

WYROK
z dnia 2 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach, 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 232 A** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Świdnica, 58-100 Świdnica, ul. Armii Ludowej 49,**

przy udziale wykonawcy **Zakładu Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, 58-100 Świdnica, ul. Metalowców 4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1446/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach, 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 232 A i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach, 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 232 A** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miasta Świdnica, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora III Miasta Świdnica oraz ich zagospodarowanie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2013 r., nr 2013/S 070-116830.

Zamówienie podzielone na części (III sektory miasta).

W dniu 7 czerwca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 17 czerwca 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 17 czerwca 2013 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego:

1. odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę
2. dokonania wyboru oferty wykonawcy Zakładu Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, zwanego dalej „Zakładem Oczyszczania Miasta”, jako oferty z najkorzystniejszą cenę

w konsekwencji

3. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty z najkorzystniejszą cenę podjętych w toku przedmiotowego postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zastosowanie tego przepisu do odwołującego w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw
2. art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe dokonanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień odwołującego i uznanie, że wyjaśnienia odwołującego potwierdziły, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wybór oferty wykonawcy Zakładu Oczyszczania Miasta jako oferty najkorzystniejszej
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie

zapewnienie przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
3. dopuszczenie dowodu z dokumentów złożonych w niniejszym postępowaniu odwoławczym na okoliczności wskazane w uzasadnieniu
4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych i zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający w sposób niewłaściwy dokonał oceny wyjaśnień odwołującego a także w sposób niewłaściwy oszacował wartość przedmiotu zamówienia co doprowadziło zamawiającego do przypuszczenia, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający przygotowując SIWZ nie dysponował danymi w zakresie ilości wytwarzanych na terenie nieruchomości zamieszkałych położonych w sektorze III miasta Świdnica odpadów komunalnych zarówno zmieszanych, jak i zbieranych selektywnie. Dane jakimi posługiwał się zamawiający w SWIZ dotyczą całego terenu miasta Świdnica i wszystkich położonych na jego terenie nieruchomości zarówno zabudowanych, jak i niezabudowanych. Powyższe oznacza to, że oszacowanie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego nie zostało dokonane należycie, a przeznaczenie na jego realizację budżetu w kwocie 4 463 998,27 zł. zostało znacznie zawyżone. Tezę taką potwierdzają także kwoty budżetu przeznaczone przez zamawiającego na realizację zamówienia o tożsamym przedmiocie w sektorze I i II. Oszacowany przez zamawiającego na realizację tego konkretnego przedmiotu zamówienia budżet został zawyżony, a zatem cena ofertowa odwołującego nie powinna być do niego odnoszona, co oznacza, że nie może być punktem wyjścia do badania, czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego odwołujący podniósł, iż przygotował swoje wyjaśnienia w taki sposób by uczynić zadość oczekiwaniom zamawiającego. To zamawiający, dokonując ich oceny, powinien wziąć pod uwagę obiektywne czynniki związane z realizacją przedmiotu zamówienia na jakie wskazał w wyjaśnieniach odwołujący, a czego zamawiający nie uczynił. Za niewystarczające zamawiający uznał rozbitcie kosztów przyjętych w kalkulacji na trzy grupy, oczekując od odwołującego wskazania kwot składowych ceny, podczas gdy z przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień wprost wynika jaki koszt wiąże się z realizacją zamówienia dla odwołującego (koszt ten wynosi netto 1541 650,50 zł. i a na tak

określoną kwotę składają się zdefiniowane pozycje kosztowe potwierdzone przedłożonymi w załączeniu dokumentami). Wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że cena skalkulowana w ofercie daje odwołującemu możliwość należytej realizacji tego konkretnie zamówienia po kosztach obliczonych w ofercie, które przewidują także zysk dla odwołującego.

Wskazane przez odwołującego czynniki są obiektywne i odpowiadają rzeczywistości a zatem zamawiający dokonując ich oceny winien uznać ich wpływ na cenę. Tym bardziej, że średnia cena ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wynosi kwotę 2 911 018,70 zł., zatem odnosząc ofertę odwołującego do pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu należało uznać, że kalkulacja odwołującego jest realna.

Reasumując odwołujący podniósł, iż ocena wyjaśnień odwołującego dokonana przez zamawiającego była nierzetelna chociażby ze względu na błędne uznanie, że szczegółowe zestawienie stanów i obrotów środków trwałych, w tym pojemników do gromadzenia odpadów, które są w pełni zamortyzowane a nie służą do selektywnej zbiórki nie ma żadnego wpływu na cenę ofertową ponieważ - jak stwierdził zamawiający - przedmiot zamówienia nie obejmuje wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady komunalne zmieszane. Takie twierdzenie zamawiającego potwierdza tezę o nierzetelności i wybiórczym dokonaniu oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego.

W dniu 18 czerwca 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 21 czerwca 2013 r. (pismem z dnia 19 czerwca 2013 r.) wykonawca Zakład Oczyszczania Miasta przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z akt postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 4.463.998,27 zł. i taką kwotę zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia dla sektora III miasta Świdnica.

W postępowaniu złożono cztery oferty, tj. oferta złożona przez odwołującego na kwotę 1.808.244,06 zł. brutto; oferta złożona przez wykonawcę Zakład Oczyszczania Miasta na kwotę 2.552.975,27 zł. brutto; oferta złożona przez wykonawcę Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu na kwotę 2.979.442,44 zł. brutto oraz oferta złożona przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu na kwotę 4.303.414,14 zł. brutto.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2013 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, wskazując iż prosi o przekazanie szczegółowej kalkulacji cenowej uwzględniającej wszystkie elementy kosztowe odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia wskazanego w rozdziale III SIWZ.

Odwołujący, pismem z dnia 31 maja 2013 r., złożył wyjaśnienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż ustalenie wartości zamówienia jest kluczową czynnością postępowania o zamówienie publiczne. Bezspornym jest także, iż ustawa o utrzymaniu porządku i czystości w gminach zobowiązała gminy do przeprowadzenia przetargów na odbiór odpadów komunalnych lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. W niniejszym stanie faktycznym wartość szacunkową zamówienia – jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie – zamawiający ustalił w oparciu o kalkulację kosztów usługi związanej z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora III miasta Świdnica. Podstawą do jej oszacowania była więc informacja przygotowana przez jego merytoryczny referat w październiku i listopadzie 2012 r., w której obliczono szacunkowy koszt usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora III w okresie od 1 lipca 2013 r. do 31 grudnia 2014 r. (4.463.998,27 zł) W informacji tej wskazano także m.in. dane dotyczące ilości osób zamieszkałych w rejonie oraz ilości wytwarzanych przez nie dotychczas odpadów, uwzględniając przy tym występujące na rynku lokalnym ceny usług i materiałów. Nie można więc zamawiającemu postawić zarzutu braku dochowania należytej staranności przy dokonywaniu tej czynności (ustalenia szacunkowej wartości zamówienia). Czynności tej – jak wynika z akt postępowania - dokonano bowiem z należyłą starannością. Natomiast okoliczność, iż ceny zaoferowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie tego

zamówienia odbiegają od szacunkowej wartości zamówienia nie świadczą o błędnym dokonaniu oszacowania przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, ale są przejawem konkurencji na rynku tego rodzaju usług.

W niniejszym stanie faktycznym – co konsekwentnie podnosił zamawiający - powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez odwołującego, odnosząc ją m.in. do wartości szacunkowej zamówienia, jak i okoliczności, iż cena oferty tego wykonawcy „znacznie odbiega od pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu”. „Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska” (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Tym samym zamawiający uprawniony był do skierowania zapytania do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Cena ta (zaoferowana przez odwołującego) niewątpliwie odbiega zarówno od szacunkowej wartości zamówienia, jak cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez innych wykonawców. Niemniej jednak nawet cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie, gdyż to właśnie udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem wyjaśnienia złożone przez odwołującego, mimo jednoznacznego wezwania, w tym żądania przedstawienia przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji cenowej uwzględniającej wszystkie elementy kosztowe odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia wskazanego w rozdziale III SIWZ, informacji takich nie zawierają. Wyjaśnienia te są rzeczywiście ogólnikowe i w dużej mierze - jak słusznie podniósł zamawiający – odnoszą się do statusu firmy na rynku polskim i zagranicznym, jej strategii, a także faktu posiadania certyfikatu ISO, natomiast nie przedstawiają żądanej przez niego kalkulacji. Odwołujący wskazał, iż kalkulując ofertę wziął pod uwagę uwarunkowania lokalne, doświadczenie techniczne i jego zasoby. Powołał się więc na takie okoliczności, na które może się powołać praktycznie każda firma i to nie tylko z branży tego rodzaju usług. Nie przedstawił bowiem jaki faktyczny wpływ na cenę oferty miały te właśnie czynniki. Co więcej – jak wykazał zamawiający – odwołujący był niekonsekwentny nawet w zakwalifikowaniu podanych w wyjaśnieniach zresztą niektórych tylko kwot, odnosząc np. koszty dyspozytora raz do kosztów pośrednich, raz natomiast do kosztów bezpośrednich. Powoływał się także na fakt posiadania zamortyzowanych pojemników co miało znacznie obniżyć koszt zaoferowanej ceny. Tymczasem kosztu pojemników – jak wykazał to zamawiający – nie będzie ponosił, gdyż te opłaty, zgodnie z treścią SIWZ,

ponosić będą mieszkańcy. Odwołujący nie przedstawił więc kalkulacji zaoferowanej ceny, mimo iż właśnie sposobu kalkulacji ceny oczekiwał od niego zamawiający. Nie przedstawił także żadnych dowodów potwierdzających okoliczności, na które się powoływał w treści złożonych wyjaśnień. Tym samym żadna z wymienionych przez odwołującego okoliczności nie potwierdza jej wpływu na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Odwołujący dopiero w toku rozprawy wskazał na szereg czynników, które miały wpływ na zaoferowana przez niego cenę. Podał bowiem sposób kalkulacji kosztów, w tym m.in. wysokość marży, planowany zysk z selektywnej zbiórki odpadów, przyjęty do kalkulacji koszt dostarczenia odpadów do RIPOK-a. Niemniej jednak informacje te powinny być zawarte już w treści złożonych wyjaśnień. Obawa przed ujawnieniem konkurencji sposobu kalkulacji ceny jego oferty nie uzasadnia ich nieprzedstawienia na wcześniejszym etapie postępowania (składania wyjaśnień). Sposób kalkulacji ceny może bowiem stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i na okoliczność taką wykonawca, zastrzegając treść złożonych informacji, może się powołać w toku postępowania. A ponieważ zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy, w oparciu o art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, bierze pod uwagę obiektywne czynniki o ile wykonawca je wskaże i o ile wpłynęły one na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a których to odwołujący w niniejszym stanie faktycznym nie wskazał, dokonuje ich oceny wyłącznie w oparciu o treść złożonych wyjaśnień a nie w oparciu o informacje uzyskane w toku postępowania odwoławczego. Tymczasem odwołujący dopiero obecnie podjął próbę wyjaśnienia kwestii zaoferowanej ceny. Dlatego też Izba uznała, iż odwołujący mimo, wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób nie budzący żadnych wątpliwości nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Tym samym podniesione przez niego zarzuty nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez Strony postępowania na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: