

WYROK

z dnia 13 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. Spokojna 15** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Prezydenta Miasta Legnicy, 59 – 220 Legnica, pl. Słowiański 8**

przy udziale wykonawcy **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. Nowodworska 60** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. Spokojna 15** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki**

Komunalnej Sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. Spokojna 15 tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. Spokojna 15** na rzecz **Prezydenta Miasta Legnicy, 59 – 220 Legnica, pl. Słowiański 8** kwotę 4 332 zł 16 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści dwa złote szesnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Legnica, w imieniu której działa Prezydent Miasta Legnicy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Gminy Legnica”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2013 r. pod nr 2013/S 079-133355.

Wykonawca, konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o. w Legnicy, A.S.A. Eko Polska Spółka z. o.o. w Zabrze, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrze, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty, która winna być odrzucona,
- art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, co prowadzić może do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tej ustawy,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieodrzuconie ofert Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. oraz Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., pomimo iż te oferty zawierają "rażąco niską cenę".
- art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, mających oczywisty wpływ na możliwość ustalenia przez zamawiającego faktu zaoferowania "rażąco niskiej ceny",
- art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od wykonawców, które implikowało brakiem oceny wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 i nie uwzględnienie tym samym obiektywnych czynników wpływających na koszty wykonania zamówienia, zwłaszcza elementów cenotwórczych świadczonych usług, a tym samym dopuszczenie ofert zawierających „rażąco niską cenę”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenia czynności badania ofert, ze szczególnym uwzględnieniem badania cen złożonych ofert, w odniesieniu do cen rynkowych, elementarnych składników cenotwórczych ofert oraz cen ofert składanych przez uczestników postępowania w innych postępowaniach po uprzednim wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
- wezwania Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz

Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny, ze szczególnym uwzględnieniem kosztów bezpośrednich, płac pracowników, kosztów paliwa, kosztu napraw samochodów, ubezpieczenia/kosztów bazy, amortyzacji oraz kosztów ogólnego zarządu oraz przedstawienia dowodów na powyższe okoliczności.

- powołania biegłego z zakresu wyceny usług odbioru odpadów komunalnych, na okoliczność ustalenia czy zakres rzeczowy ofert złożonych przez wykonawców wskazanych w pkt. 1.3 powyżej, obejmujący istotne dla kalkulacji wynagrodzenia wykonawcy składniki cenotwórcze świadczonych usług, możliwy jest do zrealizowania za wynagrodzeniem umownym zaoferowanym przez ww. wykonawców, w kontekście zachowania uczciwej konkurencji,

- odrzucenia ofert ww. wykonawców w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub w przypadku, jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- odrzucenia ofert ww. wykonawców, z uwagi na przesłanki prowadzące do uzasadnionego twierdzenia o istnieniu nieformalnej zmowy cenowej, pomiędzy ww. wykonawcami, a zatem oczywistego naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- wyboru wykonawcy zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł także o:

- dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania przetargowego IM. RZP.271.6.2013,

- zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia Izbie w charakterze dowodu kompletnej dokumentacji postępowania,

- dopuszczenie dowodów z dokumentów w postaci kopii oferty WPO ALBA SA w innym postępowaniu na okoliczności wysokości wynagrodzenia za 1 Mg stosowanego przez tego wykonawcę w miejscowościach położonych bliżej Wrocławia czyli siedziby spółki,

- dopuszczenie dowodu z przesłuchania zamawiającego na okoliczność ustalenia kryteriów, jakimi posłużył się przy ocenie złożonych ofert, w zakresie zbadania oferowanych cen, w szczególności w odniesieniu do oszacowanej wartości zamówienia oraz kwoty jaką zamawiający przewidział na jej realizację.

- dopuszczenie dowodu z przesłuchania wykonawców: Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z/s w Legnicy oraz Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A we Wrocławiu, na okoliczność ustalenia wartości kosztów całkowitych świadczonych usług, w tym kosztów bezpośrednich, płac pracowników, kosztów paliwa, kosztu napraw samochodów, ubezpieczenia/kosztów bazy, amortyzacji oraz kosztów ogólnego zarządu oraz zakresu oferty, który zamierzają realizować samodzielnie- bez udziału podwykonawców, a także warunków w jakich realizowane ma być zamówienie w kontekście braku siedziby Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A

w Legnicy i okolicach oraz stawek stosowanych w innych postępowaniach przedmiotowo podobnych,

- dopuszczenie dowodu z przesłuchania wykonawców: Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na okoliczność wyjaśnienia, czy oddanie mu w trybie art. 26 ust. 2b Pzp zasobów kadrowych i technicznych przez podmioty trzecie ma charakter odpłatny, czy też jest to świadczenie nieodpłatne,

- dopuszczenie dowodu z przesłuchania odwołującego na okoliczność ustalenia składników cenotwórczych, jakie należy brać pod uwagę przy konstruowaniu oferty na usługi objęte przedmiotem zamówienia, a także ustalenia minimalnych kryteriów opłacalności i rentowności świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych,

- orzeczenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz dojazdu.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu miasta Legnicy z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a na terenie których powstają odpady komunalne, w okresie od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2016 r. Powierzchnia miasta Legnicy wynosi 56,29 km², zaś liczba mieszkańców zameldowanych na pobyt stały na terenie miasta to 98.357 osób (zgodnie ze stanem na 31.12.2012r.), a liczba osób zameldowanych na pobyt czasowy wynosi około 3.023 osoby (również stan na 31.12.2012r.). Ponadto, jak poinformował zamawiający - podział ludności w mieście Legnicy wg typu zabudowy wygląda następująco:

- a) zabudowa wielorodzinna - 68%,
- b) zabudowa jednorodzinna - 32%;

Zamawiający oszacował ilość odpadów przewidzianych do odbioru w ramach udzielonego zamówienia na 164.664 Mg, czyli 4.574 Mg miesięcznie.

W terminie do złożenia ofert wpłynęły trzy oferty, w tym oferta odwołującego oraz Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., a także Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, iż kwota jaką przewidział na realizację zamówienia wynosi 20.880.000,00 zł. Złożone oferty opiewały na następujące kwoty:

- Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. - 12.448.598,40 zł brutto,
- Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - 6.579.973,44 zł brutto,
- Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Spółka z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - 16.894.526,40 zł brutto.

Odwołujący podniósł, iż oferty złożone przez ww. wykonawców dwóch wykonawców, poprzedzających w rankingu ofert ofertę odwołującego, zawierają rażąco niskie ceny, zaś

dalsza analiza ofert uzasadnia postawienie hipotezy o istnieniu pomiędzy nimi z umowy cenowej.

Złożone oferty charakteryzuje zauważalna rozbieżność cenowa. Ceny ofertowe w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia, już na pierwszy rzut oka wydają się być odrealnione. Zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia w sposób rzetelny i do obliczeń przyjął obowiązujące ceny i stawki rynkowe. Oczywistym jest, iż konkurencja pomiędzy wykonawcami implikuje obniżanie cen ofert. Co do zasady odbywa się to poprzez pomniejszanie marży wykonawcy. Nie powinno to następować poprzez świadome przyjmowanie zaniżonych i „odrealnionych” elementów składowych ceny ofertowej, na które składają się koszty i ciężary ponoszone przez wykonawcę.

Zarówno cena ryczałtowa za cały okres świadczenia usług, jak również zaoferowana przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. stawka za 1 Mg odebranych odpadów (39,96 zł brutto) oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (75,60 zł brutto), stanowią 31,51 % oraz 59,62 % wartości zamówienia. Powyższe w połączeniu z wiedzą odwołującego w przedmiocie stawek oferowanych przez WPO ALBA w tożsamych postępowaniach (Gmina Borów - 138,84 zł. brutto/tona, Gmina Czernica - 130,48 zł. brutto/tona, Gmina Żórawina - 123,27 zł. brutto/tona) stawiają pod znakiem zapytania rzetelność dokonanego wyliczenia stawek. Różnica pomiędzy tymi stawkami w sposób oczywisty przemawia za uznaniem, iż mamy w tym wypadku do czynienia z pojęciem rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego te wskaźniki winny wzbudzić u zamawiającego zaniepokojenie i skutkować wezwaniem do wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty. Koszty stałe stanowią z reguły około 70 - 90 % ceny.

Odwołujący wskazał, że WPO ALBA SA nie posiada siedziby w mieście Legnica i nigdy nie świadczyła usług w tym mieście na szerszą skalę, a zatem kalkulacja cenowa winna być nad wyraz ostrożna. Pomimo oczywistego w tych okolicznościach obowiązku ustawowego zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień. Zdaniem odwołującego, wykonywanie zamówienia za oferowaną cenę w ofercie najkorzystniejszej będzie przynosiło olbrzymie straty.

Odwołujący podniósł także, że w ofercie Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wykonawca oświadczył, iż żadnego z elementów zamówienia nie zamierza zlecać podwykonawcom. Jednocześnie dokumenty załączone do oferty wskazują, iż przy realizacji zamówienia w znacznej części polegać będzie na zasobach podmiotów trzecich, tak kadrowych jak również technicznych. Dotyczy to zwłaszcza odbioru i transportu odpadów (z reguły zasoby te obejmują kierowcę wraz z pojazdem specjalistycznym). W ocenie odwołującego, jest to świadome obejście prawa przez wykonawcę, poprzez zastosowanie możliwości jaką daje norma art. 26 ust 2b Pzp, celem uniknięcia konieczności

informowania zamawiającego o kosztach związanych z „udostępnieniem zasobów” przez podmiot trzeci (poprzez przedstawienie umowy z faktycznym podwykonawcą).

W ocenie odwołującego, zamawiający badając złożone oferty w zakresie ich cen, winien wziąć pod uwagę wszystkie te czynniki i odnieść je do dokonanego przez siebie oszacowania oraz cen pozostałych ofert, bowiem dla zamawiającego, punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty poza ustaloną przez niego wartością zamówienia, powinny być także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, itp.

W kontekście zaoferowanych cen, odwołujący dopatruje się przesłanek uzasadniających słuszność tezy o istnieniu zмовы cenowej pomiędzy oboma podmiotami. Wskazana powyżej znaczna różnica stawek zaoferowanych przez WPO ALBA S.A. w stosunku do innych postępowań wydaje się pozostawać w ścisłym związku z zakresem części zamówienia, którą zamierza zlecić podwykonawcy, a która dotyczy podstawiania i opróżniania pojemników, transportu odpadów, mycia oraz dezynfekcji i dezynsekcji, a także napraw technicznych pojemników — a zatem czynności wymagających posiadania na terenie Miasta Legnica lub najbliższych okolic stosownej bazy. W zasadzie wykonawca ten zamierza niemal całe zamówienie powierzyć podwykonawcom.

Według wiedzy odwołującego, WPO ALBA S.A. nie posiada na terenie objętym przedmiotowym zamówieniem żadnej bazy, pozwalającej na składowanie i zabezpieczenie sprzętu niezbędnego do wykonania zlecenia, a zatem jedynym logicznie możliwym podmiotem mogącym świadczyć mu w powyższym zakresie wydaje się być Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., a byłoby to możliwe za cenę znacznie wyższą niż ta zaoferowana w postępowaniu przez LPKG Sp. z o.o.

Powyższe wymaga zatem zbadania czy wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. świadomie nie złożył oferty zawierającej rażąco niską cenę, z zamiarem świadczenia usług podwykonawczych na rzecz WPO ALBA S.A. w przypadku właściwej reakcji Zamawiającego i odrzucenia oferty najtańszej z uwagi na cenę nie realną i odbiegającą o standardów rynkowych. Zachowanie takie w sposób oczywisty naruszałoby równowagę wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadza zakaz zawierania przez przedsiębiorców porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (art. 6 ust. 1 uokik). W mającym otwarty charakter katalogu, określającym najczęściej zawierane rodzaje porozumień wskazano, że porozumienie ograniczające konkurencję może polegać na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert - w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik). Przepis

ten zakazuje uzgodnień w przetargach bez względu na status organizatora przetargu, w szczególności na gruncie postępowań prowadzonych na podstawie ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zmowy przetargowe występują w wielu formach. Pozory rzeczywistej konkurencji stwarza składanie tzw. ofert komplementarnych, które są tak przygotowane, że tylko jedna z nich może być wybrana jako najkorzystniejsza. Formę rekompensaty za rezygnację z udziału w postępowaniu może stanowić również kontrakt podwykonawczy z wykonawcą, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie odwołującego, zamawiający winien w powyższym kontekście zwrócić większą uwagę na zachowanie obu wykonawców oraz bardziej wnikliwie dokonać badania złożonych ofert.

W dniu 2013 r. wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wyjaśnił, że zamawiający wezwał przystępującego w dniu 16 maja 2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i takie wyjaśnienia zostały przez przystępującego złożone w zakreślonym przez zamawiającego terminie, tj. w dniu 20 maja 2013 r. Podniósł, że odwołujący jako wykonawca, którego oferta została oceniona na trzeciej pozycji nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. nie wskazał w swojej ofercie przystępującego jako podwykonawcy oraz że nie posiada z tym wykonawcą żadnych powiązań, a zarzuty podniesione w odwołaniu są bezpodstawne.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem ma on interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby zarzuty podniesione w odwołaniu wobec dwóch ofert poprzedzających ofertę odwołującego w rankingu ofert potwierdziły się, wówczas odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Oferta tego wykonawcy została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, co uzasadnia w pełni interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu w terminie do złożenia ofert wpłynęły trzy oferty, w tym oferta odwołującego oraz Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., a także Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, iż kwota jaką przewidział na realizację zamówienia wynosi 20.880.000,00 zł. Złożone oferty opiewały na następujące kwoty: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. - 12.448.598,40 zł, Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - 6.579.973,44 zł, konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Ganswinkel Legnica Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Spółka z. o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - 16.894.526,40 zł.

W dniu 16 maja 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca ten w terminie 20 maja 2013 r. stosowne wyjaśnienia złożył do zamawiającego wraz z załączonymi do wyjaśnień dowodami, zastrzegając ich treść jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Skuteczność i zasadność tego zastrzeżenia nie zostały zakwestionowane w trybie odwoławczym przez żadnego z pozostałych wykonawców, w tym także przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba zważyła co następuje.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A do udzielenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający w dniu 16 maja 2013 r. wezwał Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia zostały złożone przez wykonawcę w dniu 20 maja 2013 r. Treść wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W powyższym zakresie odwołujący nie zakwestionował w terminie na wniesienie odwołania skuteczności powyższego zastrzeżenia, a wobec tego informacje te nie podlegają ujawnieniu. Zarzut co do skuteczności zastrzeżenia treści ww. wyjaśnień jako tajemnicy

przedsiębiorstwa na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp nie podlegał rozpoznaniu w ramach niniejszego postępowania, gdyż nie został zawarty w odwołaniu.

W odniesieniu do oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, biorąc pod uwagę w szczególności, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę kształtuje się powyżej średniej ceny obliczonej w oparciu o ceny trzech ofert złożonych w tym postępowaniu. Podkreślić należy, że zamawiający musi mieć przesłanki do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp racjonalnie uzasadniające wezwanie do złożenia wyjaśnień w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny oferty. Zamawiający nie jest uprawniony do stosowania tego przepisu „z ostrożności” w sytuacji, gdy brak jest racjonalnych podstaw do stwierdzenia, że cena oferty jest ceną rażąco niską. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę okoliczności tego konkretnego postępowania i cen ofert złożonych w postępowaniu, jak również kwoty jaką zamawiający przewidział na sfinansowanie tego zamówienia, takie przesłanki nie wystąpiły, a zatem należy uznać, że zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1, który to zarzut został podniesiony przez odwołującego w oparciu o mylne przeświadczenie, że wyjaśnienia nie zostały w ogóle złożone – w odniesieniu do oferty Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Podnoszony przez odwołującego na rozprawie brak wiedzy zamawiającego co do wartości, przyjętych do kalkulacji ceny oferty, poszczególnych elementów kosztowych realizacji zamówienia nie dowodzi w ocenie Izby braku prawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez przystępującego. Zauważyć należy, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień nie wskazywała konkretnych elementów, które wykonawca był zobowiązany wyjaśnić. Również żaden z przepisów ustawy Pzp nie ogranicza wykonawcy co do formy lub zakresu składanych wyjaśnień. W tym zakresie ustawa Pzp pozostawia swobodę wykonawcy, który w zależności od jego indywidualnej sytuacji może przedstawić czynniki i uwarunkowania, które wpływają na poziom zaoferowanej ceny. Podkreślić w szczególności należy, że ustawa Pzp nie zobowiązuje wykonawcy do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Zatem nieprzedstawienie wyjaśnień w tej formie nie może uzasadniać zarzutu braku złożenia wyjaśnień lub braku możliwości oceny, czy cena oferty jest ceną rażąco niską. Izba zwraca również uwagę na treść art. 90 ust. 3 Pzp, który wskazuje, że zamawiający może uznać, że cena oferty jest ceną rażąco niską i odrzucić ofertę, tylko wówczas gdy wyjaśnienia nie zostały złożone lub ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami **potwierdza**, że cena oferty jest ceną rażąco niską.

W odniesieniu do drugiego wykonawcy należało uznać, że skoro wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie było uzasadnione, jak Izba wskazała powyżej, to tym samym zarzut braku oceny tych wyjaśnień nie jest zasadny.

Niezasadny w ocenie Izby jest również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. oraz oferty Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., jako ofert zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceniając cenę oferty w tym aspekcie, jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, należy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności danego postępowania oraz konkretne uwarunkowania rynkowe, a także w szczególności okoliczności przedstawione przez wykonawcę w ramach złożonych wyjaśnień, dotyczące indywidualnej sytuacji danego wykonawcy, w tym obiektywnych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Nie jest wystarczające porównanie jedynie arytmetyczne cen ofert oraz wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, ustalonej przez zamawiającego. Jak słusznie wskazywał zamawiający wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, została ustalona na poziomie gwarantującym sfinansowanie przedmiotu zamówienia, a zatem jest wartością uwzględniająco obiektywnie najwyższe możliwe w danych realiach rynkowych koszty realizacji przedmiotu przez potencjalnego wykonawcę, co oznacza, że w wyjątkowo sprzyjających warunkach realizacji zamówienia cena oferty może znacznie odbiegać od tej wartości.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, że złożone oferty charakteryzuje zauważalna rozbieżność cenowa oraz ceny ofertowe wskazanych dwóch wykonawców w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia, już na pierwszy rzut oka wydają się być odrealnione. W ocenie Izby uzasadnione wątpliwości mogły powstać wyłącznie w stosunku do oferty złożonej przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Z tego też względu słusznie zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Ceny ryczałtowe za cały okres świadczenia usług zaoferowane przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. stanowią 31,51 % oraz 59,62 % szacunkowej wartości zamówienia, obejmującego trzyletni okres świadczenia usług.

Porównanie powyższych cen w przedmiocie stawek oferowanych przez WPO ALBA w innych postępowaniach nie stanowi dowodu na nierzetelność cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Jak wskazywał zamawiający, co potwierdził także sam odwołujący na rozprawie, ceny oferowane przez wykonawców w zakresie usług odbioru odpadów komunalnych w innych postępowaniach nie zawsze są porównywalne, z uwagi na

różny zakres świadczenia objętego przedmiotem zamówienia oraz istotne różnice jeśli chodzi o warunki świadczenia usług.

Odwołujący podnosił także, że w ofercie Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wykonawca przy realizacji zamówienia w znacznej części polegać będzie na zasobach podmiotów trzecich, tak kadrowych jak również technicznych. Zauważyć należy, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp daje wykonawcom taką możliwość, a wobec tego skorzystanie z tej możliwości nie stanowi naruszenia prawa.

Jako dowód potwierdzający zarzut rażąco niskiej ceny w obu ofertach odwołujący złożył kalkulację, którą należy ocenić raczej jako założenia do kalkulacji ceny oferty w zakresie kilku elementów mających wpływ na wysokość ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jak wynika z wyjaśnień przystępującego złożonych na rozprawie oraz wyjaśnień złożonych do zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, założenia te nie odpowiadają faktycznym warunkom realizacji zamówienia przez przystępującego. Przede wszystkim odwołujący błędnie przyjął koszty amortyzacji sprzętu, którego wartość została obliczona dla nowego sprzętu (śmieciarek) o znacznej wartości. Ponadto, odwołujący założył koszty pracowników, nie uwzględniając okoliczności, że przystępujący zleca w znacznej części wykonanie usług firmom- innym podmiotom, korzystając z ich zasobów kadrowych i technicznych, a w związku z tym nie ponosi tak znacznych kosztów pracowników. Odwołujący przyjął także koszty związane z rozstawieniem pojemników na odpady, których przystępujący nie poniesie w związku z tym, że pojemniki znajdują się rozlokowane w punktach odbioru odpadów w związku z dotychczas wykonywaną usługą na tym terenie. Inaczej niż w przyjętych przez odwołującego założeniach będą kształtować się także koszty paliwa i naprawy sprzętu, które w związku z wydzierżawieniem śmieciarek przez przystępującego są ponoszone przez dzierżawców, którzy dodatkowo wnoszą stosowne opłaty z tego tytułu na rzecz przystępującego, stanowiące jego przychód. Przystępujący wskazał również na bliską odległość do RIPOK-u, co w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do innych zamówień stanowi okoliczność korzystnie wpływającą na zmniejszenie kosztów paliwa przy świadczeniu usług. Izba wzięła pod uwagę również, że zarówno na rozprawie, jak w ramach złożonych wyjaśnień do zamawiającego, przystępujący poparł swoje twierdzenia licznymi dowodami w postaci umów zawartych przedsiębiorcami na czas nieokreślony, faktur za transport odpadów oraz przedstawił załącznik przedstawiający cennik usług obowiązujący od 1 stycznia 2013 r. Przystępujący wykazał zatem obiektywne czynniki wpływające na cenę oferty, w tym w szczególności oszczędność metody realizacji zamówienia, sprawdzone rozwiązania techniczne i sprzyjające warunki realizacji zamówienia, które dostępne dla tego wykonawcy wpłynęły na obniżenie ceny oferty. Warunki powyższe nie są dostępne dla innych wykonawców, zatem niemiarodajne jest w tym przypadku arytmetyczne porównanie ceny oferty i cen jednostkowych zaoferowanych przez

przystępującego z cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. W tych okolicznościach nie ma podstaw do uznania słuszności zarzutu, że cena zaoferowana przez wykonawcę Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że zgromadzony materiał dowodowy pozwala w pełni na rozpoznanie zarzutu i nie wymaga wiadomości specjalnych, a w związku z tym nie uwzględniła wniosku odwołującego o powołanie biegłego zawartego w odwołaniu.

Zarzut zмовы cenowej pomiędzy Legnickim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., a Wrocławskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania ALBA S.A. został uzasadniony przez odwołującego stwierdzeniem, że „dalsza analiza ofert uzasadnia postawienie hipotezy o istnieniu pomiędzy nimi zмовы cenowej”. Przy tej argumentacji należy stwierdzić, że poza postawieniem hipotezy co do zмовы cenowej pomiędzy wykonawcami, odwołujący nie przedstawił żadnych racjonalnych argumentów, ani w szczególności dowodów na poparcie tego zarzutu. Odwołujący twierdził w odwołaniu, że wymaga zbadania okoliczność, czy wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. świadomie nie złożył oferty zawierającej rażąco niską cenę, z zamiarem świadczenia usług podwykonawczych na rzecz WPO ALBA S.A. w przypadku odrzucenia przez zamawiającego oferty najtańszej z uwagi na cenę nierealną i odbiegającą od standardów rynkowych. Podkreślić jednak w tym miejscu należy, że z uwagi na kontradictoryjność postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, to po stronie odwołującego spoczywa ciężar udowodnienia twierdzeń, na które się powołuje, formułując zarzuty odwołania, stosownie do art. 6 k.c. Odwołujący jest zobowiązany wykazywać fakty potwierdzające zarzuty. Wskazywanie jedynie wątpliwości nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu przez Izbę. W przypadku niniejszego odwołania zarzut zмовы cenowej należało uznać zatem za nieudowodniony przez odwołującego.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, a tym samym niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....