

Sygn. akt KIO/UZP 142/08

**WYROK**  
z dnia 5 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Barbara Bettman  
Dagmara Gałczewska - Romek

**Protokolant:** Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., Wrocław, ul. Traugutta 72-78** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Budżetowa Gminy Wrocław, Wrocław, Św. Elżbiety 3** protestu z dnia 30.01.2008 r.

przy udziale **TRANS - FORMERS WROCLAW Sp. z o.o., Kobierzyce, ul. Atramentowa 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., Wrocław, ul. Traugutta 72-78**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., Wrocław, ul. Traugutta 72-78.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2000 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., Wrocław, ul. Traugutta 72-78** na rzecz **Jednostki Budżetowej Gminy Wrocław, Wrocław, Św. Elżbiety 3**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx ) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., Wrocław, ul. Traugutta 72-78.**

## **Uzasadnienie**

Złożone odwołanie dotyczy postępowania ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnoty Europejskiej w dniu 17.11.2007r. pod poz. 2007/S 222-270826 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego to jest Zarząd Zasobu Komunalnego Jednostka Budżetowa Gminy Wrocław ul. Św. Elżbiety 3, 50-111 Wrocław, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości stanowiących własność gminy Wrocław.

Pismem z dnia 30 stycznia 2008r. Odwołujący to jest Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, adres : ul.Traugutta 72-78, 50 -418 Wrocław złożył protest na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty w zadaniach ; 1, 2, 3, 4, 5 wykonawcy Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS – FORMERS Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu ul. Atramentowa 10 zwanego dalej „Wykonawcą wybranym” w zadaniach jak wyżej podano.

W złożonym proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem przepisów art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych ( Dz.U. j.t. 2007r. Nr 223 poz. 1655 ) zwanej dalej “ustawą” w zakresie rażąco niskiej ceny.

W związku z naruszeniem przepisów ustawy regulujących zasady postępowania Zamawiającego w przypadku wystąpienia w ofercie ceny rażąco niskiej, Odwołujący zażądał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwania Wykonawcy wybranego do przedstawienia kalkulacji cen ofertowych, ponownej oceny i badania ofert , a następnie dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w myśl art.90 ust.1 ustawy ma obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli zachodzi podejrzenie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego obowiązek Zamawiającego aktualizuje się w szczególności w sytuacji, gdy cena oferty znacznie odbiega nie tylko od wartości szacunkowej zamówienia, ale również w każdym przypadku, gdy cena może być uznana za cenę rażąco niską.

Odwołujący przyznaje, że brak jest zarówno w przepisach krajowych, jak i wspólnotowych definicji ceny rażąco niskiej, a także brak jest takiej definicji w orzecznictwie krajowym, jak i wspólnotowym. Zgodnie jednak z obowiązującymi poglądami doktryny, ze względu na cel zdefiniowania ceny rażąco niskiej, należy uznać za taką cenę, cenę nierealną, to jest taką za którą nie można wykonać objętej nią usługi, zwłaszcza w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.

Odwołujący podnosi, że w myśl opinii Urzędu Zamówień Publicznych za cenę rażąco niską należy uznać cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Odwołujący zaznacza, że nie zawsze właściwe przy ustaleniu ceny rażąco niskiej jest jej porównanie z wartością szacunkową zamówienia, ponieważ wartość szacunkową ustala się w sposób ściśle określony przez przepisy ustawy, a cena ofertowa ma charakter rynkowy tj. nieregulowany.

W myśl zasady, iż cena rażąco niska to cena, która jest nierealna, to należy zdaniem Odwołującego przyjąć także jako taką cenę, tę która jest zarówno niższa niż wartość szacunkowa zamówienia jak i tę cenę wyższą niż wartość szacunkowa zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, gdy świadczenie objęte postępowaniem nie jest porównywalne ze świadczeniem w poprzednim okresie. Bowiern począwszy od 01.01.2008 r. przepisy prawa ochrony środowiska nakładają na wykonawcę szereg dodatkowych obowiązków w zakresie selektywnej zbiórki odpadów i wyższe opłaty środowiskowe, które w stosunku do ubiegłego roku wzrosły pięciokrotnie ( opłata z 15,71zł/Mg wzrosła do 75zł/Mg).

Odwołujący już w piśmie z dnia 17.01.2008 r. skierowanym do Zamawiającego zasygnalizował fakt, iż Wykonawca wybrany powinien w kalkulacji ceny uwzględnić konieczność zakupu kontenerów za szacunkową kwotę 259.000,00 zł oraz dodatkowy koszt poddania zebranych odpadów sortowaniu w odpowiedniej instalacji. Wybrany wykonawca będzie musiał ponosić wyższe koszty niż Odwołujący, który działa już na tym rynku i posiada własną sortownię.

Zdaniem Odwołującego sama pięciokrotna podwyżka opłat za korzystanie ze środowiska ( Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 06.06.2007r. - Dz.U. 2007r. Nr 103 poz.723) obowiązująca od 01.01.2008r. powoduje, że koszty oferty Wykonawcy wybranego nie mogą być porównywane z kosztami ofert z lat ubiegłych.

Dalej Odwołujący podnosi, że rozszerzenie zakresu zamówienia o odbiór odpadów ulegających biodegradacji powoduje dodatkowe koszty związane z ustawianiem na każdej lokalizacji odrębnego pojemnika, opróżnianego dodatkowym sprzętem specjalistycznym, z właściwą częstotliwością oraz transportem do kompostowni.

Dodatkowym obowiązkiem jest poddanie zebranych odpadów sortowaniu w odpowiedniej instalacji co z jednej strony powoduje wzrost kosztów usługi w stosunku do lat poprzednich, a z drugiej strony powoduje, że usługa nie jest porównywalna z innymi na rynku tego typu usługami.

W tym kontekście Odwołujący uważa, że Wykonawca wybrany nie gwarantuje odpowiedniej jakości usług za zaproponowaną przez niego cenę.

Stanowisko Odwołujący uzasadnia również tym, że inny wykonawca w tym postępowaniu Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o., zwany dalej “Innym wykonawcą” ma znacząco wyższe ceny ( o około 30 %) od Wykonawcy wybranego, a warunki świadczenia usług przez Innego wykonawcę i Wykonawcę wybranego są porównywalne.

Poza tym ceny zaoferowane przez Wykonawcę wybranego niewiele się różnią od jego cen z ubiegłego roku, pomimo wzrostu opłaty środowiskowej, cen składowania odpadów, kosztów sortowania odpadów oraz selektywnej zbiórki odpadów ulegających biodegradacji.

Odwołujący przedstawił wyliczenie wzrostu ceny w stosunku miesięcznym z tytułu wzrostu samej opłaty środowiskowej, która wyniosła ok. 11.000,00 zł. miesięcznie.

Według cen zaoferowanych przez Wykonawcę wybranego dla zadania nr 5 wzrost ceny w stosunku do ubiegłego roku nastąpił o około 6.000,00 zł. czyli o około 50 % wzrostu kosztu z powodu samej tylko opłaty środowiskowej, bez uwzględnienia dalszych kosztów związanych np: z rozszerzeniem zakresu usług w stosunku do okresu poprzedniego.

Dalszym przykładem według Odwołującego na nie uwzględnienie rzeczywistych kosztów jest zaproponowana cena wywozu gruzu , która jest u Wykonawcy wybranego o ok.50 % niższa od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. I tak wzrost ceny wywozu gruzu u Odwołującego wyniósł 275 %, u Innego Wykonawcy 650%, a u Wykonawcy wybranego o 42 % wzrosła cena.

Na dowód zaniżenia ceny przez Wykonawcę wybranego w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący podaje jego ceny rynkowe w innych postępowaniach, które są znacznie wyższe przy z reguły węższym zakresie usług.

I tak Wykonawca wybrany oferuje :

1. na podstawie umowy dnia 31.12.2007r. Nr WP/400/07 zawartej z Zamawiającym przez Wykonawcę wybranego dla zadaniu nr 2 obowiązuje wynagrodzenie 8,00 zł , na zadaniu nr 5 obowiązuje 9,10 zł. pomimo, że usługa ta nie obejmuje selektywnej zbiórki odpadów ulegających biodegradacji, a w przedmiotowym postępowaniu na zadanie nr 2 i 5 Wykonawca wybrany zaoferował cenę w wysokości 7,43 zł.
2. W postępowaniu ogłoszonym przez TBS Wrocław Wykonawca wybrany zaoferował cenę 8,20 zł./osobę/miesiąc za wyłącznie odbiór odpadów komunalnych.
3. Co do cen wywozu gruzu to z informacji uzyskanej telefonicznie w biurze Wykonawcy wybranego wynika, że oferuje stawkę 195 zł//netto plus 160 zł za transport co daje cenę 355 zł. za tonę gruzu . Odbiorca gruzu - Chemeko – System Sp. z o.o. we Wrocławiu za odbiór tony gruzu pobiera opłatę 210 zł. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca wybrany zaoferował cenę 215 zł. za tonę Co daje zwrot kosztów 5 zł. za tonę. Tym samym cena 215 zł. jest ceną poniżej kosztów, ponieważ

znacznie wyższe są same koszty załadunku, rozładunku ręcznego oraz transportu do miejsca składowania gruzu.

Według Odwołującego przy takich stosowanych cenach w innych postępowaniach przez PHK Trans – Formers ( Wykonawca wybrany) powstaje pytanie, jak zostały skalkulowane ceny w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności gdy w innych postępowaniach ceny nie obejmują selektywnej zbiórki odpadów. Ta sytuacja naraża Zamawiającego na nienależyte wykonanie lub nie wykonanie umowy przez PHK Trans – Formers.

Zamawiający posiada instrument sprawdzenia realności cen oferowanych na podstawie w art.90 ust.1 ustawy, z czego Zamawiający nie skorzystał, pomimo wątpliwości zgłoszonych przez Odwołującego.

Dlatego też Odwołujący składa niniejszy protest.

Pismem z dnia 08.02.2008r. Zamawiający oddalił protest w całości stwierdzając, że zarzuty podniesione w proteście przez Odwołującego są bezzasadne, gdyż cena zaproponowana przez Wykonawcę wybranego nie jest ceną rażąco niską.

Zdaniem Zamawiającego cena rażąco niska to cena nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony w sytuacji zaproponowania ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi, co zagraża nienależytem lub niewykonaniem usługi.

Podstawowym kryterium ceny rażąco niskiej jest jej stosunek do przedmiotu zamówienia ( wartości zamówienia).

Przy ocenie zarzutu rażąco niskiej ceny należy uwzględnić aspekt jej **opłacalności** co wyraża przywołany przez Zamawiającego wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007r. o Sygn.akt XIX Ga 3/07.

Zamawiający przestrzegając powyższych zasad dokonał porównania złożonych ofert Odwołującego, Wykonawcy wybranego oraz szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia zamieszczonej w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

Z porównania tych wartości wynika, że oferta Wykonawcy wybranego jest kwotowa wyższa we wszystkich zadaniach w stosunku do wartości zamówienia wyliczonej przez Zamawiającego od 3 do 14 % w poszczególnych zadaniach ( zadania od 1 do 5 ).

Podniesiony zarzut niewłaściwego oszacowania przedmiotu zamówienia podniesiony przez Odwołującego w proteście zdaniem Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na jego spóźnienie wobec daty opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

Z porównania ofert Odwołującego i Wykonawcy wybranego wynikają następujące różnice cenowe, gdzie oferta cenowa Odwołującego jest wyższa od oferty Wykonawcy wybranego o :

1. w zadaniu nr 1 -3 %,
2. w zadaniu nr 2 – 14 %,
3. w zadaniu nr 3 - 25 %,
4. w zadaniu nr 4 - 8 %,
5. w zadaniu nr 5 – 16%.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego rażącego różnic w cenach wywozu gruzu, Zamawiający stwierdza, że wywóz gruzu jest zadaniem dodatkowym obejmującym nieznaczną część zamówienia, a podane ilości gruzu jako maksymalne wielkości służą jedynie umożliwieniu wykonawcom złożenia porównywalnych ofert. Przedmiotem umowy nie jest wywóz gruzu w ilościach tam podanych, podana ilość jest wielkością maksymalną i uzależnioną od potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający podkreśla, że zgodnie z obowiązującymi poglądami doktryny i orzecznictwa za rażąco niską cenę należy uznać cenę zamówienia, a nie poszczególne jej elementy kalkulacji. Nawet gdy poszczególne ceny jednostkowe ceny oferty charakteryzują się rażąco niskimi stawkami to o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską decyduje całkowita cena ofertowa, a nie jej poszczególne elementy składowe, ponieważ ocenia się ją w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie jego poszczególnych części. O prawidłowości takiego rozumienia ceny rażąco niskiej przemawia treść art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy zgodnie, z którym rażąco niska cena jest odnoszona do przedmiotu zamówienia , a nie jego poszczególnych części.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołuje wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 24 marca 2005 o Sygn.akt II Ca 425/04 i postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. o Sygn akt II Ca 2194/05.

Odnosząc się do zarzutu niemożności wykonania usługi wywozu gruzu za cenę podaną przez Wykonawcę wybranego to Zamawiający stwierdza, że nie wymagał w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia zatrudnienia osób na umowę o pracę oraz nie wskazywał limitu zatrudnienia osób. W związku z tym wykonawca ma prawo zatrudniać zgodnie z własnym wyborem w tym na umowę zlecenia, co obniża koszty wykonania usługi. Na poparcie powyższego stanowiska Zamawiający wskazuje utrwalone orzecznictwo i jako przykład przywołuje wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 13.01.2005r. O Sygn akt II Ca 835/04.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego nie uwzględnienia zmian opłaty środowiskowej, cen składowania odpadów, kosztów sortowania odpadów oraz selektywnej

zbiórki odpadów ulegających biodegradacji, Zamawiający dokonał porównania cen za wywóz odpadów komunalnych w latach 2006 i 2007 w zadaniach 1-5 przez firmy, które wygrały przetarg w 2006 r. do cen zaproponowanych w bieżącym postępowaniu. Posługując się cenami na jednego mieszkańca bilans wzrostu cen przedstawia się następująco :

1. w zadaniu nr 1 Odwołujący podniósł cenę o 1,25%,
2. w zadaniu nr 2 Wykonawca wybrany podniósł cenę o 1,5 %,
3. w zadaniu nr 3 Odwołujący podniósł cenę o 0,7 %,
4. w zadaniu nr 4 Odwołujący podniósł cenę o 0,7 %
5. w zadaniu nr 5 Wykonawca wybrany podniósł cenę o 0,86%.

Z powyższego zestawienia wynika, że Wykonawca wybrany podwyższył ceny ( 1,5%, 0,86%) w stopniu wyższym niż Odwołujący ( 1,25%, 0,7%) w stosunku do lat poprzednich.

Ponadto w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał na konieczność skalkulowania wzrostu opłaty środowiskowej do wysokości 75,00 zł/Mg.

Co do porównywalności firm Odwołującego jak i Wykonawcy wybranego to Zamawiający stwierdza, że obydwie firmy są według jego oceny porównywalne, bowiem od szeregu lat świadczą usługi na rynku w zakresie odbioru odpadów komunalnych.

W podsumowaniu swojego stanowiska Zamawiający przywołuje orzeczenie zespołu arbitrów, gdzie pomimo niższej o 40% ceny oferty wybranej w stosunku do ceny oferty odwołującego, odwołanie zostało oddalone z powodu, iż cena oferty wykonawcy wybranego była wyższa od wartości szacunkowej zadania w ogłoszeniu o zamówieniu ( wyrok z dnia 04.09.2007r. UZP/Z0/O-1082/07).

Według oceny Zamawiającego cena oferty Wykonawcy wybranego nie ma cech ceny rażąco niskiej.

Pismem z dnia 13.02.2008r. Odwołujący zaskarżył rozstrzygnięcie protestu wywodząc i wnosząc jak dotychczas.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Skład orzekający Izby na podstawie dokumentacji przetargowej postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, ofert złożonych przez Odwołującego i Wykonawcę wybranego oraz na podstawie



przeprowadzonej rozprawy, rozstrzygając zarzuty i wnioski Odwołującego zawarte w proteście z dnia 30.01.2008r. oddalił odwołanie w całości.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut nie wezwania Wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy, w zakresie elementów kalkulacji zaoferowanej ceny, w związku z wskazaniem na rażąco niską ceną w ofercie wybranego Wykonawcy.

Odwołujący domagał się od Izby nakazania Zamawiającemu skierowania zapytania w powyższym zakresie do Wykonawcy wybranego z jednoczesnym skutkiem unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazania Zamawiającemu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, powołując się na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym oferta Wykonawcy wybranego powinna zostać odrzucona.

Skład orzekający Izby rozstrzygając o oddaleniu odwołania uwzględnił następujące okoliczności faktyczne i prawne występujące w sprawie.

Odwołujący podnosił, że nie powinno się w przedmiotowym postępowaniu kierować przy ocenie wystąpienia rażąco niskiej ceny, porównywaniem ceny zaproponowanej w ofercie Wykonawcy wybranego z szacunkową wartością zamówienia określoną przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, które opublikowano w dniu 17.11.2007r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Według Odwołującego wartość szacunkowa zadania ma charakter regulowany, ponieważ jest ustalana według zasad określonych w przepisach art. 34 ust.1 ustawy, a najbardziej właściwą do porównań, czy zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny, jest odniesienie ceny ofertowej do cen rynkowych. Przy czym w toku dalszej argumentacji Odwołujący wskazywał również, że nie ma porównywalnych cen rynkowych, ponieważ zakres przedmiotowego zamówienia jest nietypowy.

Odwołujący twierdził, że najwłaściwszym wskaźnikiem porównawczym na dowód wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy wybranego są ceny podane w jego ofercie oraz ceny zaoferowane przez trzeciego wykonawcę ( Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Oławie ), które są znacznie wyższe ( o około 30% ) od cen Odwołującego i Wykonawcy wybranego.

Według twierdzeń Odwołującego, Wykonawca wybrany i trzeci Wykonawca posiadają porównywalne warunki techniczne i organizacyjne świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych.

Natomiast Odwołujący uważa, że posiadane przez niego wyposażenie techniczne ( własna sortownia odpadów) oraz organizacja usług ( aktualne świadczenie usług na terenach

objętych przedmiotowym postępowaniem), umożliwiając jemu oferowanie usług za ceny znacznie niższe od Wykonawcy wybranego i trzeciego Wykonawcy.

Na tej podstawie, skoro ceny trzeciego Wykonawcy uczestniczącego w przetargu są znacznie wyższe od cen Odwołującego, a ceny Wykonawcy wybranego są zbliżone do cen Odwołującego, Odwołujący twierdził, że jest to dowód na to, że Wykonawca wybrany zaoferował rażąco niskie ceny świadczenia usług.

Poza tym Odwołujący stwierdził, że Wykonawca wybrany nie ma odpowiedniej ilości kontenerów na segregowanie odpadów i w związku z tym powinien dokonać zakupu pojemników, kontenerów na co będzie musiał wydatkować około 260 tys. złotych. Natomiast jak twierdzi Odwołujący on takie kontenery posiada i nie musi ponosić dodatkowych kosztów na ich zakup, a to znacznie różnicuje koszty świadczenia usług, co bezpośrednio powinno się przekładać na zróżnicowanie cen ofertowych pomiędzy nim a Wykonawcą wybranym.

Z kolei Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 08.02.2008r. stwierdził, że dla niego obydwie firmy to jest Odwołującego i Wykonawca wybrany są podmiotami porównywalnymi, ponieważ od szeregu lat z nimi współpracuje i nie widzi podstaw do przyjęcia, że Wykonawca wybrany nie zna specyfiki i charakteru rynku wywozu odpadów komunalnych.

Ponadto Zamawiający na rozprawie zakwestionował przedstawione przy piśmie Odwołującego z dnia 04.03.2008r. dokumenty mające stanowić dowód na to, że ceny Wykonawcy wybranego są rażąco niskie w stosunku do kosztów świadczonych przez niego usług.

Również przystępujący po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego Wykonawca wybrany poparł stanowisko Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wobec twierdzeń Odwołującego, którym zaprzeczył Zamawiający i przystępujący po jego stronie Wykonawca wybrany, na podstawie zgromadzonego materiału w sprawie, z uwzględnieniem art.6 kodeksu cywilnego w związku z art.14 ustawy, ocenił następująco stan sprawy.

Na podstawie złożonych w postępowaniu ofert, należało stwierdzić, że ceny zaoferowanych usług wywozu odpadów komunalnych w zadaniach od 1 do 5, okazały się najkorzystniejsze Wykonawcy wybranego, któremu Odwołujący postawił zarzut rażąco niskiej ceny. Z dokonanej analizy porównawczej złożonych ofert w zadaniach od 1 do 5 wynika, że ceny ofert Odwołującego i Wykonawcy wybranego są kwotowo zbliżone i różnice procentowe pomiędzy nimi wahają się na poziomie od 3% do 16 % ( zadanie nr 1 – 3%, zadanie 2 – 14 %, zadanie 4 -8 %, zadanie 5 -16 %).

Według oceny Izby takie różnice cenowe pomiędzy ofertami, uwzględniając obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego konieczność konkurencyjności ofert, nie naruszają zasad uczciwej konkurencji określonej w art.7 ust.1 ustawy, a Wykonawcy oferującemu najkorzystniejszą ofertę w takim przypadku, nie można postawić zarzutu zaofiarowania rażąco niskiej ceny.

Przy czym na rozprawie Zamawiający wyjaśnił powód powstania znaczącej różnicy w cenach na zadanie nr 3 ( 25 %), gdzie omyłkowo w formularzu cenowym do wyliczenia ceny wywozu odpadów w zakresie gruzu zwiększono dziesięciokrotnie wielkość maksymalnej ilości gruzu do określonej wielkości maksymalnej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( str. 4 SIWZ - zadanie nr 3 ) to jest z 75 ton ( SIWZ) do omyłkowo 775 ton ( zał. Nr 2 do SIWZ tabela nr 2 Odbiór gruzu l p.3 zadanie nr 3). Przy znaczących różnicach cen jednostkowych wywozu gruzu pomiędzy ofertą Odwołującego i Wykonawcy wybranego powstała w sposób nieuzasadniony tak znacząca różnica w ogólnej cenie ofertowej na zadanie nr 3.

Skład orzekający Izby uwzględniając tą omyłkę, nie mającą wpływu na wynik postępowania ( oferty wszystkich wykonawców zawierają wyliczenia ceny w oparciu o pomyłkowo zawyżoną ilość gruzu ) stwierdził, że różnica cenowa pomiędzy ofertami Odwołującego i Wykonawcy wybranego mieści się w granicach wyżej podanych ( od 3 % do 16 %).

Skład orzekający Izby nie uznał za zasadne, twierdzenia Odwołującego, że należy porównywać ceny Wykonawcy wybranego z cenami Wykonawcy trzeciego, ( oferującego ceny o ok. 30 % wyższe ), a nie z cenami Odwołującego, w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny, z uwagi na kondycję techniczno – organizacyjną Wykonawcy wybranego.

Odwołujący bowiem nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń, że Wykonawca wybrany jest gorzej przygotowany do świadczenia usług niż Odwołujący. Takiemu twierdzeniu Odwołującego zaprzeczył Zamawiający, który powołał się na współpracę z obydwoma firmami od szeregu lat.

Nawet gdyby uznać za zasadne twierdzenie Odwołującego o konieczności nabycia pojemników i kontenerów przez Wykonawcę wybranego to w obrocie gospodarczym obowiązują różne formy nabycia środków pracy, począwszy od najmu poprzez zakup ratalny do zakupu gotówkowego włącznie, co w różny sposób wpływa na rozłożenie kosztów co do ich wysokości i rozłożenia w czasie.

Także nie można przyjąć prostego odzwierciedlenia wpływu opłat środowiskowych na ceny. Po pierwsze opłaty środowiskowe uiszcza prowadzący składowiska odpadów komunalnych, a nie wykonawcy odbierający odpady z posesji, a po drugie wykonawca ma prawo zrezygnować z części zysku na rzecz pokrycia kosztów działalności w tym przewidzianych opłat środowiskowych.

Nieuwzględnienie przez Izbę zarzutu nierealności zaoficerowanej ceny przez Wykonawcę wybranego należało również rozpatrzyć w aspekcie zmiany cen w porównaniu do okresu poprzedzającego złożenie ofert. Takiej analizy dokonali : Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu i Odwołujący w odwołaniu oraz potwierdzili na rozprawie, że porównując ceny w latach 2006 i 2007 r. w zadaniach 1 -5 wykonawców wygrywających wówczas przetarg na wywóz odpadów to należy stwierdzić, że ich ceny uległy następującym podwyżkom : w zadaniu nr 1 – Odwołujący podwyższył cenę o 25 %, w zadaniu nr 2 – Wykonawca wybrany podwyższył cenę o 46 %, w zadaniu nr 3 Odwołujący podwyższył cenę o 43 %, w zadaniu nr 4 Odwołujący podwyższył cenę o 38 %, w zadaniu nr 5 Wykonawca wybrany podwyższył cenę o 16 %.

Z powyższego zestawienia wynika, że obydwie firmy to jest zarówno firma Odwołującego jak i firma Wykonawcy wybranego w podobnym stopniu podwyższyli ceny.

Izba nie przyjęła za udowodnione wyższe ceny Wykonawcy wybranego , na podstawie przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie kalkulacji cen załączonych przy piśmie z dnia 04.03.2008r. z uwagi przede wszystkim na to, że obecny przedstawiciel Zamawiającego na rozprawie zakwestionował przyjęte do kalkulacji ceny stawek podstawowych oraz normy, a ich przyjęcie nie zostało wykazane żadnymi wiarygodnymi dokumentami w formie rachunków, faktur, umów. Załączona korespondencja oraz tzw. Cennik mogą stanowić jedynie dowód na zaproszenie kontrahentów do negocjacji, a nie na dowód stosowanych cen, a tym bardziej co do oceny opłacalności ich stosowania.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego co do braku podstaw porównywania cen ofertowych w zakresie ich realności wprost na podstawie wartości szacunkowej w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ wartość zamówienia została ustalona według reguł art. 34 ust. 1 ustawy. O powyższym uczestnicy postępowania zostali poinformowani przez Zamawiającego w udzielonej odpowiedzi na pytania w piśmie z dnia 07.01.2008r. Z wyjaśnień przedstawiciela Zamawiającego na rozprawie wynika, że stosując zasadę art.34 ust.1 wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na podstawie cen ubiegłorocznych z uwzględnieniem średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Natomiast nie uwzględniono zmiany zakresu usług w związku z wprowadzeniem selekcji odpadów( dwa pojemniki na każdym obiekcie – jeden pojemnik -odpady podlegające biodegradacji – drugi pojemnik – odpady pozostałe ) oraz pięciokrotnej podwyżki opłaty środowiskowej. Przy czym należy wskazać, że zapisy SIWZ informowały wykonawców o powyższych rozwiązaniach prawnych obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu. O słuszności twierdzeń w tym zakresie Odwołującego świadczy chociażby fakt, że wszyscy wykonawcy składający oferty zaproponowali ceny wyższe niż wynikające z wartości szacunkowej zamówienia.

Niemniej okoliczność, iż Wykonawca wybrany zaproponował ceny wyższe niż ceny wynikające z szacunkowej wartości zamówienia wskazuje na to, że prawidłowo wyliczył zaoferowane ceny usług i zarzut Odwołującego o rażąco niskiej cenie Wykonawcy wybranego nie potwierdził się.

Reasumując powyższe wywody skład orzekający Izby nie uznał za słuszne i udowodnione zarzuty Odwołującego co do braku realności zaoferowanych cen przez Wykonawcę wybranego, a tym samym nie uznał za słuszny zarzut skierowany pod adresem Zamawiającego co do naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art.89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy uznając za usprawiedliwione koszty zastępstwa i poniesione wydatki do łącznej kwoty 2.000,00 zł. brutto w szczególności stosownie do nakładu pracy przyczyniającego się do wyjaśnienia sprawy zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 09.07.2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołań oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2007 Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*