

**WYROK**  
**z dnia 1 lipca 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lipca 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2013 roku przez **Odwołującego SITA Polska Sp. z o.o. w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gminę Radzymin,

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Remondis Otwock Sp. z o.o. oraz Remondis Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum w Otwocku**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Gminę Radzymin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego SITA Polska Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Gminy Radzymin na rzecz **Odwołującego SITA Polska Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 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 Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

W dniu 14 czerwca 2013 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”), odwołanie złożył wykonawca SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców z terenu Gminy Radzymin” prowadzi Zamawiający Gmina Radzymin. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 kwietnia 2013 r. (nr 2013/S 073-122165).

Odwołanie wniesiono na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania w postaci:

1. oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Otwock sp. z o.o. i Remondis sp. z o.o. (dalej jako Remondis) i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Remondis, wskutek tego, że wykonawca ten nie udzielił na żądanie Zamawiającego odpowiednich wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty złożonej przez Remondis ze względu na fakt, że wykonawca ten nie udzielił na żądanie Zamawiającego odpowiednich wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz ze względu na fakt, że złożone przez wskazanego wykonawcę pismo potwierdza, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Remondis, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i odrzucenia oferty złożonej przez Remondis, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych i przedłożonych rachunków.

O naruszeniu wymienionych przepisów prawa Odwołujący dowiedział się dnia 6 czerwca 2013 roku tj. gdy otrzymał od Zamawiającego informację o wyniku postępowania. Odwołanie złożone zostało zatem w przepisany terminie. Wpis od odwołania w kwocie stosownej do dyspozycji § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz zasad pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 17 marca 2010 r., nr 41, poz. 238) został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2013 roku za pośrednictwem faxu.

Podniesiono, że interes Odwołującego we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp przejawia się w tym, że Zamawiający zaniechawszy wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis oraz odrzucenia złożonych przez niego oferty naraził SITA na szkodę i dopuścił się naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów Pzp. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z żądaniem Odwołującego, wówczas to jego oferta (jako druga w rankingu nieodrzuconych ofert) zostałaby wybrana do realizacji, co umożliwiłoby osiągnięcie spółce określonego przychodu i zysku. Zatem niedokonanie tej czynności powoduje uszczerbek majątkowy dla Odwołującego.

W uzasadnieniu w pierwszej kolejności Odwołujący przywołał definicję pojęcia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (wcześniej ZA przy Prezesie UZP) i sądów okręgowych oraz jednolitymi w tym zakresie poglądami doktryny przez rażąco niską cenę należy rozumieć taką cenę gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto rażąco niska cena to cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07). W innym orzeczeniu ZA (z dnia 13 czerwca 2007 r., UZP/ZO/0-666/07) stwierdził, że cena rażąco niska to cena nie tylko odbiegająca od ceny rynkowej, ale i taka cena, za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności.

W przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego cena zaoferowana przez wykonawcę budzi wątpliwości co do tego czy nie jest ceną rażąco niską wówczas, przed ewentualnym odrzuceniem oferty, Zamawiający zobowiązany jest zastosować procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 Pzp, tj. wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tak stało się w niniejszym przypadku, albowiem Zamawiający pismem z dnia 27 maja 2013 roku wezwał Remondis do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca ten złożył pismo datowane na dzień 3 czerwca 2013 r., a stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego.

W tym miejscu wskazano, że Zamawiający gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90

ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia, aby tak się stało pismo to musi spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie tego pismo „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

Ponadto przy ustalaniu czy dana cena ma charakter ceny rażąco niskiej i dokonywaniu na tę okoliczność wyliczeń i analizy złożonych wyjaśnień, konieczne jest jeszcze przyjęcie trzech zasadniczych założeń. Po pierwsze, że dany wykonawca wykonywać będzie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (przykładowo zgodnie z odpowiednimi wymogami jakościowymi, terminowymi i innymi). Po drugie, że dane zamówienie zrealizowane będzie zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym także prawa miejscowego (np. określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp, przepisami określającymi sposób postępowania z odpadami, itp.). Wreszcie po trzecie, że wykonawca wykona daną usługę zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, tj. np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych i czasowych, z zachowaniem określonych standardów. Oczywiście jest bowiem, to że nie do zaakceptowania są tego rodzaju oszczędności wykonawcy, jakie zamierza on poczynić poprzez obniżenie kosztów powstających w wyniku konieczności przestrzegania wymogów SIWZ (np. składowania odpadów na wskazanym w SIWZ składowisku), wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej. Przykładowo nie można uznać za uzasadnione wykazywanie kosztów pracy pracowników w stawkach niższych niż minimalne stosownie do obowiązujących przepisów prawa. Nie można także akceptować niższego nakładu pracy niż ten, który wymagają zawodowe standardy, skoro bowiem np. do zebrania określonej ilości odpadów z danego obszaru wymagana jest praca np. 2 ludzi przez 8 godzin każdy, to nie można akceptować niewiarygodnego wyliczenia wykonawcy, który twierdzi, że daną pracę wykona 1 człowiek przez 4 godziny.

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu użytego sprzętu i materiałów oraz usług obcych (np. kosztu zagospodarowania odpadów).

W świetle powyższych uwag ogólnych, opartych na obowiązujących przepisach prawa oraz utrwalonym orzecznictwie w ocenie Odwołującego, zasadnym jest argument, że pismo

Remondis datowane na dzień 3 czerwca 2013 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, za takie wyjaśnienia nie może być uznane.

Pismo złożone przez Remondis jest skrajnie lakoniczne i składa się z czterech krótkich zdań o objętości niecałych siedmiu wersów. Jego ograniczona treść wręcz nie uniemożliwia odniesienia się do niego, gdyż nie odnosi się ono do żadnego z elementów składowych ceny i nie wyjaśnia absolutnie niczego. Na marginesie wskazano, że zdaniem Odwołującego pismo składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp powinno wskazywać m.in. takie dane jak: i) metoda oszczędności wykonania zamówienia w stosunku do innych wykonawców, ii) szczególne rozwiązań technicznych, iii) jakieś wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne tylko dla Remondis, iv) oryginalność prowadzenia prac, v) ewentualne wskazanie jakiejś pomocy publicznej. Pismo (szczególnie jego akapit drugi) ze względu na bardzo ogólny charakter, jest lakoniczne i uniwersalne, a tym samym możliwe do zastosowania praktycznie we wszystkich innych podobnych postępowaniach i to przez jakiegokolwiek wykonawcę bez potrzeby jego zmiany (w akapicie drugim w praktyce nie byłoby potrzeby zmiany nawet jednego wyrazu). Dodatkowo wskazać należy, że pismo Remondis nie zawiera żadnych wyliczeń, w ogóle nie odnosi się do wskazanej ceny ofertowej, nie wyjaśnia jaki jest poziom nakładów niezbędnych do realizacji zamówienia, brak wskazania ile osób i jaki sprzęt musi być zaangażowany do realizacji zamówienia. Brak też wskazania najistotniejszego wskaźnika kosztowego jakim jest koszt zagospodarowania zbieranych odpadów.

W konsekwencji Zamawiający powinien był uznać, że wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp nie zostały złożone, a oferta Remondis powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Ponadto, w ocenie Odwołującego oferta złożona przez Remondis złożona w niniejszym postępowaniu zamówienia zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności podniesiono, że o rażąco niskiej cenie można mówić już choćby po porównaniu cen zaoferowanych przez wykonawców do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego (której to na marginesie nikt nie kwestionował), i tak cena zaoferowana przez Remondis (137.116,80 zł brutto miesięcznie, tj. 4.113.504,00 zł brutto za cały 30 miesięczny okres realizacji zamówienia) stanowi ledwie 67% wartości szacunkowej zamówienia (6.120.000,00 zł). Podkreślenia także wymaga to, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO porównanie tych dwóch wartości może wskazywać, łącznie z innymi argumentami, o tym, że dana cena jest ceną rażąco niską, wówczas gdy istnieją pomiędzy tymi dwoma wartościami istotne różnice. Wyżej wskazane różnice z pewnością są istotne. Podkreślenia bowiem wymaga to, że ów poziom istotności jest uzależniony od

branży i czasami istotną różnicą jest nawet 5 %, albowiem w danej branży koszty stałe są tak istotne i stanowią tak duży element w całości ceny, że możliwość różnicowania cen jest dalece ograniczona. Tak jest w branży śmieciowej, gdzie elementy kosztotwórcze dla wszystkich wykonawców są stosunkowo podobne.

Kolejną bardzo częstą metodą stosowaną w celu ustalenia czy dana cena jest ceną rażąco niską jest jej porównanie do cen zaoferowanych w danym postępowaniu przez innych wykonawców, w tym przede wszystkim kolejnych w rankingu ofert.

W niniejszym postępowaniu porównanie to prezentuje się następująco:

- kolejna oferta w rankingu tj. oferta SITA jest droższa od oferty Remondis o ok. 35% (o 70.987,04 zł odnosząc się do wartości miesięcznej i 2.129.611,20 zł odnosząc się do wartości za cały okres realizacji zamówienia),
- następna oferta w rankingu tj. oferta W..... B..... „BYŚ” jest droższa od oferty Remondis o ok. 65% (o 251.684,00 zł odnosząc się do wartości miesięcznej i 7.550.520,00 zł odnosząc się do wartości za cały okres realizacji zamówienia),

Tak istotne różnice w zaoferowanych cenach, na przeciw niezwykle konkurencyjnym i niskomarżowym rynku świadczą o tym, że ceny zaoferowane przez wybranych wykonawców należy uznać za ceny rażąco niskie. Tym bardziej, że praktycznie wszyscy wykonawcy muszą ponieść takie same koszty świadczenia tych usług (np. koszty pracy pracowników, koszty paliwa, koszty zagospodarowania odpadów, itp.).

W ocenie SITA zaoferowane przez wykonawcę ceny nie pokrywają nawet całości kosztów utylizacji/zagospodarowania odpadów, nie wspominając nawet o kosztach logistyki związanej z odbiorem odpadów, kosztach zakupu pojemników, kosztach wyposażenia i prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania odpadów Komunalnych.

Przed wszystkim dokonując przeliczenia ceny ofertowej na cenę za wywóz odpadów w przeliczeniu na jednego mieszkańca otrzymujemy kwotę 5,29 zł netto miesięcznie (wartość obliczona w następujący sposób: cena ofertowa - 4.113.480,00 zł, podzielona przez liczbę mieszkańców Gminy Radzymin - 24.000, dalej podzielona przez liczbę miesięcy świadczenia usług - 30). Jednocześnie zauważyć należy, że zarówno Remondis jak i SITA Polska będą zagospodarowywać zmieszane odpady komunalne w tej samej instalacji RIPOK tj. w instalacji RIPOK Remondis przy ulicy Zawodzie 5. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa koszt zagospodarowania odpadów musi być taki sam dla każdego podmiotu gospodarczego oddającego odpady do danej instalacji i w przypadku RIPOK Remondis wynosi on dla tony zmieszanych odpadów komunalnych 240 zł.

Zważywszy, że jeden mieszkaniec wytwarza rocznie ok 340 kg odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, czyli 28,33 kg miesięcznie. Zatem przy koszcie zagospodarowania odpadu na poziomie 240 zł netto za tonę, koszt zagospodarowania 28,33 kg wynosi 6,78 zł ( $240 \text{ zł} \times 2,833 \% = 6,78 \text{ zł}$ ).

Niezależnie od tego należy jeszcze uwzględnić koszty takie jak: zagospodarowania odpadów komunalnych selektywnie zmieszanych, zakup pojemników, wyposażenie i prowadzenie PSZOK, praca ludzi, koszty dojazdu i inne wskazane we wcześniejszej części odwołania.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że złożenie odwołania należało uznać za konieczne i uzasadnione.

W dniu 17 czerwca 2013 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum – Remondis Otwock Sp. z o.o. oraz Remondis Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum w Otwocku. Zgłoszenie zostało złożone z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia zgłoszenia przekazana została Odwołującemu i Zamawiającemu.

W zakresie wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zaznaczono, że uczestnik jest wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu, a ujawnione w toku postępowania błędy mogą wpłynąć na zobowiązanie wynikające z przyszłej umowy oraz spowodować szkodę u Uczestnika.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący na rozprawie złożył pismo procesowe, w którym rozbudował argumentację przedstawioną w odwołaniu oraz dodatkowe dowody, które potwierdzać miały wystąpienie rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum Remondis.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, zapytań i odpowiedzi do treści SIWZ, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku



naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, a zaniechanie odrzucenia tej oferty i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, ponieważ jego oferta sklasyfikowana jest na drugiej pozycji w rankingu ofert względem ustalonego w postępowaniu kryterium oceny ofert – najniższa cena. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

**W postępowaniu ustalono następujący stan faktyczny:**

Szacunkową wartość zamówienia ustalono na kwotę 8 500 000 zł netto na podstawie rozeznania cen rynkowych oraz kalkulacji kosztów obsługi systemu (z wniosku o wszczęcie postępowania). Cena ofertowa brutto za miesięczny okres wykonywania przedmiotu zamówienia w ofercie wybranego wykonawcy wynosi 137 116,80 zł (z formularza ofertowego).

W rozdziale VII SIWZ wyznaczono opis sposobu obliczenia ceny, wskazując, że oferta musi zawierać ryczałtową wartość brutto z VAT w złotych. Cena ofertowa winna zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z dokumentacji przetargowej, jak również wszelkie inne koszty w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.

W toku badania i oceny ofert, w dniu 27 maja 2013 roku, Zamawiający wystosował do konsorcjum Remondis, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie o wyjaśnienia w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazano, że wykonawca zaoferował cenę brutto za miesięczny okres wykonania zamówienia w wysokości 137 116, 80 zł.

W dniu 3 czerwca wykonawca złożył wyjaśnienia, podnosząc że przedstawiona w cenie w ofercie pokrywa niezbędne koszty związane z usługą odebrania i zagospodarowania odpadów komunalnych. W szczególności cena zawiera koszty odbioru i transportu odpadów, jak również opracowania i wdrożenia systemu logistycznego związanego z usługą. Nadto cena uwzględnia koszty zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych oraz zagospodarowania selektywnie gromadzonych odpadów, tzw. surowców wtórnych.

W dniu 6 czerwca 2013 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, decydując, że jest nią oferta konsorcjum Remondis.

Następnie, w dniu 14 czerwca 2013 roku (w tym dniu do Prezesa KIO odwołanie złożyła firma SITA Sp. z o.o.) konsorcjum Remondis złożyło Zamawiającemu kolejne pismo,

wskazując, że ze względu na krótki okres przeznaczony na odpowiedź, a także ze względu na obciążenie wyjątkowo dużą ilością obowiązków dotyczących obsługi ofert przetargowych działu handlowego, ponowna analiza zaoferowanej ceny i jej kalkulacji była wykonana w zbyt krótkim czasie, aby móc należycie i starannie ocenić jej zasadność. Po przeanalizowaniu jeszcze raz oferty, wykonawca, na skutek błędu rachunkowego zastosował nieprawidłową wagę oraz cenę zagospodarowania odpadów do obliczeń. Do arkusza kalkulacyjnego omyłkowo wpisano przy określaniu masy odpadów 2060 ton, a powinno być 3087 ton, a w przypadku zagospodarowania odpadów wpisano 140 zł/tonę, a powinno być 240 zł/tonę. Z tego względu oferta zawiera niepełne koszty wykonania usługi. Ponadto w kalkulacji wystąpiły inne błędy – zabrakło kosztów pojemników 120l, 240l, 660l i 1100l. w kalkulacji powinny zostać także uwzględnione inne koszty, w tym koszty amortyzacji i rozstawienia pojemników w wysokości 113 830,59 zł a zostały te koszty uwzględnione jedynie w wysokości 13 425,10 zł. W tej sytuacji cena 137 116,80 zł podana w ofercie za miesięczny okres wykonania zamówienia jest nierealna (rażąco niska cena) a realizacja usługi za tę cenę niemożliwa. Zamawiający winien rozważyć dokonanie poprawy w trybie art. 87 ustawy Pzp. Prawidłowo obliczona cena za miesiąc powinna wynosić 187 142,40 zł.

**Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego

kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 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.

Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Jednoznacznie podkreślić należy, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. W przedmiotowym postępowaniu stwierdzenie to jest o tyle istotne, ponieważ w toku rozprawy Zamawiający broniący oferty Przystępującego po stronie Odwołującego na pytanie przewodniczącego dlaczego wobec powyższego wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień, odpowiedział, że okoliczność ta podyktowana była stanowiskiem zgłoszonym przez innego wykonawcę, że w ofercie Przystępującego zachodzi podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Działania takie ze strony Zamawiającego należy uznać za naganne. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to Zamawiający dokonuje badania i oceny ofert zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Jako podmiot prawa publicznego zobowiązany do stosowania przy wydatkowaniu środków ustawy Pzp, Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, iż wystosowanie wezwania do wyjaśnień rodzi dalsze konsekwencje prawne także po stronie Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, że wykonawca Konsorcjum Remondis w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólnikowe stwierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami i dlatego nie można ich było uznawać za wystarczające, bez względu na to, że Zamawiający stoi na stanowisku, że w postępowaniu nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa

jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Takich okoliczności w swoich wyjaśnieniach wykonawca w żaden sposób nie wykazał. Należało zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe, nie poparte żadnymi dowodami. Zamawiający dokonał błędnej oceny pisma z dnia 3 czerwca 2013 roku wybranego Konsorcjum i bez względu na swoje przekonania, w takim przypadku obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jeżeli Zamawiający uważał, że cena oferty jest prawidłowo skalkulowana, nie powinien był wzywać do złożenia wyjaśnień. Skoro powyższe uczynił, uzyskawszy więc lakoniczne stwierdzenia, powinien był ofertę odrzucić.

Co znamienne, ostatecznie wybrany wykonawca przyznał już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, że złożył ofertę z rażąco niską ceną. Złożone oświadczenie (bez względu na pobudki kierujące wykonawcą, choć z pewnością można przypuszczać, że wykonawca nie chciałby stracić wniesionego w postępowaniu wadium, jako podmiot, który odmówił podpisania umowy) nie mogło pozostać bez wpływu na sentencję orzeczenia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Ponadto, oświadczenie Przystępującego potwierdzają dowody przedłożone przez Odwołującego oraz dokonane przez niego wyliczenia znajdujące się w odwołaniu oraz w złożonym na rozprawie piśmie procesowym.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż w ocenie składu orzekającego Izby nie było możliwe naprawienie poczynionych w ofercie Przystępującego błędów przy zastosowaniu procedury z art. 87 ustawy Pzp, także na podstawie ust. 2 pkt 3 tego przepisu. Zaistniałych błędów nie można uznać za prostą omyłkę rachunkową, czy pisarską. Nie są to również inne nieistotne błędy, nie wpływające na treść oferty, ponieważ de facto Zamawiający musiałby dokonać za wykonawcę ponownej kalkulacji oferty, ale zarazem uwzględnić wytyczne wykonawcy z pisma z 14 czerwca 2013 roku, biorąc pod uwagę jakich składników i w jakiej wysokości w pierwotnej kalkulacji nie uwzględniono. Takie działania Zamawiającego należałoby uznać za niedopuszczalną i nadmierną na gruncie przepisów Pzp ingerencję w treść oferty.

Konkludując, zgromadzony materiał dowodowy oraz oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania potwierdziły okoliczność, że w postępowaniu mamy do czynienia ze złożeniem oferty zawierającej rażąco niską cenę, co rodzi konieczność odrzucenia oferty konsorcjum Remondis podczas nakazanego ponownego badania i oceny ofert.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu, które mają wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, powoduje iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wysokość wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości dopuszczonej wymienionym rozporządzeniem, tj. w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:**