

WYROK

z dnia 26 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Bogdan Artymowicz

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 czerwca 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze; 2) Zakład Oczyszczania Miasta Tros-Eko Sp. z o.o., ul. Bażantów 17, 43-450 Ustroń**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Dębowiec ul. Katowicka 6, 43-426 Dębowiec**, przy udziale wykonawcy:

Z..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOM P.U.H. Z..... J....., ul. Tulipanów 3, 43-246 Zabłocie, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze; 2) Zakład Oczyszczania Miasta Tros-Eko Sp. z o.o., ul. Bażantów 17, 43-450 Ustroń,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha**

10, 41-800 Zabrze; 2) Zakład Oczyszczania Miasta Tros-Eko Sp. z o.o., ul. Bażantów 17, 43-450 Ustroń, tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze; 2) Zakład Oczyszczania Miasta Tros-Eko Sp. z o.o., ul. Bażantów 17, 43-450 Ustroń** na rzecz **Gminy Dębowiec ul. Katowicka 6, 43-426 Dębowiec** kwotę **3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, z terenu Gminy Dębowiec” (Biuletyn Zamówień Publicznych poz. 161108 z 23.04.2013 r.), w dniu 10 czerwca 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (lider); 2) Zakład Oczyszczania Miasta Tros-Eko Sp. z o.o. z siedzibą w Ustroniu, zwane dalej także konsorcjum A.S.A., w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołanie zostało wniesione wobec powiadomienia w dniu 5 czerwca 2013 r. o odrzuceniu oferty odwołującego - na następujące czynności:

- 1) odrzucenia oferty odwołującego pomimo braku zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.U.H. EKOM Z..... J..... (zwanego dalej P.U.H. EKOM), pomimo iż oferta przedstawiona przez P.U.H. EKOM nie była najkorzystniejsza;
- 2) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Dębowiec naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum A.S.A., mimo iż odpowiadała ona treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp oraz w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (tekst jedn. Dz. U. z 2013 roku, poz. 385) poprzez odrzucenie oferty konsorcjum A.S.A., mimo iż była ona zgodna z ustawą Pzp;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 oraz 3 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień, podczas gdy

przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji poprzez odrzucenie oferty odwołującego;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz wybór oferty P.U.H. EKOM z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, tj. P.U.H. EKOM, pomimo że wybrany on został niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 3) wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 4) zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, iż stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia ustawy Pzp przez zamawiającego. Oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą według kryteriów, a zatem, gdyby nie została odrzucona z postępowania, zostałaaby wybrana. Zamawiający w ocenie odwołującego, bezprawnie odrzucił złożoną ofertę, pomimo faktu, iż była ona zgodna zarówno z ustawą Pzp jak i z SIWZ, a ponadto nie zawierała ceny rażąco niskiej. W przypadku uznania, iż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, to odwołujący uzyskałby dla siebie przedmiotowe zamówienie. Szkodą, jaką odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty, pomimo iż spełniała ona wszystkie wymagania określone w SIWZ odwołujący wyjaśniał, że jak wynika z treści

uzasadnienia faktycznego kwestionowanej czynności, zamawiający uznał m.in., że oferta jest niezgodna z SIWZ.

Zdaniem zamawiającego, „zastosowanie stawki ujemnej za odbiór odpadów selektywnych skutkuje odmienną, niż wynikająca z umowy dołączonej do SIWZ, metodą rozliczenia wynagrodzenia za wykonane usługi”.

Odwołujący potwierdził jednocześnie, że mając na względzie postanowienia SIWZ, w szczególności zaś rozdział XI pkt. 3 i 4 SIWZ, złożył ofertę, w której wycenił odbiór odpadów zebranych selektywnie (zarówno z nieruchomości zamieszkałych jak i niezamieszkałych) na kwotę ujemną, tj. - 2,00 zł netto za miesięczny odbiór tych odpadów. Niemniej jednak argumentował, że odbiór odpadów zmieszanych, zarówno z nieruchomości zamieszkałych jak i niezamieszkałych, odwołujący wycenił na kwoty dodatnie, odpowiednio 12,96 zł brutto oraz 34, 56 zł brutto.

Odwołujący zaznaczał, że całkowita wartość wynagrodzenia należnego odwołującemu od zamawiającego za wykonanie przedmiotu zamówienia wyraża się kwotą dodatnią. Bez znaczenia uznał fakt, iż zamawiający nie żądał podania takiej kwoty (ceny) w ofertach.

Odwołujący zwracał uwagę, iż żadne z postanowień SIWZ nie zabrania bezpośrednio, ani pośrednio podania wartości ujemnej dla ceny częściowej. W rozdziale XI pkt. 3 i 4 SIWZ znajdują się jedynie postanowienia zakazujące określania kwot Cjzm oraz Cjs jako „równych 0”.

Odwołujący przekonywał, że rzetelnie podszedł do wyceny kwot żądanych do wskazania przez zamawiającego w ofercie - jako cen jednostkowych (a w istocie będących jedynie składnikami cenotwórczymi). Zgodnie bowiem z rozdziałem XI pkt 3 SIWZ, „Cenę ofertową Cjzm należy obliczyć wg wzoru:

$C_{jzm} = K_{oz} + K_{ps}$ [PLN], gdzie:

Cjzm, - cena jednostkowa odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych, przypadająca na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc,

Koz - koszt odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przypadający na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc,

Kps - koszt prowadzenia, utrzymania i eksploatacji punktu selektywnego zbierania odpadów przypadający na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc.

Odwołujący, po zastosowaniu się do wzoru określonego przez zamawiającego, uzyskał kwotę przypadającą na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc w wysokości 12 zł.

Z kolei, zgodnie z rozdziałem XI pkt 4 SIWZ, „Cenę ofertową Cjs należy wyliczyć według wzoru:

$Cjs = (Cjzm - (Zzp + Zztw + Zzm + Zzs))$ [PLN], gdzie:

Cjs - cena jednostkowa odbioru i zagospodarowania pozostałości z sortowania odpadów, przypadająca na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc, z uwzględnieniem tych frakcji wskazanych w Cz. I pkt 1, które nie podlegają segregacji,

Zzp - zysk z zagospodarowania odpadów z papieru i tektury oraz opakowań z papieru i tektury, przypadający na statystycznego mieszkańca gminy,

Zztw - zysk z zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych oraz opakowań z tworzyw sztucznych, przypadający na jednego statystycznego mieszkańca gminy,

Zzm - zysk z zagospodarowania odpadów metali i opakowań z metali, przypadający na jednego statystycznego mieszkańca gminy,

Zzs - zysk z zagospodarowania odpadów ze szkła i opakowań ze szkła, przypadający na jednego statystycznego mieszkańca gminy.

Odwołujący podał, że dokonując obliczenia kwoty Cjs ustalił, że łączny zysk z zagospodarowania odpadów zebranych selektywnie przypadający miesięcznie na statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec wyniesie 14 zł. Następnie, wykonał działanie odejmowania, zgodnie z wzorem zawartym w SIWZ. Analogicznie odwołujący obliczył wartości Cpzm oraz Cps odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych.

Odwołujący wskazywał, iż zamawiający nie wymagał załączenia do oferty szczegółowych kalkulacji odnośnie obliczenia poszczególnych „cen ofertowych”, gdyż SIWZ określając sposób obliczania ceny - nie zawiera szczegółowych wskazań, co do sposobu jej przedstawienia, w szczególności zaś nie zawiera zastrzeżenia, iż składnik ceny nie może być wartością ujemną.

W związku z czym, zdaniem odwołującego, skoro SIWZ nie wyłączyła wyraźnie możliwości składania ofert z ujemnymi cenami cząstkowymi, to zamawiający nie mógł podejmować w związku z tym negatywnych czynności względem wykonawcy. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z dnia 16 stycznia 2013 roku „*dane niezbędne do obliczenia ceny*”

ofert) powinny znajdować się w SIWZ. Niezamieszczenie ich w specyfikacji nie tylko narusza art. 29 p.z.p., ale też ustala preferencje na rzecz wykonawców aktualnie wykonujących tę usługę, którzy dane te posiadają, ” (sygn. akt KIO 2941/12).

Z powyższego odwołujący wywiódł, iż zamawiający nie może stosować interpretacji zapisów SIWZ w sposób zawężający, na niekorzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem KIO „niejasności SIWZ nie mogą obciążać wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2012 roku, sygn. akt KIO 2584/12).

Odnosząc się natomiast do twierdzeń zamawiającego w zakresie zaburzenia przyjętego mechanizmu rozliczeń, zwracał uwagę, na zasady rozliczania się zamawiającego oraz wykonawcy, określone w umowie. Zgodnie ze wzorem umowy, stanowiącym część SIWZ (§ 17 ust. 1 wzoru umowy): W trakcie trwania umowy, miesięczne wynagrodzenie wykonawcy będzie stanowić sumę:

- 1) liczby mieszkańców, od których odebrano odpady zmieszane pomnożonych przez cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów,
- 2) liczby mieszkańców, od których odebrano odpady poddane segregacji pomnożonych przez cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie odpadów poddanych segregacji,
- 3) liczby pojemników (w przeliczeniu na pojemniki 120 l) odebranych z terenu nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady, pomnożonych przez cenę jednostkową za odbiór pojemnika.

Zgodnie z informacjami zawartymi w rozdziale I SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), obszar Gminy Dębowiec zamieszkuje obecnie 5640 osób. Oznacza to, iż odpady zmieszane, o których mowa w § 17 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy odbierane będą od wszystkich mieszkańców Gminy Dębowiec. Faktem powszechnie znanym jest bowiem okoliczność, iż nawet w przypadku segregowania odpadów przez mieszkańca, w dalszym ciągu przekazuje on także frakcję zmieszaną .

Odwołujący założył, iż liczba mieszkańców, od których będą odbierane odpady z frakcji selektywnych (o których mowa w § 17 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy) z całą pewnością będzie niższa niż liczba mieszkańców Gminy Dębowiec ogółem. W treści SIWZ zamawiający nie podał żadnych danych odnośnie przewidywanej ilości mieszkańców, którzy będą uczestniczyć w selektywnej zbiórce odpadów.

Dopiero z treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty, odwołujący dowiedział się, że w Gminie Dębowiec, na 1537 podmiotów zobowiązanych do złożenia deklaracji 1466 zadeklarowało, że będzie segregować odpady. Przy czym, w dalszym ciągu nie wiadomo,

jaka część z ww. liczby podmiotów to właściciele nieruchomości zamieszkałych, a jaka część to właściciele nieruchomości niezamieszkałych.

Odnosząc się natomiast do wynagrodzenia określonego w § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, odwołujący wyjaśniał, że zamawiający wymagał podania dwóch odrębnych cen za odbiór przeliczeniowych pojemników o pojemności 120 l - Cpz oraz Cps. Nie wiadomo która z tych cen zostanie wpisana do umowy w przedmiotowym § 17 ust.1 pkt 3. Odwołujący zakładał, iż będzie to średnia arytmetyczna z dwóch podanych w ofercie kwot. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z dnia 27 lipca 2012 roku *„wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania zawarte w postanowieniach SIWZ, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia”* (KIO 1199/12; KIO 1205/12).

Za całkowicie bezpodstawne uznał odwołujący twierdzenia zamawiającego, iż jako wykonawca *„oferuje Zamawiającemu zawarcie umowy, której przedmiotem będzie: z jednej strony wykonanie przez wykonawcę usługi odbioru odpadów i sprzedaż odpadów przez zamawiającego na rzecz wykonawcy - z drugiej strony, oraz kompensata wzajemnych wierzytelności”*. Jak wynika bowiem wprost z § 17 ust. 4 wzoru umowy, wynagrodzenie obejmujące wszystkie elementy składowe określone w ust. 1, będzie ujęte w jednej fakturze. Odwołujący przekonywał, że jedna faktura miesięczna będzie przedmiotem rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą. W świetle powyższego, podkreślał, że wynagrodzenie za wszystkie rodzaje zebranych odpadów będzie płatne łącznie.

Odwołujący przekonywał dalej, że z powyższego można wywnioskować, iż wskazaną w ofercie wartość ujemną należy potraktować jako rabat kwotowy, jakiego odwołujący udzieli zamawiającemu z tytułu odebranych od właścicieli nieruchomości położonych w Gminie Dębowiec odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny. Przywoływał jako powszechnie znany fakt, sprzedaży surowców wtórnych przez wykonawców i uzyskiwanie z tego tytułu przychodów, co zresztą przyznał sam zamawiający.

Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 6 listopada 2012 roku *„Badanie ceny oferty może nastąpić wyłącznie w odniesieniu do sposobu jej obliczenia wskazanego w SIWZ. Odrzucenie oferty (...) następuje w sytuacji, gdy opisane w SIWZ wymagania zamawiającego w tej mierze nie zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy,”* (sygn. akt KIO 2294/12).

Odwołującego wywodził, iż w przypadku jego oferty - zamawiający „karze” go jedynie za fakt rzetelnego skalkulowania poszczególnych składników cenotwórczych zgodnie z podanymi w SIWZ wzorami na ich obliczenie.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podniósł, iż cena oferowana przez odwołującego jest ujemna, w związku z czym jest sprzeczna z definicją ceny zamieszczoną w ustawie z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (tekst jedn. Dz. U. z 2013 roku, poz. 385), do której odsyła art. 2 pkt 1 Pzp. Argumentację przedstawioną przez zamawiającego, że oferta z ceną ujemną jest sprzeczna z ustawą, a zatem musiała zostać odrzucona, uznał odwołujący za bezzasadną i niemającą odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach. Odwołujący zaprzeczył, jakoby wskazał w swojej ofercie łączną „cenę ujemną” i wyjaśniał, że podane przez odwołującego wartości ujemne były wyłącznie jednymi z wielu elementów składowych wpływających na cenę oferty, nie zaś ceną samej oferty (w rozumieniu art. 2 pkt 1 Pzp), która jest w swej istocie wartością dodatnią.

W ocenie odwołującego, żadna z kwot wymienionych w poz. 1-4 formularza oferty nie jest ceną w rozumieniu ustawy o cenach, tj. wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Usługa świadczona przez wykonawcę będzie bowiem rozliczana miesięcznie, w sposób określony w § 17 ust. 1 wzoru umowy, opisany powyżej, zaś przedmiotowe kwoty stanowią jedynie składniki cenotwórcze. Odwołujący zaznaczał, że okoliczność, iż zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców w treści formularza oferty łącznej ceny ofertowej, nie może działać na jego niekorzyść.

Odwołujący powoływał się na specyfikę zamówień publicznych, a w szczególności kalkulowania cen ofertowych, gdzie przepisy ustawy o cenach, poza samym pojęciem ceny (oferty) nie mają zastosowania. Ustawa o cenach dokonuje bowiem w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 98/6/WE z dnia 16 lutego 1998 r. w sprawie ochrony konsumenta poprzez podawanie cen produktów oferowanych konsumentom (Dz. Urz. WE L 80 z 04.07.1998), nie odnosi się ona zatem do materii zamówień publicznych, której domeną jest obrót profesjonalny. Powyższą okoliczność dostrzegła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1093/08): *„Skoro pojęcie 'cena' odnosi się na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych do ceny oferty, a posłtkowo stosować można wyłącznie przepisy Kodeksu cywilnego, to nie ma podstaw prawnych do odwołania się do ustawy o cenach w zakresie niezgodności z jej przepisami jednej pozycji kosztorysu ofertowego i wywodzenia na tej podstawie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ bądź domagania się odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych”*.

Odwołujący przywołał kolejny wyrok KIO: z dnia 21 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2645/10): *„przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie ('cena' odnoszą wyłącznie do ceny oferty (np. art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2) i w tym też zakresie znajduje zastosowanie*

definicja ceny zawarta w ustawie o cenach. Zdaniem Izby badanie zgodności z przywołanymi przepisami pojedynczej pozycji kalkulacji w ofercie Odwołującego nie jest prawidłowe. (...) Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, który niniejszą regulację ustawy o cenach odnosi do poszczególnych składników ceny, a nie ceny całkowitej oferty wskazując na zapisy siwz, w których określił, że cena oferty i jej elementy oraz ceny jednostkowe muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (groszy)”.

Za całkowicie błędne uznał odwołujący twierdzenie, iż cena w rozumieniu ustawy Pzp to także cena częściowa. Ustawa Pzp pojęcie ceny odnosi bowiem wyłącznie do całkowitej ceny oferty, np. art. 2 pkt 5, art. 91 ust. 2 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 138c ust. 2 Pzp. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1159/13) wskazano, że „przepisy obowiązującego prawa nie nakładają na wykonawcę obowiązku podawania jedynie dodatnich cen częściowych”. Z powyższego, odwołujący wywodził, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było całkowicie bezpodstawne.

W uzasadnieniu swego stanowiska, odnoszącego się do uznania oferty za zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący wyjaśniał, że dnia 16 maja 2013 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanych kwot Cjs i Cps. Odwołujący odpowiadając na przedmiotowe wezwanie udzielił w dniu 21 maja 2013 r. stosownych wyjaśnień.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego podniósł, iż w oparciu o powyższe wyjaśnienia ceny oferty „nie można uznać za obiektywny czynnik wyróżniający ją spośród innych firm składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu”.

Argumentację wskazaną przez zamawiającego, odwołujący poczytał za chybioną oraz pozbawioną merytorycznych podstaw.

Zaznaczał, iż odpowiadając na ww. wezwanie wyjaśnił, iż biorąc pod uwagę swoje wieloletnie doświadczenie w zbieraniu odpadów, ustalając koszt odbioru odpadów segregowanych na wartość ujemną, uwzględnił zysk, jaki przyniosą kwoty uzyskiwane ze sprzedaży surowców wtórnych. W związku z powyższym odwołujący jest w stanie w niskim koszcie odebrać i wysegregować surowce, które można sprzedać w cenach dostępnych tylko dla dostawców oferujących ilości przekraczające 1000 Mg rocznie. Przy czym podkreślił, iż szczegółowe dane zostały przez odwołującego ujęte w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący przywoływał okoliczność, że ustawodawca celowo posługuje się określeniem „rażąca”, a nie na przykład „bardzo niska”, czy „wyjątkowo niska”. Przymiotnik

ten jest nacechowany negatywnym natężeniem. Kluczowe znaczenie w przedmiotowej sprawie ma więc określenie znamion ceny rażąco niskiej, gdyż tylko ta przesłanka może uzasadniać odrzucenie oferty wykonawcy. Przy czym „Nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1483/10, LEX nr 616645). W tym zakresie, fakt iż zamawiającemu „wydaje się”, że ma do czynienia z ceną rażąco niską, nie jest wystarczający do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Sam bowiem fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców, nie uprawnia do twierdzenia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić (mieć przypuszczenia), że ceny konkurentów są zaniżone (orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 7 stycznia 2010 roku, sygn. akt DFP-RKO-540-2/9/09, Biul. NDFP 2010/2/6).

Odwołujący zwracał uwagę, że pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej oferty, nie zaś do cen częściowych. Nawet jeżeli jedna z cen częściowych byłaby rażąco niska (czemu odwołujący zaprzeczył), to dopiero ocena ceny całkowitej oferty, jako rażąco niskiej, dawałaby podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wybrany wykonawca uzyskuje wynagrodzenie za wszystkie swoje świadczenia objęte umową, a zatem tylko na tym tle rozważać można, czy nie jest on w stanie rzetelnie wykonać zamówienia, w ramach zaoferowanej ceny. Nawet gdyby jeden ze składników oferty został wyceniony nadmiernie nisko, nie gwarantując wykonawcy zysku (czemu odwołujący zaprzeczył), to zysk ten wykonawca może osiągnąć wykonując inne elementy zamówienia. Natomiast zamawiający w uzasadnieniu swojej czynności odrzucenia oferty odwołującego ze względu na rażąco niską cenę, w ogóle nie odniósł się do ceny całkowitej kwestionowanej oferty. Swoje zarzuty zamawiający skupił bowiem jedynie na kwestionowaniu realności podanej ceny ujemnej, będącej jedynie ceną częściową, (ku czemu zamawiający będący gminą, nie ma żadnych kompetencji).

Za niemającą kompletnie żadnego znaczenia uznał odwołujący okoliczność, iż w poprzednim postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego (a następnie unieważnionym) konsorcjum odwołujące złożyło ofertę z ceną jednostkową Cjs i Cps „0,08 zł”. Zamawiający podnosi, iż jego zdaniem „w okresie między złożeniem oferty w pierwszym przetargu a terminem składania ofert w drugim przetargu na odbiór odpadów, nie zaszły żadne znaczące zmiany na rynku gospodarowania odpadami, które mogłyby spowodować takie obniżenie ceny”. Żaden przepis prawa nie nakłada na wykonawców obowiązku

składania w kolejnych przetargach organizowanych przez danego zamawiającego takich samych ofert. Tym niemniej, odwołujący stwierdził, iż mógł pozwolić sobie na zaoferowanie korzystniejszej cenowo oferty m.in. z uwagi na fakt uzyskania zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w sąsiedniej gminie Hażlach.

Reasumując, uznał że skoro zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu swojej czynności, że cena całkowita jest rażąco niska, to należy przyjąć, że takiego zarzutu pod adresem odwołującego w ogóle nie sformułował. Zatem, czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, została podjęta jedynie po częściowej i wybiórczej ocenie składników ceny ostatecznej zawartej w ofercie odwołującego, w związku z czym czynność ta nie znajduje uzasadnienia i powinna zostać unieważniona przez Izbę.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty EKOM z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z ustawą Pzp, odwołujący podnosił, iż zamawiający niewątpliwie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż jego ofertę ocenił nierzetelnie, stronniczo i wybiórczo. Tak samo zamawiający potraktował logiczne i wyczerpujące wyjaśnienia odwołującego, dotyczące ujemnej ceny częściowej w ofercie. Tym samym, zamawiający nie zapewnił poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Całość powyżej sformułowanych zarzutów względem czynności zamawiającego, uzasadnia również twierdzenie, iż oferta EKOM została wybrana na skutek naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, w związku z czym, również i ta czynność, w przeświadczeniu odwołującego powinna zostać przez zamawiającego unieważniona.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Postępowanie prowadzone jest w procedurze poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy odrzucenia oferty odwołującego, jest więc dopuszczalne przez przepis 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 czerwca 2013 r. do postępowania odwoławczego zgłosił w dniu 14 czerwca 2013 r. pisemne przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Z..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOM P.U.H. Z..... J....., z siedzibą w Zabłociu, w kopii przesłane stronom, który powołał się na swój interes w utrzymaniu wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę wybranego Z..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOM P.U.H. Z..... J....., zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron, dowodów wnioskowanych przez zamawiającego, tj. dokumentu roboczego zestawienia cen całkowitych ofert i punktacji.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego, z zawiadomienia o wynikach innych przetargów, gdzie odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia przy zastosowaniu cen ujemnych, gdyż dowody te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Rozdział I SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, z terenu Gminy Dębowiec”.

W rozdziale I SIWZ zamawiający opisał rodzaje odpadów podlegających odbiorowi oraz ich przewidywane ilości.

W rozdziale I.3 SIWZ zamawiający opisał wymogi dotyczące postępowania z odpadami zbieranymi selektywnie.

W rozdziale I.9 SIWZ zamawiający opisał inne wymogi. Zamawiający załącza do SIWZ wzór umowy (załącznik nr 3), w którym wymieniono:

1. obowiązki wykonawcy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia,
2. Dane ilościowe pozwalające ocenić wartość oferty:
 - 1) liczba mieszkańców, którzy będą objęci usługą odbierania odpadów komunalnych – ok. 5640 osób,
 - 7) szacunkowa liczba nieruchomości niezamieszkałych -160 nieruchomości.

Rozdział III SIWZ Termin wykonania zamówienia 12 miesięcy od dnia 1 lipca 2013 r.

Rozdział IX punkt B SIWZ. Formularz ofertowy stanowi załącznik nr 1 do SIWZ.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 6 maja 2013 r.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 648 148,18 zł bez podatku VAT.

Rozdział XI SIWZ Sposób obliczenia ceny.

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca podał w formularzu ofertowym:

- a) **Cjzm** - cenę odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych w przypadku, gdy właściciel nieruchomości zamieszkałej zadeklarował, że nie będzie zbierał odpadów w sposób selektywny, przypadającą na jednego statystycznego mieszkańca gminy Dębowiec na miesiąc, zawierającą koszt wywozu wszystkich frakcji wskazanych w Cz. I pkt 1;
- b) **Cjs** - cenę ofertową odbioru i zagospodarowania odpadów, które pozostały po wyodrębnieniu odpadów z papieru, szkła, tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych oraz koszt odbioru odpadów zbieranych w sposób selektywny, w przypadku, gdy właściciel nieruchomości zamieszkałej zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny, przypadającą na jednego statystycznego mieszkańca gminy Dębowiec na miesiąc, z uwzględnieniem tych frakcji wskazanych w Cz.I pkt I, które nie podlegają segregacji;
- c) **Cpz** - cenę ofertową odbioru z terenu nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady, pojemnika o pojemności 120 l - dotyczy odpadów zmieszanych w przypadku, gdy właściciel tej nieruchomości zadeklarował, że nie będzie zbierał odpadów w sposób selektywny (w przypadku pojemników innych, np.: 240 l, 1.100 l cena będzie naliczana proporcjonalnie);
- d) **Cps** - cenę ofertową odbioru z terenu nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady pojemnika o pojemności 120 l z odpadami, które pozostały po wyodrębnieniu odpadów z papieru, szkła, tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych oraz koszt odbioru odpadów zbieranych w sposób selektywny - w przypadku, gdy właściciel nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady komunalne zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny (w przypadku pojemników innych, np.: 240 l, 1.100 l cena będzie naliczana proporcjonalnie);
- e) **PR** - deklarowany poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zabudowanych i niezabudowanych na terenie gminy Dębowiec, ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania wyrażony w %;
- f) **Ppmts** - deklarowany poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych

odebranych od właścicieli nieruchomości zabudowanych i niezabudowanych na terenie gminy Dębowiec, takich jak papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło oraz odpadów opakowaniowych z papieru i tektury, tworzyw sztucznych, metali, szkła i opakowań wielomateriałowych wyrażony w %;

g) częstotliwość otwarcia punktu selektywnego zbierania odpadów, rozumiana jako ilość dni w miesiącu, w których ten punkt będzie udostępniany mieszkańcom gminy Dębowiec przez co najmniej 5 godzin dziennie;

2. Ceny ofertowe uwzględniają wszystkie koszty, narzuty i upusty, oraz podatki związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

3. Cenę ofertową Cjzm należy obliczyć wg wzoru;

$C_{jzm} = Koz + Kps[PLN]$ gdzie:

Cjzm-cena jednostkowa odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych, przypadająca na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc,

KOZ- koszt odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przypadający na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc,

Kps - koszt prowadzenia, utrzymania i eksploatacji punktu selektywnego zbierania odpadów przypadający na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc.

Cena ofertowa Cjzm nie może być równa „0”

4. Cenę ofertową Cjs należy wyliczyć według wzoru: $C_{js} = (C_{jzm} - (Z_{zp} + Z_{ztw} + Z_{zm} + Z_{zs})) [PLN]$, gdzie:

Cjs - cena jednostkowa odbioru i zagospodarowania pozostałości z sortowania odpadów, przypadająca na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc, z uwzględnieniem tych frakcji wskazanych w Cz.I pkt I, które nie podlegają segregacji,

Zzp - zysk z zagospodarowania odpadów z papieru i tektury oraz opakowań z papieru i tektury, przypadający na statystycznego mieszkańca gminy,

Zztw - zysk z zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych oraz opakowań z tworzyw sztucznych, przypadający na jednego statystycznego mieszkańca gminy,

Zzm - zysk z zagospodarowania odpadów metali i opakowań z metali, przypadający na jednego statystycznego mieszkańca gminy,

Zzs - zysk z zagospodarowania odpadów ze szkła i opakowań ze szkła, przypadający na jednego statystycznego mieszkańca gminy.

Cena ofertowa Cjs nie może być równa „0”

5. Ceny ofertowe należy podać w walucie polskiej z dokładnością do 1 grosza,
6. Ceny ofertowe winny być obliczone przy zachowaniu zasad staranności, wiedzy technicznej, w oparciu o niniejszą specyfikację istotnych warunków zamówienia; zalecana jest wizja lokalna w terenie.

XII. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert.

1. Zamawiający dokona oceny ofert przez zastosowanie następujących kryteriów:

- a) kryterium ceny odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych, w przypadku, gdy właściciel nieruchomości zamieszkałej zadeklarował, że nie będzie zbierał odpadów w sposób selektywny - waga kryterium: 15 %,
- b) kryterium ceny odbioru i zagospodarowania pozostałości z segregowania odpadów, w przypadku, gdy właściciel nieruchomości zamieszkałej zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny - waga kryterium: 30%,
- c) kryterium ceny odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych zgromadzonych w pojemnikach o pojemności 120 l z terenu nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady komunalne, w przypadku, gdy właściciel tej nieruchomości zadeklarował, że nie będzie zbierał odpadów w sposób selektywny - waga kryterium 10%,
- d) kryterium ceny odbioru i zagospodarowania pozostałości z segregowania odpadów, w przypadku, gdy właściciel nieruchomości niezamieszkałej na której powstają odpady komunalne zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny, zgromadzonych w pojemnikach o pojemności 120 l - waga kryterium 20%,
- e) kryterium deklarowanego poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania odebranych z terenu Gminy Dębowiec (wymienionych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 25 maja 2012 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów - Dz.U.2012,676) - wyrażony w % - waga kryterium 10%,

- i) kryterium deklarowanego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Dębowiec (wymienionych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 czerwca 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych - Dz.U.2012.645) - wyrażony w % - waga kryterium 10%,
- g) kryterium częstotliwości otwarcia punktu selektywnej zbiórki odpadów w każdym miesiącu obowiązywania umowy, podana w dniach, przy założeniu, że w danym dniu punkt będzie otwarty co najmniej przez 5 godzin - waga kryterium 5%.

2. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwięcej punktów z sumy punktów dla kryterium ceny i kryterium zagospodarowania odpadów.

3. Do obliczenia punktów dla kryterium ceny odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych z terenu nieruchomości zamieszkałej zamawiający zastosuje następujący wzór:

najniższa oferowana cena Cjzm z ofert ważnych

Ilość pkt = * 100 * 0,15 (waga kryterium)

cena danej oferty Cjzm

4. Do obliczenia punktów dla kryterium ceny odbioru i zagospodarowania pozostałości z sortowania odpadów, z terenu nieruchomości zamieszkałej Zamawiający zastosuje następujący wzór:

najniższa oferowana cena Cjs z ofert ważnych

Ilość pkt = * 100 * 0,30 (waga kryterium)

cena danej oferty Cjs

5. Do obliczenia punktów za kryterium ceny odbioru odpadów zmieszanych z terenu nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady, pojemnika o pojemności 120 l Zamawiający zastosuje następujący wzór:

najniższa oferowana cena Cpz z ofert ważnych

Ilość pkt = * 100 * 0,10 (waga kryterium)

cena danej oferty Cpz

6. Do obliczenia punktów za kryterium ceny odbioru pozostałości z sortowania odpadów z terenu nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady, pojemnika o pojemności 120 l Zamawiający zastosuje następujący wzór:

najniższa oferowana cena Cps z ofert ważnych

Ilość pkt = * 100 * 0,20 (waga kryterium)

cena danej oferty Cps

Punkt 10 Zamawiający dokona wyboru oferty, dla której suma punktów uzyskana z wyliczeń określonych w punktach 3-9 będzie najwyższa.

Wzór umowy §17 Wynagrodzenie, przewiduje.

W trakcie trwania umowy, miesięczne wynagrodzenie wykonawcy będzie stanowić sumę:

- 1) liczby mieszkańców, od których odebrano odpadów zmieszane pomnożonych przez cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów,
- 2) liczby mieszkańców, od których odebrano odpady poddane segregacji pomnożonych przez cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie odpadów poddanych segregacji,
- 3) liczby pojemników (w przeliczeniu na pojemniki 120 l) odebranych z terenu nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady, pomnożonych przez cenę jednostkową za odbiór pojemnika.

2. Strony ustalają następujące ceny jednostkowe:

- 1) cena za odbiór odpadów zmieszanych zł netto
- 2) cena za odbiór odpadów poddanych segregacji zł netto,
- 3) cena za odbiór pojemnika 120 l odpadów z terenu nieruchomości niezamieszkałych zł netto

3. Do cen określonych w ust. 2 zostanie doliczony podatek VAT wg stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury VAT

4. Termin płatności wynosi 14 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z rozliczeniem.

Oferty złożyli:

1. Odwołujący – ceny brutto usługi:
 - 1) $C_{jzm} = 12,96$ dot. odpadów zmieszanych na mieszkańca miesięcznie;
 - 2) $C_{js} = - 2,16$ zł dot. pozostałości z odpadów selektywnych od mieszkańca miesięcznie;
 - 3) $C_{pz} = 34,56$ dot. odpadów zmieszanych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik;
 - 4) $C_{ps} = - 2,16$ dot. pozostałości z odpadów selektywnych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik;

2. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z Rudy Śląskiej,
 - 1) $C_{jzm} = 8,50$ dot. odpadów zmieszanych na mieszkańca miesięcznie;
 - 2) $C_{js} = 5,09$ dot. pozostałości z odpadów selektywnych od mieszkańca miesięcznie;
 - 3) $C_{pz} = 22,00$ dot. odpadów zmieszanych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik;
 - 4) $C_{ps} = 14,90$ dot. pozostałości z odpadów selektywnych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik;

3. PUH EKOM Zdzisław Janota;
 - 1) $C_{jzm} = 7,56$ dot. odpadów zmieszanych na mieszkańca miesięcznie;
 - 2) $C_{js} = 4,104$ dot. pozostałości z odpadów selektywnych od mieszkańca miesięcznie;
 - 3) $C_{pz} = 9,72$ dot. odpadów zmieszanych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik;
 - 4) $C_{ps} = 7,56$ dot. pozostałości z odpadów selektywnych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik;

4. Przedsiębiorstwo Spedycyjno Transportowe Transgór S.A.
 - 1) $C_{jzm} = 7,24$ dot. odpadów zmieszanych na mieszkańca miesięcznie;

- 2) Cjs = 4,54 dot. pozostałości z odpadów selektywnych od mieszkańca miesięcznie;
- 3) Cpz = 19,44 dot. odpadów zmieszanych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik;
- 4) Cps = 10,80 dot. pozostałości z odpadów selektywnych z nieruchomości niezamieszkałych za pojemnik.

Pismem z dnia 16 maja 2013 r. zamawiający działając na podstawie w art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty oraz w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę: „Zgodnie z SIWZ elementami oferty było podanie ceny za:

„Cjs - cenę ofertową odbioru i zagospodarowania odpadów, które pozostały po wyodrębnieniu odpadów z papieru, szkła, tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych oraz koszt odbioru odpadów zbieranych w sposób selektywny, w przypadku, gdy właściciel nieruchomości zamieszkałej zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny, przypadającą na jednego statystycznego mieszkańca gminy Dębowiec na miesiąc, z uwzględnieniem tych frakcji wskazanych w Cz.I pkt 1, które nie podlegają segregacji;

Cps - cenę ofertową odbioru z terenu nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady pojemnika o pojemności 120 l z odpadami, które pozostały po wyodrębnieniu odpadów z papieru, szkła, tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych oraz koszt odbioru odpadów zbieranych w sposób selektywny - w przypadku, gdy właściciel nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady komunalne zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny (w przypadku pojemników innych, np.: 240 l, 1.100 l cena będzie naliczana proporcjonalnie);

W obu przypadkach zaproponowaliście Państwo cenę -2,16 zł, proszę o złożenie wyjaśnienia:

a) *jak należy rozumieć zapis w którym cena jest podana z „minusem”. W SIWZ Zamawiający wymagał aby cena była wyższa niż „0”,*

b) *zastosowania takiej ceny, uwzględniając postanowienia art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,*

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.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący podał:

Dot. „złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty oraz ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę pragnę podkreślić, iż cena -2,16zł podana przez nas w formularzu ofertowym jest ceną prawidłową, bowiem zgodnie z zapisem działu XI pkt. 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - cena ofertowa Cjs nie może być równa „0”. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż podana przez nas cena -2,16zł nie jest ceną równą zeru, ale ceną różną od zera.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych, które dzielą się na zmieszane odpady komunalne i odpady zbierane selektywnie. Przystępując do sporządzenia kalkulacji cen do oferty na „Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, z terenu Gminy Dębowiec”, oparliśmy się na naszych wieloletnich doświadczeniach w zakresie zbierania odpadów gromadzonych selektywnie.

Sporządzając kalkulację cen przedmiotowej oferty dokonaliśmy oszacowania prognozowanej masy odpadów, których odbiór i zagospodarowanie stanowi przedmiot niniejszego zamówienia na podstawie danych udostępnionych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz mając na uwadze zapis umieszczony w dziale XI pkt 2 SIWZ w myśl którego cyt: „Ceny ofertowe uwzględniają wszystkie koszty, narzuty i upusty, oraz podatki związane z realizacją przedmiotu zamówienia”.

Wskazana przez nas w formularzu ofertowym cena -2,16 zł stanowi różnicę pomiędzy ceną jednostkową odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych, a zyskiem osiąganym przez nas z zagospodarowania odpadów gromadzonych selektywnie.

Wskazane prognoza ilości surowców zbieranych selektywnie w ogólnej masie wytworzonych odpadów na terenie Gminy Dębowiec oraz nasze wieloletnie doświadczenie związane z selektywnym odbiorem odpadów dały nam wiedzę na temat kwot uzyskiwanych ze sprzedaży surowców wtórnych, w oparciu o którą możemy stwierdzić, iż z przychodów osiągniętych ze sprzedaży surowców zbieranych selektywnie uzyskamy środki, z których:

- pokryjemy koszty odbioru oraz sortowania w/w odpadów,
- pokryjemy koszty odbioru i zagospodarowania innych wymienionych przez Zamawiającego frakcji,
- osiągniemy zysk.

Nie możemy w tym miejscu nie wspomnieć, iż Spółki Naszej Grupy Kapitałowej od wielu lat prowadzą zbiórkę odpadów gromadzonych selektywnie, w tym również zbiórkę w systemie workowym, która funkcjonuje bardzo dobrze. Odbieramy bardzo duże ilości materiałów charakteryzujących się wysoką czystością (ponad 90% masy odebranych odpadów gromadzonych selektywnie stanowią surowce o wartości handlowej). W przypadku odpadów zebranych selektywnie z nieruchomości niezamieszkałych czystość materiału jest na równie wysokim, jak i nie wyższym poziomie.

Nasza firma należąc do międzynarodowego koncernu spółek grupy A.S.A., posiada takie atuty jak:

- wieloletnie międzynarodowe doświadczenie w dziedzinie odbioru odpadów
- rozległe kontakty handlowe
- możliwości negocjacji cen z największymi odbiorcami surowców
- wysoką skuteczność segregacji

Dzięki swoistej synergii naszych najlepszych stron jesteśmy w stanie w niskim koszcie odebrać i wysegregować surowce, które możemy sprzedać w cenach dostępnych tylko dla dostawców oferujących ilości przekraczające 1000 Mg rocznie. Na potwierdzenie tego faktu w tabeli poniżej podajemy średnie ceny w jakich spółki grupy A. S.A. sprzedawały surowce w roku 2012.

Tworzywa Sztuczne

PET niebieski PLN/Mg 1712

PET bezbarwny PLN/Mg 1874

PET zielony PLN/Mg 1674

KGSEM (tw. Zmieszane) PLN/Mg 342

Papier

Karton PLN/Mg 258

Papier zmieszany PLN/Mg184

Szkło

Szkło kolorowe PLN/Mg 93

Szkło białe PLN/Mg 164

inne

Baterie i akumulatory PLN/Mg 1483

Zużyty sprzęt elektroniczny PLN/Mg 2000

Zużyte Opony PLN/Mg 2

Ponadto w celu realizacji zamówienia planujemy wykorzystać posiadane, przez nas samochody, które są już zamortyzowane w związku z czym, nie kalkulowaliśmy kosztów amortyzacji oraz kosztów finansowych związanych z ich zakupem, w swoich zasobach mamy znaczną liczbę pojemników i kontenerów które planujemy wykorzystać przy realizacji przedmiotowego zamówienia, a których zakup został już zamortyzowany i w tej chwili nie stanowią one już dla nas żadnego kosztu, więc nie musimy ich kupować specjalnie dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto zbiórka odpadów gromadzonych selektywnie w systemie workowym jest realizowana przez naszą firmę już od kilku lat w związku z czym przy dużym zapotrzebowaniu na worki kupujemy je po bardzo niskich cenach co również znacząco wpływa na skalkulowanie ceny wykonania przez nas przedmiotowej usługi.

Pragniemy podkreślić, iż aby wygrać przetarg, a jednocześnie zapewnić sobie zysk, bardzo rozważnie kalkulujemy ceny realizowanych przez nas usług, w szczególności mając na uwadze, aby cena oferty była niska przez co i atrakcyjna, ale nadal korzystna dla nas. Dokonując kalkulacji ceny ofertowej opieramy się na stosowanych metodach wykonania zamówienia polegających na selektywnej zbiórce odpadów oraz odzysku materiałów wtórnych, stosowanych rozwiązaniach technicznych i logistycznych możliwościach, które mają istotny wpływ na wysokość proponowanej przez nas ceny, za którą jesteśmy w stanie zrealizować przedmiotowe zadanie. Przedmiotowa lista czynników wpływających na wysokość skalkulowanej ceny nie jest listą wyczerpującą i należy tutaj wziąć pod uwagę również inne obiektywne, a nie wyszczególnione powyżej czynniki zawarte w złożonych przez nas wyjaśnieniach.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż w systemie gospodarki wolnorynkowej konkurencja na rynku jest ogromna, a oferty składane przez konkurencyjnych przedsiębiorców mogą być dużo korzystniejsze. Przyczyn takiego faktu należy jednak poszukiwać w wewnętrznym działaniu danej firmy, a przede wszystkim w braku odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych, które umożliwiają lepsze przeprowadzanie badań rynku i orientacyjne określenie cen kształtujących się na danym obszarze. Bowiem „sam fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić (mieć przypuszczenie), że ceny konkurentów są zawyżone, (orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 7 stycznia 2010 roku sygn. akt DFP-RKO-540-2/9/09, Biuletyn NDFP 2010/2/6).

Jednocześnie odnosząc się do konieczności wykazania w niniejszych wyjaśnieniach obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy prosimy o wzięcie pod uwagę wyroku KIO z dnia 22 marca 2011 r. sygn. akt: KIO 476/11: „ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny. (...) w ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad

logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle cenę w określonym stanie faktycznym oraz czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane) i z tych przyczyn weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert innych wykonawców."

Pismem z dnia 6 czerwca zamawiający poinformował o wynikach przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego konsorcjum firm:

- A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze
- Zakład Oczyszczania Miasta Tros-Eko Sp. z o.o. ul. Bażantów 17, 43-450 Ustroń, na podstawie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, jako niezgodną z ustawą o cenach i ustawą Pzp,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- c) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, albowiem zawiera rażąco niską cenę.

„Uzasadnienie faktyczne:

W toku badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca zaproponował cenę:

- a) *„- 2,16" za Cjs (cenę odbioru i zagospodarowania odpadów zbieranych w sposób selektywny) i*
- b) *„- 2,16" za Cps (cenę odbioru z terenu nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady, pojemnika o pojemności 120 l - dotyczy odpadów zbieranych w sposób selektywny).*

Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i stwierdził, że wyjaśnienia Wykonawcy nie można uznać za obiektywne czynnik wyróżniający ją spośród innych firm składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Jest powszechnie znaną okolicznością, że wszystkie firmy zarabiają na przetwarzaniu oraz odzysku surowców wtórnych z odpadów zebranych selektywnie. Jednakże cena zaoferowana przez tego Wykonawcę znacznie odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia oraz od cen proponowanych przez pozostałych wykonawców i wydaje się, że jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Zamawiający wziął pod uwagę także to, iż w poprzednim postępowaniu przetargowym (termin składania ofert 05.02.2013 r.), konsorcjum firm A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze, Zakład Oczyszczania Miasta Tros-Eko Sp. z o.o. ul. Bażantów 17, 43-450 Ustroń, złożyło ofertę z ceną jednostkową Cjs i Cps „0,08” zł. Zdaniem Zamawiającego w okresie między złożeniem oferty w pierwszym przetargu a terminem składania ofert w drugim przetargu na odbiór odpadów nie zaszły żadne znaczące zmiany na rynku gospodarowania odpadami, które mogłyby spowodować takie obniżenie ceny.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Zamawiający przyjął, że minusowa cena jest niezgodna z ustawą z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U.2001.97.1050 z późn. zm.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy „cena” to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W tak rozumianej cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usług) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Z przepisu tego wynika, że cena musi mieć wartość pozytywną, jako określona kwota, którą Zamawiający ma zapłacić Wykonawcy za wykonanie usługi, dostawy czy robót budowlanych. W praktyce - gdy większość mieszkańców Gminy zadeklaruje segregowanie śmieci (w Gminie Dębowiec na 1537 podmiotów zobowiązanych do złożenia deklaracji 1466 zadeklarowało, że będzie segregować odpady) - zastosowanie oferowanej przez Wykonawcę ceny ujemnej, może doprowadzić do absurdalnej sytuacji, w której to nie Zamawiający płaci za usługę wykonaną przez Wykonawcę, ale Wykonawca dopłaca Zamawiającemu za możliwość odbioru śmieci. Takie rozwiązanie byłoby sprzeczne również z art. 2 pkt 13 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem „zamówienie publiczne” to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest usługa, dostawa lub roboty budowlane. Definicja ta zakłada, że to Zamawiający płaci za usługę, dostawę lub roboty budowlane. Ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się do przypadków, w których nie dochodzi do wydatkowania środków publicznych (kiedy Zamawiający otrzymuje świadczenie pieniężne).

Zamawiający uznał również, że oferta Wykonawcy jest również niezgodna z SIWZ, Zastosowanie stawki ujemnej za odbiór odpadów selektywnych skutkuje odmienną, niż wynikająca z umowy dołączonej do SIWZ, metodą rozliczenia wynagrodzenia za wykonane usługi. Umowa dołączona do SIWZ zakładała wykonanie przez Wykonawcę usługi odbioru odpadów, natomiast zastosowanie cen ujemnych spowodowało, że Wykonawca oferuje Zamawiającemu zawarcie umowy której przedmiotem będzie:

- a) z jednej strony wykonanie przez Wykonawcę usługi odbioru odpadów i
- b) sprzedaż odpadów przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy - z drugiej strony, oraz kompensata wzajemnych wierzytelności.

Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2008 r. (sygn. Akt: KIO/UZP 1105/08) „sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy, tj. zakresu przedmiotowego i podmiotowego umowy, przedmiotu świadczonej usługi, warunków płatności, terminów realizacji usługi, wynagrodzenia oraz innych istotnych składników przyszłej umowy pomiędzy stronami, ujętych w istotnych postanowieniach umowy mającej wiązać strony”.

Zamawiający uważa, że Wykonawca składając ofertę zawierającą ceny ujemne dokonał modyfikacji umowy dołączonej do SIWZ w sposób istotny zarówno w zakresie przedmiotu umowy, jak i sposobu rozliczeń między stronami oraz obowiązków stron umowy.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ odrzucenie oferty uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia. Gdyby zamawiający nie dokonał tej czynności - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - jak wykazywał odwołujący - jego oferta byłaby najkorzystniejszą ofertą w tym postępowaniu. Odwołujący ma również interes faktyczny we wniesieniu odwołania, skoro w przypadku nie zawarcia umowy w sprawie zamówienia, mógłby ponieść szkodę majątkową.

Biorąc pod uwagę ustalony stan rzeczy, Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że zastosowanie stawki ujemnej za odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie skutkuje odmienną, niż wynikająca z umowy dołączonej do SIWZ metodą rozliczenia wynagrodzenia za wykonane usługi według cen jednostkowych wynikających z oferty i jest niezgodne z ustawą oraz z treścią SIWZ.

Nawet gdy, zamawiający nie wymagał załączenia do oferty szczegółowych kalkulacji odnośnie obliczenia poszczególnych „cen ofertowych”, gdyż SIWZ sposób obliczania ceny – (poza wzorem) nie zawiera szczegółowych wskazań, co do sposobu jej przedstawienia, w szczególności zaś nie zawiera zastrzeżenia, iż składnik ceny nie może być wartością ujemną, to z samego zapisu, że cena jednostkowa nie może wynosić „0” należy wnioskować, iż tym bardziej nie może stanowić wartości ujemnej.

Izba nie stwierdziła, iżby postanowienia SIWZ były w jakimkolwiek stopniu niejasne, nieprecyzyjne - wymagające zastosowania wykładni na korzyść wykonawcy. Logicznym i

jednoznacznym pozostaje, że jeżeli zamawiający nie dopuścił podawania w ofercie cen jednostkowych wyrażających się jako „0”, to jednocześnie nie dopuścił cen „ujemnych”. Na gruncie ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (tekst jedn. Dz. U. z 2013 roku, poz. 385), w ogólności nie istnieje pojęcie „ceny ujemnej.” Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386) w art. 1 ust. 2 ustala, że jednostką pieniężną jest złoty, który dzieli się na 100 groszy. Ceny jednostkowe składanych ofert miały być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, tj z dokładnością do 1 grosza. Liczba „0” jak i liczba ujemna, nie może zatem stanowić ceny wyrażonej w jednostkach pieniężnych, gdyż najmniejszą kwotę stanowi 1 grosz. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 2 pkt 1 stanowi, że ilekroć jest mowa o cenie – należy przyjmować cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 385). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach - ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów, sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu tym podatkiem. Wspomniana ustawa definiuje także pojęcie ceny jednostkowej, pod którym rozumie się cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar. W realiach niniejszego postępowania chodzi o ceny jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie odpadów, przypadające na jednego mieszkańca w przypadku nieruchomości zamieszkałych i za jeden pojemnik o wskazanej ładowności w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych. Z powyższej definicji nie należy wywodzić, iż na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie cena całkowita oferty uzyskana z przemnożenia cen jednostkowych przez zapotrzebowaną ilość towarów, czy usług może być traktowana jako cena oferty. Ustawa Pzp zobowiązuje zamawiającego w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp do każdorazowego określenia sposobu obliczenia ceny. Zamawiający z powyższego obowiązku wywiązał się określając w rozdziale XI SIWZ opis sposobu obliczenia cen.

Zamawiający orientacyjnie, dla celów kalkulacji cen jednostkowych oferty podał SIWZ oraz w § 2 umowy liczbę mieszkańców oraz nieruchomości niezamieszkałych, którzy objęci będą świadczoną usługą odbioru opadów, wynikającą z danych na dzień zawarcia umowy, według załączników nr 1 i 2 do umowy. Termin realizacji zamówienia został przewidziany na 12 miesięcy od dnia 1 lipca 2013 r. Zamawiający zobowiązał się raz na kwartał w okresie realizacji zamówienia aktualizować dane dotyczące zakresu świadczonej usługi, co nie stanowi zmiany umowy. Takie warunki należy uznać za w pełni zasadne i zrozumiałe, gdyż zachodzą zmiany w stanie ilościowych ludności na terenie gminy oraz innych podmiotów, które wytwarzają odpady komunalne. Ustalone wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego. Zostały podane w SIWZ podstawy do jego ustalenia, tj. ceny jednostkowe za

poszczególne komponenty wykonywania usługi oraz dane ilościowe, czyli wskazano postawy do ustalenia wysokości wynagrodzenia z poszczególnych tytułów, umożliwiające wybranemu wykonawcy wystawienie faktury w ustalonych okresach miesięcznych rozliczeń, a uprzednio umożliwiające wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie – skalkulowanie wymaganych w ofercie cen jednostkowych.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są prawidłowe i zrozumiałe i zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie postępowania brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia do rewidowania ich treści. W szczególności odwołujący nie ma podstaw aby po ustaleniu wyniku przetargu, podważać zasadność postanowień § 17 wzoru umowy.

Niewątpliwie cena oferty, a w niniejszym przetargu ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń stron, mają charakter przedmiotowo istotnych postanowień umowy w rozumieniu art. 66 § 1 K.c., zatem odstępstwo od postanowień SIWZ w zakresie wyznaczonego sposobu obliczenia ceny, skutkuje naruszeniem nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, lecz także naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy, jak sprzecznych z ustawą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ceny jednostkowe, wymagane w tym postępowaniu, służące do faktycznych rozliczeń, nie mogą być traktowane jako elementy kalkulacyjne, składowe ceny oferty, ceny częściowe - jak chciałby tego odwołujący, albowiem wprost stanowią ceny oferty, polegające między poszczególnymi ofertami bezpośrednim porównaniem w oparciu o ustalone kryteria oceny.

W istocie w ofercie odwołującego zachodzi brak podania 2 cen, tj. ceny jednostkowej za składnik zamówienia - Cjs - cena jednostkowa odbioru i zagospodarowania pozostałości z sortowania odpadów, przypadająca na jednego statystycznego mieszkańca Gminy Dębowiec na miesiąc, i za odbiór pozostałości z odpadów komunalnych zbieranych selektywnie z nieruchomości niezamieszkałych - Cps. Nie są to wyłącznie składniki kalkulacyjne ceny całkowitej oferty, jak wywodził odwołujący. Składniki kalkulacyjne ceny oferty, należy bowiem w tym postępowaniu odnosić do cen jednostkowych, a nie do ceny całkowitej, której podania zamawiający nie wymagał.

Nie można było pominąć, iż przedmiotowe ceny jednostkowe stanowiły przedmiot oceny ofert - w ustalonym kryterium ceny, w tym.

- kryterium ceny odbioru i zagospodarowania pozostałości z segregowania odpadów, w przypadku, gdy właściciel nieruchomości zamieszkałej zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny - waga kryterium: 30%,
- kryterium ceny odbioru i zagospodarowania pozostałości z segregowania odpadów, w

przypadku, gdy właściciel nieruchomości niezamieszkałej, na której powstają odpady komunalne zadeklarował, że będzie zbierał odpady w sposób selektywny, (zgrupowanych w pojemnikach o pojemności 120 l)- waga kryterium 20%.

Skalkulowanie cen oferty odwołującego, w powyższym zakresie na poziomie ujemnym uniemożliwiłoby podanie jej ocenie w wyznaczonym kryterium, gdyż wyliczenie punktacji pozostałych ofert w danych kryteriach - matematycznie zawsze da wynik będący wartością ujemną. Odwołujący wprost na rozprawie potwierdził, iż spodziewał się, że konkurencyjnym wykonawcom, którzy złożyli oferty z prawidłowymi cenami (powyżej „0”) zamawiający „odejmie” punkty.

Zamawiający wprawdzie udzielił wytycznych przy obliczeniu ceny jednostkowej za pozostałości ze zbiórki odpadów podlegających segregacji, ażeby od kosztu usługi (ceny za zbieranie odpadów zmieszanych) wykonawca odjął przychód z odzysku surowców wtórnych pozyskanych z tych odpadów, tj.: papieru szkła, plastiku i złomu, ale jednakże jednocześnie ustanowił limit, że nie mogło to doprowadzić do podania ceny zerowej, a więc tym bardziej ujemnej.

Przedsiębiorca przychody odnosi ogólnie do całej swojej działalności. Odwołujący mógł również skalkulować ceny jednostkowe złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu, pomniejszając koszty w innych elementach cenowych, uzyskując i odnosząc przychody z odzysku odpadów, także do pozostałych cen jednostkowych oferty w danym kontrakcie. Wszakże z frakcji odpadów zmieszanych da się także odzyskiwać surowce wtórne i w praktyce jest to czynione. Dla oceny oferty - liczyła się ogólna punktacja - uzyskana w oparciu o wszystkie kryteria oceny ofert. Przeczy to twierdzeniom odwołującego, że jest „karany” za rzetelne skalkulowanie ceny oferty.

Za logiczne w zaistniałym stanie faktycznym należy przyjąć, że odwołujący poprzez podanie ujemnych cen jednostkowych (Cjs i Cps po -2,16 zł) swojej oferty w odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie, zważywszy iż przypisano im znaczącą wagę 30% (odpady od mieszkańców) i 20% (odpady z nieruchomości niezamieszkałych) - chciał podwyższyć ocenę punktową własnej oferty w wymienionym kryterium. Dzięki „umiejętnemu” skalkulowaniu cen jednostkowych swojej oferty (ujemnych w odniesieniu do stawek za odbiór odpadów zbieranych selektywnie, ocenianych według najwyższych przypisanych wag procentowych oceny ofert w wyznaczonym kryterium ceny), odwołujący uznawał, że jego oferta powinna otrzymać najwyższą ocenę punktową i zostać wybrana jako najkorzystniejsza, pozostając jednocześnie według przedstawionych na rozprawie roboczych wyliczeń zamawiającego, (których odwołujący nie podważył) ofertą z najwyższą ceną całkowitą. Przeczy to definicji najkorzystniejszej oferty, podanej w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp,

gdzie przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę z najniższą ceną lub przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych wyznaczonych kryteriów. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że w przypadku cen jednostkowych lub całkowitych stanowiących podstawę do rozliczeń dopuszcza się ich kalkulowanie przy zastosowaniu elementów, które w obrębie danej ceny mogły by odznaczać się wartościami ujemnymi, natomiast nie dopuszcza się cen ofertowych w kwotach ujemnych bądź zero. Ceny, których podania żądał zamawiający w formularzu ofertowym należą do elementów przedmiotowo istotnych wymagań SIWZ i treści oferty. W przeciwieństwie do kosztów cząstkowych składających się na elementy kalkulacyjne danej ceny.

Postanowienia rozdziału XI SIWZ, gdzie według wzoru na obliczenie ceny C_{js} równa się C_{jzm} czyli cena za odpady zmieszane pomniejszona o odzysk z zagospodarowania określonych frakcji tych odpadów, dotyczy to również wzoru na wyliczenie ceny jednostkowej odpadów selektywnie zbieranych z nieruchomości niezamieszkałych, nie oznaczają zatem żadnych sprzeczności między postanowieniami SIWZ, a § 17 wzoru umowy, na które wskazywał odwołujący. Zamawiający dąży do tego, aby jak najwięcej odpadów zbierać selektywnie, a ponadto nie dopuścił, aby mieszkańcy gminy byli obciążani podwójnymi opłatami, jeśli mieszkaniec zadeklarował zbieranie odpadów selektywnych obciąża go jedna stawka - niższa.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie wykazało naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum A.S.A., mimo iż odpowiadała ona treści SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp oraz w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (tekst jedn. Dz. U. z 2013 roku, poz. 385) poprzez odrzucenie oferty konsorcjum A.S.A., mimo iż była ona zgodna z ustawą Pzp;

Tym samym, nie wykazało naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania wbrew regułom uczciwej konkurencji.

Jak wynika z treści pisma z dnia 16 maja 2013 r. zamawiający wzywał odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże odnosił to wezwanie wyłącznie do kwestionowanych cen jednostkowych w ofercie odwołującego – podanych w wartościach ujemnych. Stwierdzenie, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na jej niezgodność z ustawą i sprzeczność z

istotnymi postanowieniami SIWZ, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, bez konieczności poddawania jej wyjaśnieniom w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nawet gdyby cena takiej oferty budziła wątpliwości zamawiającego, czy nie została skalkulowana na rażąco niskim poziomie.

Rozstrzygnięcie tej kwestii, Izba uznała zatem za bezprzedmiotowe, jako że oferta podlegająca odrzuceniu, nie podlegała ocenie według kryteriów ustalania kolejności ofert, co wyraźnie podano w warunkach SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....