządu MZGOK sp. z o.o. w Koninie.

Wynikający z przepisów art. 32 ust. 1 Pzp obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia, jako całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, z zachowaniem należytej staranności, obliguje zamawiającego do uwzględnienia obowiązujących w tym zakresie aktów prawnych oraz wszelkich dostępnych informacji dotyczących średnich cen rynkowych tego rodzaju usług. Źródłem takich informacji powinny być dane, którymi dysponują wyspecjalizowane podmioty, a które to dane zamawiający posiada choćby z zeszłego roku, bo rozstrzygnął wówczas przetarg, gdzie proporcjonalnie mniejszy obszar i czas trwania wykonywanych usług w ramach zamówienia w przeliczeniu na jednostkę kosztował tyle, ile w obecnych proporcjach koszty te przedstawiła Sita Zachód sp. z o.o.

Ponadto wykonawca kalkulując cenę oferty, bierze pod uwagę wyłącznie koszt realizacji zamówienia oraz zysk pozwalający mu ekonomicznie bilansować własną działalność. Nie ma

obowiązku – z punktu widzenia zamówień publicznych – kalkulować ceny w oparciu o jakiegokolwiek środowiskowe zasady, wychodząc od z góry przyjętych założeń (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 listopada 2011 r. KIO 2268/11). Jednak w rozpoznawanym postępowaniu, nawet gdyby liczyć koszty przetargu bez zysku, czyli wbrew temu, co wynika z zasad prowadzenia przedsiębiorstwa oraz wbrew orzecznictwu KIO, to konieczny koszt realizacji zamówienia i tak wyniósłby ponad 11 mln zł.

**Naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp, przez brak zwrócenia się do PGKiM o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez wybór oferty z rażąco niską ceną wobec nieprzeprowadzenia procedury wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp**

Abstrahując od pierwszego zarzutu – zamawiający powinien powziąć uzasadnioną wątpliwość, że cena zaproponowana przez wykonawcę, którego oferta została wybrana nosi znamiona rażąco niskiej i zwrócić się do PGKiM, oferującego tak rażąco niską cenę, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, czego zamawiający nie uczynił.

Poziom cen rynkowych dla podobnych zamówień tego samego zamawiającego jest wyższy. Zamawiający powinien przeprowadzić obligatoryjne badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny w wypadku różnicy pomiędzy ceną wątpliwej oferty, a ceną innych ofert bądź między ceną oferty, a oszacowaną przez zamawiającego wartością zamówienia.

Odwołująca wskazuje, że przeprowadziła własną kalkulację, z której wynika, że cena oferty wybranej nie pokryje nawet wynagrodzeń pracowników, którzy będą realizowali zamówienie nie mówiąc już o zysku czy kosztach amortyzacji sprzętu (zob. załączone wyliczenia) – bowiem cena bez tych składników konieczna dla usługi oczyszczania 1.338.760,00 m<sup>2</sup> powierzchni dróg i ulic przez okres 3,25 roku oscyluje wokół 10-11 mln zł.

**Prawdopodobnie przetarg został tak skonstruowany, że 100% udziałowców w PGKiM – tj. Gmina Miejska Konin ustalił cenę (zaniżoną) oferty oraz kwotę wskazywaną przez zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp, a w rzeczywistości przedmiot przetargu nie będzie wykonywany w takim zakresie i z taką częstotliwością, jakie wskazano w specyfikacji. Tym samym wszelkie podmioty stanowiące konkurencję musiały odpaść z powodu zbyt wysokiej ceny, którą oferowały.**

Wątpliwości w zakresie rzetelnego skalkulowania ceny oferty wynikają z obiektywnych okoliczności, tzn. na skutek znacznej dysproporcji ceny danej oferty w stosunku do ceny innej oferty złożonej w postępowaniu lub w odniesieniu do średnich cen panujących na rynku danych zamówień.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług, jednakże oferta PGKiM jest ofertą,



która zawiera cenę dumpingową, w szczególnością ze względu na fakt ceny oferowanej przez ten podmiot w 2012 r., która jest zbliżona do ceny proponowanej w tym roku przez Sita Zachód sp. z o.o. Jak jest więc możliwe, że cena PGKiM spadła w tym roku w porównaniu z 2012 r. ponad 4-krotnie?

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie wskazują sposobu szacowania wartości zamówienia, a tym samym zamawiający może swobodnie korzystać z różnych instrumentów. Zwyczajowo, w pierwszej kolejności zamawiający ustala wartość szacunkową zamówienia we własnym zakresie, przez odniesienie się do wartości dostaw czy też usług, które były przedmiotem zamówienia w poprzednim roku, przy uwzględnieniu ewentualnej zmiany wielkości zamówienia oraz wskaźników inflacji ogłaszanych przez Główny Urząd Statystyczny, czy też zmian cen na danym rynku. Krajowca Izba Odwoławcza w wyroku z 8 lutego 2010 r. (KIO/UZP1813/09) stwierdziła, że: „Wartość szacunkowa zamówienia powinna uwzględniać specyfikę danego zamówienia” (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 5/2011 „Kontrola udzielania zamówień publicznych” Prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia publicznego jako czynność poprzedzająca wszczęcie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego).

Naturalnym i uzasadnionym jest aby wybierać oferty, które mają cenę najkorzystniejszą, natomiast nie może to powodować naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w tym dotyczących rażąco niskiej ceny oraz zasad uczciwej konkurencji.

Jeżeli wykonawca stwierdza, że nie jest w stanie wykonać takiej usługi za zaproponowaną cenę, to zamawiający nie powinien pozostawać obojętny na takie argumenty. Zamawiający widział rozdźwięk (kilkukrotną różnicę) pomiędzy cenami przedstawionych ofert, a mimo to nie zastosował art. 90 ust. 1 Pzp.

Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy działającego w porozumieniu z zamawiającym, albo nierzetelność kalkulacji PGKiM i zamawiającego, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Reguła oszacowania wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością dopuszcza możliwość, że zamawiający, nie mogąc we własnym zakresie oszacować wartości przedmiotu zamówienia, zwróci się do podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem określonej działalności o dokonanie wstępnej kalkulacji kosztów wynagrodzenia. W konsekwencji zamawiający może przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystąpić do podmiotów legitymujących się konieczną wiedzą i doświadczeniem o przeprowadzenie wyceny oraz podanie wstępnej kalkulacji kosztów zamówienia. Czynność oszacowania wartości przedmiotu zamówienia należy do zadań zamawiającego i nie jest on związany kalkulacjami przedstawionymi przez takie podmioty. Kalkulacje te mają charakter informacyjny i mogą służyć jedynie rozpoznaniu cen

na rynku w zakresie przedmiotu zamówienia. W oparciu o te kalkulacje zamawiający we własnym zakresie dokonuje czynności oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. „Brak możliwości zwrócenia się przez zamawiającego o ocenę ryzyka ubezpieczeniowego oraz przedstawienie wstępnej kalkulacji kosztów ubezpieczenia do podmiotów profesjonalnie zajmujących się działalnością ubezpieczeniową oznaczałoby, że zamawiający pozbawiony zostałby jednej z możliwości pozyskania niezbędnych informacji, koniecznych do oszacowania wartości przedmiotu zamówienia z – wymaganą przez przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – należytą starannością” (Pismo Urzędu Zamówień).

Zamawiający nie skorzystał z możliwości zbadania rynku przed ogłoszeniem przetargu i tym samym dokonał szacowania z pominięciem należytej staranności wymaganej przy tej czynności.

Zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp, jeżeli zamówienia udziela się na czas dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia. Nie jest więc możliwe, że cena zamówienia, według zamawiającego, wynosi nieco ponad 4 mln zł, jeżeli zamówienie trwa ponad trzy 3 lata, a nie rok jak poprzednio, a powierzchnia dróg i ulic przeznaczonych do oczyszczania jest większa ponad 5 razy niż w roku poprzednim przy niezmienionej cenie, zważywszy na jej wysokość w 2012 r.

Charakter ceny rażąco niskiej można przypisać cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Kolejnym kryterium oceny może być ustalenie średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r., X Ga 127/08). Zamawiający również sam nie dokonał oceny cen rynkowych (błąd w oszacowaniu) i nie dokonał konfrontacji niewiarygodnej i nierealnej ceny PGKiM w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Punktem odniesienia do ceny rażąco niskiej jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., XIX Ga 128/08).

**Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy**

Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji, która zawarta jest też w treści dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z

dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – zwanej dalej Dyrektywą.

Zgodnie z art. 2 Dyrektywy instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Ukonstytuowaną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę uczciwej konkurencji należy oprzeć na jednej ze wspomnianych powyżej zasad Dyrektywy, tj. na zasadzie niedyskryminacji. Zakaz niedyskryminacji wyrażony w Dyrektywie odnosi się do wszystkich sytuacji związanych z przygotowaniem, przeprowadzaniem oraz udzielaniem zamówienia publicznego.

Jako przykłady naruszenia zasady niedyskryminacji wskazuje się sytuacje, w których zamawiający rezerwuje część zamówień dla przedsiębiorstw działających w określonych obszarach danego regionu czy też mających cechy wyróżniające ich spośród innych podmiotów, niekoniecznie potrzebne dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp stanowią, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę obligatoryjnie, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych.

Taka cena może wskazywać na następujące nieakceptowane zjawiska: wykonawca oferując rażąco niską cenę zdaje się zmierzać do realizacji zamówienia w sposób naruszający wymogi określone przez prawo, a w przypadku zamawiającego, który na rażąco niską cenę się godzi, może oznaczać to, że zamawiający zdaje się nie wymagać od wykonawcy rzetelnej albo pełnej realizacji zamówienia – w ten sposób faworyzując danego wykonawcę.

Zachodzi obawa, że w rozpoznawanym przypadku wystąpiło drugie z wymienionych zjawisk. Nie można wykluczyć, że PGKiM, jako spółka o stuprocentowym udziale Gminy Konin złożyła ofertę z rażąco niską ceną licząc, że w rzeczywistości nie będzie realizować zamówienia na założonej powierzchni dróg i ulic wynoszącej 1.338.760,00 m<sup>2</sup>, a na powierzchni określonej w zamówieniu zeszłorocznym (2012) wynoszącej 247.119,00 m<sup>2</sup>.

Dokonując badania ofert, zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie, w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia. Jeżeli jednak cena oferty jednocześnie rażąco odbiega od cen innych ofert, zamawiający powinien ustalić, czy wartość zamówienia została ustalona przez wykonawcę (tutaj PGKiM) prawidłowo. Ta sama uwaga odnosi się do ceny szacunkowej ustalonej przez samego zamawiającego, bo ten ostatni również popełnił błąd w szacowaniu zamówienia.

Dodatkowo złożenie oferty o tak niskiej cenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Podanie rażąco niskiej ceny wpisuje się bezsprzecznie w tego rodzaju czyn), a to jest również przesłanka obligatoryjnego odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Cena podana przez PGKiM jest ceną dumpingową (zob. wyliczenia specyfikacji z 2012 r. i 2013 r. i wybór najkorzystniejszej oferty i jej wartość w 2012 r. i 2013 r.).

Trzeba wyraźnie podkreślić, że wymienione w art. 89 Pzp przesłanki stanowią podstawę do odrzucenia oferty. W sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, odrzucenia oferty (wyrok WSA w Warszawie z 31 sierpnia 2010 r., V SA/Wa 769/10). Jednak, skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 Pzp, czego zamawiający nie zrobił, bo sam naruszył zasady szacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Istotne jest wskazanie, że opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest w stosunku do niego proporcjonalny, narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W tej sprawie ocena warunków wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie ceny jest nieproporcjonalna do wymagań stawianych w zamówieniu. Zamawiający bez uzasadnienia wykroczył poza dopuszczalne prawem dokonanie szacowania zamówienia. Cena oferty, którą wybrał i która zresztą jest zbliżona do ceny, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest ceną nierealną w stosunku do przedmiotu zamówienia (ponad trzyletnie oczyszczanie 1.338.760,00 m<sup>2</sup> powierzchni dróg i ulic), jak wskazano wyżej, dysproporcja pomiędzy ekonomicznymi uwarunkowaniami realizacji zamówienia, a jego ceną jest tak znacząca, że zachodzić może nawet obawa, że szacowania wartości zamówienia została wcześniej uzgodniona pomiędzy zamawiającym a jego spółką – PGKiM.

W każdym razie kwota oficjalnie przeznaczona na realizację zamówienia oraz cena najniższej oferty (PGKiM) określone zostały na poziomie realnie uniemożliwiającym konkurencję.

Nie da się oczyszczać 1.338.760,00 m<sup>2</sup> powierzchni dróg i ulic przez okres ponad 3 lat za kwotę rzędu ok. 4 mln zł.

Wykonawca nie musi udowadniać, że określenia zawarte w dokumentacji związanej z postępowaniem, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, faktycznie tę uczciwą

konkurencję naruszają. Fakt naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia (wyrok KIO z 13 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 440/10).

Dokonywanie opisu wymagań potrzebnych do wykonania zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV), a taki stan rzeczy stanowi naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający żąda mechanicznego i ręcznego oczyszczania dróg i ulic raz w tygodniu, przy czym takie zabiegi są niemożliwe w sytuacji dużego mrozu i opadów śniegu, bo wtedy następuje nie oczyszczanie, a posypywanie ulic mieszanką solną w celu likwidacji śliskości. W rzeczywistości i tak te czynności nie byłyby wykonywane, ale w wymaganiach zamawiający wskazał to żądanie i w kosztorysie należy je umieścić, bo potencjalny zamawiający byłby z tego rozliczany. Koszty zamówienia byłyby niższe, gdyby cotygodniowego wymogu oczyszczania nie było.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **25.12.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **27.12.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio 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. 32 ust. 1 Pzp w zw. z art. 355 Kc w zw. z art. 14 Pzp – przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności oraz związany z tym zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp – przez brak zwrócenia się do wykonawcy z najniższą ceną oferty o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w specyfikacji obecnego postępowania powierzchnia ulic przeznaczonych do sprzątnięcia uległa około pięciokrotnemu zwiększeniu w stosunku do powierzchni ulic z postępowania na 2012 r. Mimo to zamawiający nie zwiększył wartości zamówienia.

Jednak, jak wykazał to zamawiający, odwołujący nie wziął pod uwagę zmiany specyfikacji poprzedniego zamówienia, która to zmiana miała miejsce 27.12.2012 r. W wyniku zmiany podane zostały zmienione miana z „m<sup>2</sup>” na „m”. W związku z tym w uprzednim postępowaniu były podane metry bieżące ulic, które po przemnożeniu przez przeciętną szerokość ulic – około 5 m – dawały zbliżony wynik powierzchni ulic do obecnie prowadzonego postępowania. Dlatego wartość obecnego zamówienia nie odbiegała od wartości z lat poprzednich.

Z tego powodu skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł, że zamawiający dokonał niezgodnego z należytą starannością i tym samym niezgodnego z art. 32 ust. 1 Pzp ustalenia wartości zamówienia. Przepis art. 32 ust. 1 Pzp brzmi „Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością”.

W związku z tym odwołujący nie dowiódł, że zamawiający, do którego została złożona oferta o cenie nie odbiegającej od jego wyliczeń wartości, dokonanych z należytą starannością, miał obowiązek wszcząć procedurę wyjaśnienia złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę i finalnie odrzucić taką ofertę.

Zamawiający spotykając się z ofertą na podobny przedmiot zamówienia, co w latach uprzednich, o podobnej cenie, w przypadku gdy te zamówienia były w należyty sposób wykonane i bez zmiany innych okoliczności – zdaniem składu orzekającego Izby nie jest zobowiązany do wszczynania procedury wyjaśniania wysokości ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, który 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”.

Skład orzekający Izby również stwierdza, że w rozpoznawanym przypadku zamawiający również nie jest zobowiązany do badania fragmentarycznych informacji o koszcie zagospodarowania zużytych zmiotek, co sugerował odwołujący.

W związku z tym, zdaniem składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 32 ust. 1 Pzp w zw. z art. 355 Kc w zw. z art. 14 Pzp – przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności oraz naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp – przez brak zwrócenia się do wykonawcy z najniższą ceną oferty o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez wybór oferty z rażąco niską ceną wobec nieprzeprowadzenia procedury wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp oraz związany z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a w konsekwencji naruszenie ww. przepisów wskazanych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający podstawnie nie stwierdził złożenia oferty z rażąco niską ceną i nie był obowiązany do badania tego aspektu oferty, a tym bardziej nie naruszył przepisów mówiących o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Również skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia zasad udzielania Zamówień Publicznych zawartych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż odwołujący nie dowiódł, że zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 1 Pzp i 32 ust. 1 Pzp, a zarzut naruszenia tych szczegółowych przepisów był podstawą sformułowania zarzutu naruszenia zasad zamówień publicznych ustalonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców” i przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

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 wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. 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:**

.....