

WYROK
z dnia 29 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2014 r. przez Odwołującego – Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta sp. z o.o. z siedzibą w Konopiskach (42-274), przy ul. Przemysłowej 7, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Bobrowniki, ul. Gminna 8, 42-583 Bobrowniki, przy udziale wykonawcy – ALBA Południe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (41-300), przy ul. Starocmentarnej 2, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta sp. z o.o. z siedzibą w Konopiskach (42-274), przy ul. Przemysłowej 7 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta sp. z o.o. z siedzibą w Konopiskach (42-274), przy ul. Przemysłowej 7 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta sp. z o.o. z siedzibą w Konopiskach (42-274), przy ul. Przemysłowej 7 na rzecz Zamawiającego – Gminy Bobrowniki, ul. Gminna 8, 42-583 Bobrowniki kwotę 3.727,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia siedem złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i zwrotu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Katowicach.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bobrowniki, ul. Gminna 8, 42-583 Bobrowniki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Bobrowniki (znak sprawy: IZP.271.17.2014 pn.), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2014 r., pod nr 2014/S 099-173148.

W dniu 10 września 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Alba Południe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (41-300), przy ul. Starocmentarnej 2 (dalej: „Wykonawca Alba”).

Wskazana czynność zaskarżona została odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta sp. z o.o. z siedzibą w Konopiskach (42-274), przy ul. Przemysłowej 7, będącego następcą prawnym W. S. prowadzącego działalność pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W. S. (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Alba zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Wykonawcy Alba podlegającej odrzuceniu za względu na naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. przepisu art. 90 ust. 1 Pzp przez brak wyjaśnienia elementów oferty Wykonawcy Alba mających wpływ na wysokość ceny wobec zgłoszenia zarzutu rażąco niskiej ceny przez Odwołującego pismem z dnia 16 lipca 2014 r.,
4. przepisu art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Alba wobec przedstawienia przez Odwołującego faktu zawierania rażąco niskiej ceny w ofercie ww., niższej niż podczas prowadzenia wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy: IZP.271.16.2013/35),
5. warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) przez

pominięcie w ofercie Wykonawcy Alba wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, a opisanych w Rozdziale XVIII SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie dowołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sformułował ponadto wniosek o załączenie do akt postępowania odwoławczego dokumentów z postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 327/14 na okoliczność celowego podania przez Wykonawcę Alba rażąco niższej ceny, niższej niż cena Odwołującego, mimo uznania przez Izbę, iż cena podana przez Odwołującego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (znak sprawy: IZP.271.16.2013/35) stanowiła rażąco niską cenę w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, co w konsekwencji spowodowało, że oferta Odwołującego w Postępowaniu nie została wybrana ze względu na podanie ceny zbyt wysokiej w stosunku do oferty Wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do skorzystania ze środka ochrony prawnej, ponieważ wziął udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta spełniała wymogi Pzp i SIWZ, wobec czego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Na uzasadnienie sformułowanych zarzutów Odwołujący stwierdził, że w dniu 27 marca 2014 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (znak: IZP 271.16.2013/35), w wyniku którego wybrana zastała jego oferta. Pismo Zamawiającego informowało o unieważnieniu procedury ze względu na fakt wyboru przez Zamawiającego oferty, która przewyższała kwotę jaką mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku unieważnionego postępowania zostały złożone dwie oferty:

1. Odwołującego w kwocie 2.501.741,00 zł
2. Wykonawcy Alba w kwocie 4.104.000,00 zł

Unieważnienie wspomnianego postępowania zostało spowodowane wniesieniem przez Wykonawcę Alba, w dniu 20 lutego 2014 r., odwołania oraz wydaniem w dniu 5 marca 2014 r. przez Izbę wyroku (sygn. akt KIO 327/14), w którym uwzględniono odwołanie i nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz dokonanie zaniechanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W dniu 10 września 2014 r., w wyniku przeprowadzenia Postępowania,

została wybrana oferta Wykonawcy Alba oferującego realizację zamówienia za kwotę 2.117.070,00 zł. Odwołujący stwierdził, że nie stanowi ona rzeczywistego kosztu prawidłowo wykonanej usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Bobrowniki. Uwzględniając wymogi zawarte w Rozdziale XVIII SIWZ cena wskazana przez wykonawców powinna obejmować wszystkie koszty realizacji zamówienia, uwzględniając pełen zakres zamówienia, minimalny całkowity koszt związany z transportem, zagospodarowaniem odpadów, zakupem worków oraz koszy na zagospodarowanie odpadów, koszty wydruku harmonogramu odbioru odpadów oraz dostarczenia ich mieszkańcom nieruchomości położonych na terenie Gminy Bobrowniki, a nadto zysk, jaki zamierzają oni osiągnąć w związku z realizacją zamówienia. Wykonawca Alba w kalkulacji cenowej wskazał kwoty zaniżone, nie spełniające powyższych wymogów.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z obowiązkiem ustawowym podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany przekazywać zmieszane odpady komunalne do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (dalej: „RIPOK”). Gmina Bobrowniki należy do Regionu II Województwa Śląskiego, dla której w dniu składania ofert istniały dwie RIPOK: instalacja Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwana dalej „RIPOK Katowice”) oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej: „RIPOK Zabrze”). Cena zagospodarowania zmieszanych odpadów w ww. instalacjach wynosi odpowiednio: 294,00 i 270,00 zł brutto. Kwota wskazana przez Wykonawcę Alba jako właściwa dla gospodarowania odpadami zmieszanymi to 277,56 zł, co wskazuje na przyjęcie założenia, iż odpady będą kierowane do instalacji oferującej usługę przyjęcia i przetworzenia odpadów po niższej cenie. Wykonawca Alba, zdaniem Odwołującego, nie będzie jednak miał możliwości realizacji usługi w sytuacji, gdy odpady z jakiegokolwiek przyczyny będzie zobowiązany pozostawić w drugiej z wymienionych instalacji. Ponadto, nawet przy założeniu, że odpady będą przekazywane do RIPOK Zabrze, to Wykonawca Alba przewidział kwotę 7,56 zł ponad koszt zagospodarowania odpadów, co w żaden sposób nie jest w stanie pokryć kosztów transportu odpadów, zatrudnienia pracowników, zakupu pojemników i ich rozstawienia. Niezrozumiałym dla Odwołującego jest również w jaki sposób Wykonawca Alba ma osiągać jakikolwiek zysk, skoro podana cena wskazuje, iż nie jest w stanie pokryć podstawowych kosztów związanych z wydatkami innymi niż obejmującymi koszty przekazania odpadów zmieszanych do instalacji regionalnej (oferującej niższą cenę) zgodnie z przepisem art. 9e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2013.1399 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Ucpg”.

Ponadto Odwołujący podał, że Wykonawca Alba zaoferował również cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych w kwocie 160,92 zł,

a całkowitą wartość brutto w kwocie 160.920,00 zł, co – przy samym założeniu kosztów jakie powinien on ponieść (zakup worków, pojemników, wynagrodzenie pracowników, transport odpadów) – stanowi kwotę zbyt niską. Podał, że koszt zakupu worków dla gospodarstw w zabudowie jednorodzinnej prowadzących segregację odpadów wynosi 185.344,80 zł (przy założeniu, że każdą zabudowę jednorodziną, w której mieszka 1-2 osoby należy wyposażyć w 4 worki, zabudowę, w której mieszka 3-5 osób – 8 worków, zaś zabudowę powyżej 5 osób – 12 worków, zgodnie z częścią II pkt. 15 lit. b) oraz częścią III Załącznika nr 8 SIWZ). Zgodnie z częścią III Załącznika nr 8 SIWZ należy przyjąć, iż winno się uznać za właściwą do zakupu ilość 21304 worków. Przyjmując, iż jedna sztuka kosztuje 0,30 zł brutto, powstaje łączna kwota zakupu worków przewyższająca zaoferowaną przez Wykonawcę Alba cenę.

Odwołujący podkreślił również, że podanie ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych na poziomie 91,80 zł stanowi, przy przyjęciu realnych kosztów składowania odpadów na składowisku dla nich właściwym, nierzetelne określenie zagospodarowania odpadami. Wyjaśnił przy tym, że odpady budowlane to odpowiednio odpady o kodach:

- 17 01 01 Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów,
- 17 01 02 Gruz ceglany,
- 17 01 03 Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia,
Zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego,
- 17 01 06 odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne,
- 17 01 07 Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06,
- 17 01 80 Usunięte tynki, tapety, okleiny, itp.,
- 17 01 81 Odpady z remontów i przebudowy dróg,
- 17 01 82 Inne niewymienione odpady.

Odwołujący wskazał, że realny koszt odbioru i zagospodarowania odpadów budowlanych w kwocie mniejszej niż 91,80 zł stanowią odpady o kodzie 17 01 01, 17 01 02, 17 01 82. Koszt zagospodarowania odpadów oznaczonych pozostałymi kodami kalkuluje się w cenach od 100,00 zł do 300,00 zł, w zależności od instalacji, do której przekaże się odpady. Dodał, że odpady budowlane mogą zawierać nie tylko gruz i beton, ale również styropian, piankę, okleinę, tapety, panele, wełnę mineralną, które należy zagospodarować w ramach realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Alba w unieważnionym postępowaniu

(znak sprawy IPZ.271.16.2013/35) zaoferował realizację zamówienia za kwotę 4.104.000,00 zł, wobec czego jej obniżenie w Postępowaniu do kwoty 2.117.070,00 zł powoduje, iż nie sposób uznać przyjęte przez niego kalkulacje za realne. Poprzednio prowadzone postępowanie dotyczyło okresu od stycznia 2014 r. do końca 2016 r., co daje łącznie 36 miesięcy kalendarzowych. Biorąc pod uwagę oferowaną przez Wykonawcę Alba cenę oraz liczbę miesięcy szacowany całkowity koszt usługi w ciągu miesiąca wyrażał się wówczas kwotą 114.000,00 zł. W Postępowaniu Wykonawca Alba podał całkowity koszt przetargu w kwocie 2.117.070,00 zł, przy założeniu realizowania usługi najwcześniej od sierpnia 2014 r. do końca 2016 r., co daje łącznie 29 miesięcy kalendarzowych. Dzieląc powyższą kwotę przez liczbę miesięcy otrzymamy sumę 73.002,41 zł. Wobec tego Odwołujący skonkludował, że po wydaniu po wydaniu przez KIO wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 327/14 Wykonawca Alba uznał, że jest w stanie zmniejszyć koszt wykonania usługi w skali miesiąca o kwotę 40.997,59 zł. Powyższa okoliczność wskazuje na nierzetelną, a wręcz nierealną kwotę wskazaną przez ww.

Odwołujący zauważył, że prawidłowa ocena kosztów wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów powinna opierać się na cenach rynkowych zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów. Podana przez Wykonawcę Alba cena jest rażąco niska, gdyż wskazuje kwoty znacznie od nich odbiegające. Powyższe okoliczności Odwołujący podniósł pismem z dnia 16 lipca 2014 r., mającym na celu wyjaśnienie ceny, która już przy wstępnej analizie stanowiła dla Odwołującego cenę rażąco niską.

Odwołujący podsumował, że oferta Wykonawcy Alba powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp.

Na uzasadnienie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Odwołujący wskazał, że w wyniku Postępowania wybrana została oferta opiewająca na kwotę 2.117.070,00 zł. Cena wskazana przez Wykonawcę Alba została oparta na wyliczeniach nie odpowiadających realnej kwocie wykonania przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że w dniu 5 marca 2014 r. zapadł wyrok Izby unieważniający wybór oferty Odwołującego, który w toku unieważnionego postępowania (znak sprawy IZP.271.16.2013/35) zaoferował realizację zamówienia za kwotę 2.501.741,00 zł. Wskazana wówczas przez Odwołującego kwota została uznana wspomnianym wyrokiem Izby za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mimo tego Wykonawca Alba w kolejnym przetargu kwotę 4.104.000,00 zł zastąpił kwotą 2.117.070,00 zł, obniżając tym samym o prawie połowę własne koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że działanie Wykonawcy Alba zostało podjęte jedynie w celu wyeliminowania go z Postępowania, a wskazana cena nie stanowi prawidłowo obliczonych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący – mając na względzie wyrok zapadły w dniu 5 marca 2014 r. – zaoferował w Postępowaniu kwotę wyższą (2.718.900,00 zł), uznając ją za właściwą w sytuacji, gdy wcześniejsza kwota została uznana przez Izbę za rażąco niską.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca Alba wykorzystał wyrok z dnia 5 marca 2014 r. wbrew zasadzie współzycia społecznego, naruszając tym samym zasadę uczciwej konkurencji. Skoro bowiem kwota wskazana przez Odwołującego w unieważnionym postępowaniu (znak sprawy IZP.271.16.2013/35) została uznana za rażąco niską, to na jakiej podstawie Wykonawca Alba obliczył cenę zamówienia w Postępowaniu na kwotę zdecydowanie mniejszą niż wskazana wcześniej przez Odwołującego, a dodatkowo mniejszą niż uznana wyrokiem z dnia 5 marca 2014 r. za rażąco niską. Odwołujący stwierdził, że uznać należy, iż bezpośrednim zamiarem Wykonawcy Alba było wykorzystanie wyroku z dnia 5 marca 2014 r., który umożliwił złożenie kolejnej, celowo zaniżonej oferty. Odwołujący zaznaczył, że w odwołaniu z dnia 20 lutego 2014 r. Wykonawca Alba podnosił, iż jedynie kwota 4.104.000,00 zł stanowi prawidłowo obliczone wynagrodzenie.

Odwołujący stwierdził, że można jedynie przypuszczać, iż Wykonawca Alba celowo w unieważnionym postępowaniu (znak sprawy IZP.271.16.2013/35) podał rażąco wygórowaną cenę, aby wykluczyć wykonawców podających ceny odpowiadające rzeczywistej realizacji zamówienia. O powyższym świadczy fakt, iż maksymalna cena wskazana przez Zamawiającego wynosiła początkowo szacunkowo 3.299.999,40 zł brutto, zaś mimo to Wykonawca Alba (w postępowaniu IZP.271.16.2013/35) wskazał kwotę przewyższającą możliwość finansowe Zamawiającego. To wskazuje, iż Wykonawca Alba powinien wiedzieć, że jego oferta nie zostanie wybrana w wyniku postępowania IZP.271.16.2013/35. Jednak już w Postępowaniu, znając kwotę wskazaną przez Odwołującego, Wykonawca Alba celowo podał cenę niższą niż to wynikało z kosztów jakie za właściwe uznał Odwołujący we wcześniejszym, unieważnionym postępowaniu (IZP.271.16.2013/35).

Odwołujący skonkludował, że postępowanie Wykonawcy Alba trzeba zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż zaoferowaną przez niego cenę należy uznać za kwotę poniżej kosztów własnych jakie powinien ponieść wykonawca w związku z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu związanego z brakiem przeprowadzenia procedury z art. 90 ust 1 Pzp Odwołujący stwierdził, że w toku Postępowania w żaden sposób nie zostały wyjaśnione wątpliwości podniesione w piśmie z dnia 16 lipca 2014 r., ponieważ Zamawiający nie wszczął postępowania wyjaśniającego mającego na celu ustalenie okoliczności podania przez Wykonawcę Alba rażąco niskiej ceny. Pismo z dnia 16 lipca 2014 r. powinno być dla Zamawiającego źródłem wątpliwości, które powinny doprowadzić do wszczęcia procedury

wyjaśniającej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca Alba wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie Odwołujący zasadniczo podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w treści odwołania, cofając jedynie zarzut związany z naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, wyrażającym się brakiem wezwania Wykonawcy Alba do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Cofnął również wniosek dowodowy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści akt postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 327/14.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

W pierwszeństwie podkreślił, że pismem z dnia 15 lipca 2014 r. (a zatem w dniu poprzedzającym otrzymanie pisma Odwołującego wzywającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej) dokonał wezwania Wykonawcy Alba do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi otrzymał pismo z dnia 18 lipca 2014 r. zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w którym wezwany wykonawca szczegółowo odniósł się do kwestii związanych ze skalkulowaniem ceny, przedstawił również wyliczenia dowodzące jej prawidłowości. Dalej wskazał Zamawiający, że po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień otrzymanych od Wykonawcy Alba wystosował do niego kolejne wezwanie (pismo z dnia 31 lipca 2014 r.), na które to otrzymał wyczerpującą odpowiedź (pismo Wykonawcy Alba z dnia 7 sierpnia 2014 r.). Mając na uwadze powyższe skonstatował, że całościowa analiza złożonych przez Wykonawcę Alba wyjaśnień i dokumentów pozwalała na dokonanie oceny, że zaoferowana przezeń oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że kwestionowane przez Odwołującego ceny jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów są zbliżone do tych, za które sam Odwołujący realizował na rzecz Zamawiającego tożsamą usługę w okresie luty-sierpień 2014 r., tj. w okresie prowadzenia poprzedniego i aktualnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na potwierdzenie tych okoliczności Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści zestawienia cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów zaoferowanych przez Odwołującego i Wykonawcę Alba w Postępowaniu oraz cen jednostkowych, za które Odwołujący realizował usługę odbioru i zagospodarowania odpadów we wspomnianym okresie, jak również z treści zawartych pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów (umowa nr OŚ.7030.13.2014/2 z dnia 31 stycznia 2014 r. obejmująca okres od 1 lutego 2014 r. do dnia zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu na świadczenie usług zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych,

odpadów komunalnych segregowanych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Bobrowniki, oznaczonego nr IZP.271.16.2013, jednak nie dłużej niż do dnia 28 lutego 2014 r. i umowa nr OŚ.7030.13.2014/38 z dnia 31 lipca 2014 r. obejmująca okres od 1 do 31 sierpnia 2014 r.)

Finalnie Zamawiający stwierdził, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego w Regionie II Województwa Śląskiego istnieją trzy instalacje mające status RIPOK – dwie, o których mowa w treści odwołania, natomiast trzecia, powstała z przekształcenia instalacji tymczasowej należącej do Alba Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Alba MPGK”), będącej członkiem grupy kapitałowej, do której należy Wykonawca Alba (dalej: „RIPOK Dąbrowa Górnicza”). Zamawiający, na podstawie treści wyjaśnień ww. wykonawcy ustalił, że to właśnie do tej RIPOK Wykonawca Alba ma zamiar kierować zmieszane odpady komunalne. Podkreślił przy tym, że choć w dacie składania wyjaśnień instalacja należąca do wspomnianego podmiotu nie miała statusu regionalnej, to Wykonawca Alba – kalkulując ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej i złożeniem oferty w Postępowaniu – mógł się na tą okoliczność powołać. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wydruku dokumentu elektronicznego Uchwały Nr IV/53/13/2014 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 sierpnia 2014 r. w sprawie zmiany Uchwały Sejmiku Województwa Śląskiego Nr IV/25/2/2012 z dnia 24.08.2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” (dalej: „Uchwała”).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę Alba (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba oddaliła złożony na posiedzeniu z udziałem stron wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na jego bezzasadności. Oparty on został na twierdzeniu o braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku rzekomego naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w *petitum* odwołania przepisów Pzp, z uwagi na okoliczność, że cena oferty Odwołującego (2.718.900,00 zł brutto) przekracza wskazaną w ust. 8 pkt 1 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (dalej: „Protokół”) kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2.460.000,00 zł brutto) i Zamawiający nie ma woli dokonania jej podwyższenia,

co wymagałoby w istocie podniesienie opłat śmieciowych nałożonych na mieszkańców Gminy Bobrowniki.

Sformułowany w ten sposób wniosek nie mógł się ostać. Uszło uwadze Zamawiającego, że odrębną kwestią jest badanie przesłanek legitymujących Odwołującego do wniesienia odwołania, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp (które to w doktrynie i orzecznictwie określa się mianem przesłanek materialnoprawnych), a inną – ustalenie, czy w sprawie nie zachodzą okoliczności wymienione w treści przepisu art. 189 ust. 2 Pzp mające *stricte* proceduralny charakter. Stwierdzenie występowania choćby jednej z tych ostatnich stanowi podstawę do odrzucenia odwołania bez rozstrzygania o jego *meritum*, tj. sformułowanych przez odwołującego zarzutach. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że ustawodawca wprowadził zasadę *numerus clausus* przesłanek odrzucenia odwołania, tj. brak jest podstaw do twierdzenia o konieczności zastosowania takiej sankcji względem wniesionego środka ochrony prawnej jeżeli nie zachodzi żaden z przypadków wymienionych w treści komentowanego przepisu.

Inaczej jest w przypadku stwierdzenia przez Izbę niespełnienia choćby jednej z przesłanek, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. W takim bowiem przypadku nie zachodzi możliwość odrzucenia odwołania (z uwagi na zamknięty katalog przesłanek do tego uprawniających), a odwołanie podlega oddaleniu przez Izbę po przeprowadzeniu rozprawy.

Co zaś dotyczy poruszonej już kwestii nieposiadania przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na brak możliwości poniesienia szkody w Postępowaniu Izba stwierdziła, że okoliczność ta nie została w żaden sposób przez Zamawiającego udowodniona. Nie jest bowiem wystarczające, w kontekście brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 *in fine* Pzp ogólne powołanie się na brak woli podniesienia kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oczywistym jest, że podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o powyższy przepis obowiązkiem instytucji zamawiającej jest udowodnienie okoliczności z niego wynikającej, tj. że nie może on zwiększyć kwoty na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Jest tak chociażby z tego względu, że w postępowaniach, w których wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp czynności polegająca na unieważnieniu prowadzonej procedury może zostać zaskarżona odwołaniem. Także i w tej sprawie obowiązkiem Zamawiającego było udowodnienie okoliczności, z której wywodził skutki prawne, tj. braku możliwości (nie zaś „woli”) zwiększenia środków na realizację zamówienia.

Reasumując, Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Przechodząc do merytorycznej oceny podniesionych i niewycofanych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Ustalono, że przedmiot zamówienia (świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów komunalnych segregowanych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Bobrowniki przez okres 29 miesięcy) został przez Zamawiającego uszczegółowiony w treści załącznika nr 8 do SIWZ (dalej: „OPZ”). Zawarto w nim wskazania dotyczące ogólnych zasad wykonywania usługi (m.in. osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, zgodnie z przepisem art. 3 ust. 2 pkt 7, art. 3b i art. 3c Ucpq, odpowiedzialności za szkody wyrządzone na osobach/mieniu podczas wykonywania usługi, obowiązków związanych z reklamacjami dotyczącymi wykonania usługi, czy charakterystyki instalacji, do których mogą trafiać odpady), rodzaju i częstotliwości odbioru odpadów komunalnych, w tym wymogów związanych z zapewnieniem przez wykonawcę odpowiedniej ilości pojemników i worków do segregacji odpadów, obowiązków dokumentacyjnych związanych z realizacją usługi, obowiązków dotyczących zaplecza technicznego wykonawcy (sprzętu i bazy magazynowo-transportowej) i wreszcie charakterystyki Gminy Bobrowniki w kontekście zamawianej usługi, w tym ilości poszczególnych rodzajów odpadów zebranych w latach poprzednich.

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem XVIII ust. 2 zd. pierwsze SIWZ, cena ofertowa wskazana na formularzu oferty, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SIWZ, musiała zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z OPZ. W ust. 4 Rozdziału XVIII Zamawiający wskazał dodatkowo, że cenę podaną w ofercie należało obliczyć uwzględniając pełen zakres zamówienia określony w SIWZ oraz wszelkie koszty związane z jego realizacją, wymieniając przykładowo: całkowite koszty związane z transportem i zagospodarowaniem odpadów, ewentualne koszty wydruku zmiany harmonogramów odbioru odpadów i ich dostarczenia właścicielom nieruchomości, czy tzw. opłatę marszałkowską (tj. opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odbieranych przez wykonawcę). Ponadto wykonawca był zobowiązany uwzględnić w kosztach wykonania usługi wpływy z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych oraz wykazać je w kalkulacji kosztów usługi (argument z Rozdziału XVIII ust. 5 SIWZ).

W świetle postanowienia Rozdziału XVIII ust. 2 zd. drugie SIWZ wykonawca zobowiązany był wyliczyć cenę ofertową przy zastosowaniu kalkulacji cenowej sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Przybrała ona postać tabeli, w której (kol. 2) wskazano rodzaj odpadów: (1) zmieszane odpady komunalne, (2) segregowane odpady komunalne i (3) odpady budowlane i rozbiórkowe oraz (kol. 3) szacunkowe ilości odpadów w czasie trwania umowy wyrażone w Mg (odpowiednio: 6750, 1000, 900). Wykonawca zobowiązany był do podania ceny jednostkowej brutto za 1Mg (kol. 4) oraz wartości całkowitej brutto za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych (kol. 5), stanowiącej iloczyn kol. 3 i 4.

Izba stwierdziła ponadto, że Gmina Bobrowniki należy do tzw. Regionu II gospodarki odpadami, dla którego, na dzień wyrokowania, wyznaczono trzy instalacje regionalne: RIPOK Katowice, RIPOK Zabrze oraz RIPOK Dąbrowa Górnicza, która uzyskała status instalacji regionalnej na mocy Uchwały, ogłoszonej w Dzienniku Urzędowym Województwa Śląskiego w dniu 2 września 2014 r. Jej wejście w życie, zgodnie z § 3, nastąpiło z dniem 17 września 2014 r.

Zamawiający przed wszczęciem Postępowania (tj. dnia 19 maja 2014 r.) dokonał ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na kwotę 2.492.158,04 zł netto, tj. 2.691.530,69 zł brutto (*vide* ust. 2 pkt 2 i 3 Protokołu). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 2.460.000,00 zł brutto (ust. 8 pkt 1 Protokołu).

W Postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Przystępującego z kwotą 2.117.070,00 zł brutto, Odwołującego, opiewająca na kwotę 2.718.900,00 zł brutto oraz wykonawcy Z. S. (S.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Miasta Z. S., wyceniona na kwotę 4.392.500,00 zł.

Zamawiający – w toku badania i oceny ofert – zwrócił się do Wykonawcy Alba, pismem z dnia 15 lipca 2014 r., o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym w szczególności cen za odbiór i zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych wskazanych w kalkulacji cenowej, sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ, przytaczając część omówionych powyżej postanowień Rozdziału XVIII SIWZ. W dniu 16 lipca 2014 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo, w którym wezwał go do wszczęcia względem Przystępującego procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp, przytaczając argumenty zawarte w treści wniesionego następnie odwołania. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 18 lipca 2014 r., Wykonawca Alba złożył wyjaśnienia, do których załączył m.in. szczegółową kalkulację cenową oferty z podziałem na

poszczególne rodzaje odpadów komunalnych i związane z nimi koszty i narzuty, z uwzględnieniem zysku z realizacji zamówienia (wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z odnoszącymi się do nich załącznikami Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa). W związku z udzielonymi wyjaśnieniami dotyczącymi kalkulacji ceny Zamawiający – pismem z dnia 31 lipca 2014 r. – wezwał Wykonawcę Alba, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia, czy uwzględnił w ofercie konieczność przekazywania do RIPOK większej niż założona w przedstawionej kalkulacji cenowej ilości zmieszanych odpadów komunalnych. Przystępujący w piśmie z dnia 7 sierpnia 2014 r. wyjaśnił, że zmieszane odpady komunalne będą kierowane do RIPOK Zabrze, a także – wobec braku możliwości zagospodarowania całego strumienia odpadów z Gminy Bobrowniki w ww. instalacji z uwagi na jej moce przerobowe – do instalacji zastępczej Alba MPGK, która w najbliższym czasie uzyska status instalacji regionalnej (co *de facto*, jak wskazano powyżej, nastąpiło kilka tygodni później).

W tym stanie rzeczy nie mógł odnieść skutku zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wyrażającego się zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Alba z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnić należy na wstępie, że mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cenę, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Podkreślenia wymaga również, że choć, co do zasady, oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części czy pozycje kosztorysu, tym niemniej należy dopuścić możliwość badania pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie zaoferowanej ceny całkowitej.

Na marginesie można w tym miejscu dodać, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp możliwe jest wyłącznie po wyczerpaniu procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp. Wykonawca otrzymuje w ten sposób niejako

szansę wytłumaczenia zamawiającemu powodów obniżenia ceny oferty w stopniu, który uzasadniał skierowanie do niego wezwania, przy czym wyjaśnienie winno opierać się na obiektywnych, właściwych tylko wezwanemu wykonawcy, czynnikach, których przykładowy katalog ustawodawca zawarł w treści przepisu art. 90 ust. 2 Pzp. Stąd też jednoczesny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp jest konstrukcją wadliwą, skoro czynność wynikająca z pierwszego przepisu należy poprzedzić czynnością wynikającą z drugiego z nich. Izba miała przy tym na względzie, że Odwołujący – powziawszy w toku rozprawy wiadomość o przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej, której zaniechanie skarżył – cofnął zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Powyższe rozważania nasuwają wniosek, że punktem wyjścia dla ustalenia występowania rażąco niskiej ceny jest porównanie ceny oferty wykonawcy z wartością zamówienia, co wynika zresztą *expressis verbis* zarówno z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak i art. 90 ust. 1 Pzp. *Ergo* zarzut Odwołującego oparty na wysokości cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych i całkowitego wynagrodzenia Przystępującego podanych przez niego w ofercie złożonej w poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (na kanwie którego Izba, w dniu 5 marca 2014 r. wydała wyrok, sygn. akt KIO 327/14) jest z oczywistych względów chybiony. Odwołujący powinien bowiem skupić się na analizie zasadniczo (o czym niżej) całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy Alba w Postępowaniu i zestawić je z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ, w szczególności zaś w OPZ.

Co równie istotne, z uwagi na kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego, ciężar prezentowania materiału dowodowego spoczywa na jego stronach i uczestnikach (por. 190 ust. 1 Pzp), któremu to obowiązku Odwołujący nie sprostował, ponieważ nie zaofiarował Izbie (poza cofniętym na rozprawie wnioskiem o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 327/14 o wątpliwej przydatności dla rozstrzygnięcia tej sprawy) żadnych dowodów na poparcie okoliczności, z których wywodził skutki prawne (tj., co warto ponownie podkreślić, na zaoferowanie przez Przystępującego rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia). Odwołujący poprzestał wyłącznie na zaprzeczaniu możliwości obniżenia przez Przystępującego kosztów realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia z kwoty 4.104.000,00 zł brutto (zaoferowanej w uprzednio przeprowadzonym przetargu) do kwoty 2.117.070,00 zł brutto w Postępowaniu oraz na podkreślanii, że wspomnianym wyrokiem Izby jego oferta została odrzucona z uwagi na stwierdzenie, że zaoferowania wówczas przez Odwołującego cena (2.501.741,00 zł brutto, a zatem niższa od oferowanej w Postępowaniu przez Wykonawcę Alba) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Chcąc nawet podjąć polemikę z pierwszym z przytoczonych powyżej twierdzeń Odwołującego można byłoby równie dobrze wytłumaczyć fakt obniżenia przez Przystępującego ceny zaoferowanej w Postępowaniu brakiem należytego oszacowania kosztów wykonania zamówienia objętego poprzednim postępowaniem, znalezieniem bardziej oszczędnej metody realizacji zamówienia, uwzględnieniem pominiętych uprzednio okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, itd. Nawet gdyby ustalać rażąco niską cenę nie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a do cen oferowanych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (z czym, jak wskazano, zgodzić się nie sposób), to Odwołujący powinien wykazać, że obniżenie przez Przystępującego ceny za realizację przedmiotu zamówienia nie mogło opierać się na rzeczywistych i rzetelnych kalkulacjach, nie zaś poprzestać na wyrażaniu zdziwienia tą okolicznością.

Natomiast w zakresie drugiego z argumentów, nie wdając się w tym miejscu w szczegółową analizę uzasadnienia orzeczenia z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt KIO 327/14 (po pierwsze – dlatego, że nie ma ona istotnego znaczenia w tej sprawie, po drugie – ponieważ nie jest rolą Izby dokonywanie wykładni orzeczeń zapadłych na gruncie innych spraw) Izba stwierdziła, że dotyczyło ono oceny złożonych wówczas wyjaśnień, podczas gdy w rozpoznanej sprawie Odwołujący nie wiedział nawet, że złożenie wyjaśnień miało miejsce i nie odniósł się w ogóle do tej kwestii.

Przechodząc natomiast do argumentacji dotyczącej wysokości stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych (odnoszonych *nota bene* błędnie do stawek zaoferowanych przez Odwołującego i Wykonawcę Alba w uprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) Izba stwierdziła, że także w tym zakresie argumentacja Odwołującego opierała się na niepopartych dowodami twierdzeniach. Wypada przy tym zauważyć, że – jak to stwierdzono powyżej – wystąpienie rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać w kontekście ceny całkowitej, nie zaś jej poszczególnych elementów, chyba że mają one wymierny wpływ na cenę całkowitą.

Nasuwa się zatem wniosek, że chociażby z tej przyczyny odbiór i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych i odpadów budowlanych i rozbiórkowych, mając na uwadze przewidziane przez Zamawiającego szacunkowe ilości w okresie obowiązywania umowy (odpowiednio: 1000Mg i 900Mg), oferowane przez wykonawców ceny jednostkowe brutto (Odwołujący odpowiednio: 216,00 zł i 186,00 zł, Wykonawca Alba odpowiednio: 160,92 zł i 91,80 zł) i wreszcie – udział kosztów ich zagospodarowania w cenie całkowitej ofert brutto (w przypadku Odwołującego było to odpowiednio: 7,94% i 6,16% ceny całkowitej brutto, a w przypadku Przystępującego – 7,6% i 3,9%), nie można było uznać za znaczące elementy kosztotwórcze ofert Odwołującego i Przystępującego.

Abstrahując od powyższego Izba stwierdziła, że zarzut nieuprawnionego zaniżenia kosztów odbioru i zagospodarowania segregowanych odpadów komunalnych (160,92 zł brutto) został oparty wyłącznie na przyjętych przez Odwołującego kosztach zakupu worków do segregowania odpadów, wyliczonych na podstawie przyjętego przezeń zapotrzebowania (21304 sztuk) i założonej ceny zakupu jednej sztuki (0,30 zł brutto). Abstrahując od poprawności wyliczenia pierwszej z przyjętych wartości (całkowitej liczby worków) Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego podał taką właśnie cenę jednostkową, w szczególności nie wykazał, że nie jest możliwe nabycie worków po niższej cenie (np. dokonując skoordynowanych zakupów przez kilka podmiotów w ramach grupy kapitałowej). Na taką okoliczność wskazuje z kolei sporządzona przez Przystępującego kalkulacja cenowa, z której – przy założeniu wyliczonej przez Odwołującego ilości worków – wynikają niższe koszty ich zakupu. Odwołujący pominął również, że Wykonawca Alba mógł założyć większe oszczędności na innych kosztach realizacji usługi (np. transportu), czy wreszcie przyjąć większe od niego przychody z zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów zbieranych selektywnie.

Odnosząc się natomiast do kosztów związanych z odpadami budowlanymi i rozbiórkowymi (91,80 zł) Izba zwróciła uwagę, że zarzut ich zaniżenia przez Wykonawcę Alba został oparty w istocie na twierdzeniu, jakoby koszt zagospodarowania większości rodzajów takich odpadów oscylował w granicach „[...]100,00 zł do 300,00 zł w zależności od instalacji, do której przekaze się odpady.[...]” (odwołanie, str. 6), bez wskazania na dowody, z których miałyby wynikać takie twierdzenie. Podobnie, Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na koszty wykonania usługi w zakresie omawianego rodzaju odpadów ma okoliczność, że można wśród nich znaleźć styropian, piankę, okleinę, tapety, panele, czy wełnę mineralną.

Przechodząc do kosztów odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, które to stanowiły przeważający składnik całkowitej ceny oferty wykonawców, i zaferowanej przez Wykonawcę Alba ceny jednostkowej (277,56 zł brutto) Izba stwierdziła, że rację miał Odwołujący, iż – przyjmując założenie, że cały strumień tych odpadów miałby być skierowany do RIPOK Zabrze – Przystępującemu, po zapłaceniu za przyjęcie i przetworzenie 1Mg takich odpadów, pozostałoby 7,56 zł brutto na pokrycie pozostałych kosztów związanych z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia. Odwołujący wywodził z tego brak możliwości sfinansowania tą kwotą wszystkich kosztów realizacji umowy. Abstrahując nawet od konieczności poparcia tego twierdzenia dowodami (nie jest to bowiem, w ocenie Izby, fakt mieszczący się w dyspozycji przepisu art. 190 ust. 5 Pzp, wobec czego powinnością Odwołującego było przedstawienie choćby uproszczonej kalkulacji przedstawiającej poziom niedoszacowania oferty Wykonawcy Alba, nie zaś ograniczenie się do twierdzeń o istnieniu tej okoliczności, niezależnie od stopnia prawdopodobieństwa jej występowania), to – wobec przyjęcia przez Przystępującego założenia o możliwości

skierowania strumienia odpadów w toku wykonywania umowy do instalacji, która dopiero uzyska status RIPOK – rozstrzygnięcia wymagało, czy poczynienie takiego założenia w składanych wyjaśnieniach było uprawnione. Innymi słowy Wykonawca Alba twierdził na etapie postępowania wyjaśniającego, że jeden z obiektywnych czynników, do których odnosi się przepis art. 90 ust. 2 Pzp (tu należałoby przyjąć, że chodzi o wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla niego) zaistnieje dopiero na etapie realizacji zamówienia publicznego, nie będzie go natomiast na etapie oceny wyjaśnień.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 2 Pzp, mając jednocześnie na względzie okoliczność, że bezspornie już w toku postępowania odwoławczego instalacja Alba MPGK posiadała status RIPOK (co stanowiło założenie w oparciu o które sporządzona została kalkulacja przedłożona Zamawiającemu w toku postępowania wyjaśniającego) Przystępujący był uprawniony do uwzględnienia takiego przewidywania. Trzeba mieć na względzie, że – po pierwsze – z przytoczonego powyżej przepisu wynika konieczność uwzględnienia stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego, co powoduje konieczność wzięcia pod uwagę wszystkich okoliczności, które wpływają na ocenę zarzutów sformułowanych w treści odwołania, nie wyłączając takich, które nastąpiły po jego wniesieniu. Po drugie – nie można zapominać o tym, że kalkulowanie ceny oferty składanej zamawiającemu jest suwerenną decyzją każdego wykonawcy, który – prowadząc działalność gospodarczą immanentnie związaną z podejmowaniem ryzyka (wyrażającego się w zamówieniach publicznych możliwością czasowego wyeliminowania z tego rynku – *vide* art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a, art. 24a oraz art. 154b Pzp, z czego każdy wykonawca, jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, musi zdawać sobie sprawę) – nie może być pozbawiony możliwości niejako wkalkulowania w nie swoich przewidywań, opartych każdorazowo na racjonalnych przesłankach. Po trzecie – nie bez znaczenia była okoliczność, że Wykonawca Alba w przesłanej Zamawiającemu kalkulacji uwzględnił przekazywanie pewnej części zmieszanych odpadów komunalnych do RIPOK Zabrze, co tylko wzmacnia wnioski o jego racjonalnym podejściu do poczynionych założeń. Finalnie, po czwarte, odwołując się ponownie do przepisu art. 191 ust. 2 Pzp, w kontekście celu postępowania odwoławczego, należy przyjąć, że było nim *ad casum* ustalenie, czy Wykonawca Alba zaoferował cenę rażąco niską, czy też nie (tj. czy będzie w stanie należycie zrealizować za nią zamówienie publiczne), nie zaś, czy na pewnym etapie Postępowania cena ta mogła się wydawać rażąco niska. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania Izba poczytuje za nadmierny formalizm, który jest szkodliwy dla procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Należy także wspomnieć, że tezie Odwołującego o nieuprawnionym zaniżeniu przez Przystępującego wszystkich cen jednostkowych w złożonej Zamawiającemu ofercie przeczą

pozostałe dowody przedstawione przez Zamawiającego (tabelaryczne zestawienie cen i umowy). Wynika z nich bowiem, że Odwołujący, w okresie luty-marzec 2014 r., realizował na rzecz Zamawiającego usługę tożsamą, co objęta przedmiotem zamówienia, po cenach niższych, niż zaoferowane w Postępowaniu przez Wykonawcę Alba, natomiast w okresie kwiecień-wrzesień 2014 r. – po cenach nieznacznie wyższych, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Stanowi to, w ocenie Izby, dodatkowy dowód na okoliczność, że zaoferowane przez Przystępującego ceny mają walor rynkowych, tzn. są spotykane wśród podmiotów świadczących usługi odbioru i zagospodarowania odpadów.

Reasumując – Odwołujący nie podołał udowodnieniu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Warto zauważyć, że z obowiązku instruowania postępowania dowodowego nie zwalniał Odwołującego ani brak znajomości przebiegu Postępowania i jego akt (tu – brak wiedzy o przeprowadzeniu pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp), ani objęcie części wynikających z nich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Z uwagi na powyższe nie miało generalnie znaczenia procentowe porównywanie ceny oferty Przystępującego z wartością szacunkową zamówienia, czy ofertami złożonymi przez innych wykonawców, co mogło *nota bene* stanowić ewentualnie podstawę do wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp (która to procedura została przeprowadzona), nie zaś samodzielny argument uprawniający do uznania, że złożona przez Wykonawcę Alba oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie mógł również odnieść skutku zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 Pzp (postawiony mimo niewiedzy o fakcie przeprowadzenia i przebiegu wspomnianego postępowania wyjaśniającego), ponieważ Wykonawca Alba wyjaśnienia złożył, a Odwołujący nie udowodnił, że ich ocena, wraz z załączonymi dowodami, potwierdzać miała, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie był również uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się w istocie do twierdzenia o popełnieniu przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji mającego przypuszczalnie (jak wskazuje sam Odwołujący) polegać na celowym zaoferowaniu przez niego w poprzednim przetargu ceny rażąco wygórowanej tylko po to, aby poznać ofertę cenową Odwołującego i wyeliminować go ze wspomnianego postępowania skutecznie stawiając jego ofercie zarzut rażąco niskiej ceny, aby w konsekwencji, w toku Postępowania, zaoferować cenę niższą od wskazanej uprzednio przez samego Odwołującego.

W całym uniwersum przytoczonych przez Odwołującego na uzasadnienie omawianego zarzutu okoliczności, mających w istocie spekulacyjny charakter, Izba dostrzegła pewne nieścisłości. Gdyby przyjąć, że Wykonawcy Alba rzeczywiście przyświecał opisany w odwołaniu cel (określany ogólnym mianem wykluczenia wykonawców podających ceny

odpowiadające rzeczywistej realizacji zamówienia – patrz: odwołanie, str. 8), to musiałby – po pierwsze – wiedzieć, że jego oferta nie będzie najkorzystniejszą spośród złożonych w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie – przewidzieć wygranie postępowania odwoławczego, prowadzonego pod sygn. akt KIO 327/14 (czyli **antycypować** skuteczność zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego), po trzecie – mieć pewność, że w Postępowaniu zaoferuje cenę niższą niż sam Odwołujący (którą nie tyle musiał – jak wynika z argumentacji Odwołującego – ją podnieść, ile odpowiednio uzasadnić jej zaoferowanie). Powyższe nie pozwoliło Izbie na przyjęcie, że złożenie przez Przystępującego oferty w Postępowaniu wyczerpywać miało znamiona jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Znk”.

Jeżeli natomiast Odwołującemu chodziło o popełnienie przez Wykonawcę Alba czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk, zgodnie z którym jest nim utrudnianie dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, to Izba uznała, że nie zostało udowodnione zaistnienie przesłanek wynikających z treści tej regulacji. Abstrahując od okoliczności, że brak jest potwierdzenia dla tezy o nieuprawnionym zaniżeniu przez Przystępującego cen poszczególnych elementów kalkulacyjnych składających się na przedmiot zamówienia (czy też, generalnie, ceny całkowitej), to powołany przepis wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem, zdaniem Izby, należy tłumaczyć użyte w omawianej regulacji sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy – zdaniem Izby – jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238).

Przewodniczący: