

Sygn. akt KIO/UZP 906/09

WYROK

z dnia 31 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak**

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu **27 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Metalowców 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Nieruchomości w Świdnicy, 58-100 Świdnica, ul. Łukasińskiego 7** protestu z dnia **22 czerwca 2009 r.**

~~przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX – po stronie zamawiającego².~~

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Metalowców 4** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Metalowców 4**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 959,61 (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt jeden groszy) przez **Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Metalowców 4** na rzecz **Miejskiego Zarządu Nieruchomości w Świdnicy, 58-100 Świdnica, ul. Łukasińskiego 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Metalowców 4**.

U z a s a d n i e

Zamawiający Miejski Zarząd Nieruchomości w Świdnicy z siedzibą w Świdnicy wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Wywóz nieczystości stałych i płynnych z posesji zarządzanych przez Miejski Zarząd Nieruchomości w Świdnicy Kod CPV: 90513100”. **21.04.2009 r.** zostało opublikowane ogłoszenie o postępowaniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich: Nr 2009/S 76-109857.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

02.06 2009 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy konsorcjum Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą Wałbrzychu i Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Żarowie. Cena usługi wywozu nieczystości stałych (łącznie odpady niesegregowane i segregowane) z własnych pojemników w stosunku miesięcznym od jednego mieszkańca w wysokości 5,78 zł netto, a kwota jaką zamierzał przeznaczyć zamawiający na sfinansowanie zamówienia była ogłoszona na całe zamówienie 3 370 500 zł, czyli ok. 9,10 zł na mieszkańca miesięcznie.

10.06.2009 r. wykonawca Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy wniósł protest na zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy konsorcjum Alba z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Cena usługi wywozu nieczystości stałych (łącznie odpady niesegregowane i segregowane) z własnych pojemników w stosunku miesięcznym od jednego mieszkańca w wysokości 5,78 zł netto nosi znamiona ceny rażąco niskiej, z powodu celowego zaniżenia lub pominięcia niezbędnych kosztów, które wykonawca musi ponieść w celu świadczenia przedmiotowych usług przy uwzględnieniu wszystkich wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zastosowanie takiej ceny jest objawem dumpingu, mającego na celu wyeliminowanie z rynku wykonawcy Zakładu Oczyszczania Miasta świadczącego usługi od 1992 roku. Uznaje się to za praktykę nieuczciwej konkurencji.

Protestujący złożył wyszczególnienie niezbędnych kosztów, które wykonawca jest zobowiązany uwzględnić przy kalkulacji ceny usługi wywozu nieczystości stałych (łącznie odpady niesegregowane i segregowane) z własnych pojemników w stosunku miesięcznym od jednego mieszkańca:

1. Koszt deponowania odpadów komunalnych produkowanych przez jednego mieszkańca

Zgodnie z postanowieniami § 20 ust. 1 pkt 1 Uchwały nr VI/70/07 Rady Miejskiej w Świdnicy z dnia 30 marca 2007 r. w sprawie wprowadzenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Świdnica wskaźnik wytwarzania odpadów komunalnych na daną osobę według tygodniowego cyklu odbioru odpadów wynosi 0,40 m³ na osobę tygodniowo. Przy minimalnej średniej gęstości odpadów komunalnych wytwarzanych w zabudowie miejskiej wynoszącej ok. 200 kg/m³ masa wytwarzanych przez jednego mieszkańca miesięcznie wynosi:

$$0,40\text{m}^3/\text{tydz.} \times 52 \text{ tyg}/1\text{rok} = 2,08\text{m}^3$$

$$2,08\text{m}^3 : 12 \text{ miesiące} = 0,173 \text{ m}^3/\text{mies.}$$

$$0,173 \text{ m}^3/\text{mies.}/\text{osobę} \times 200 \text{ kg}/\text{m}^3 = 34,6 \text{ kg}/\text{mies.}/\text{osobę}$$

Biorąc pod uwagę unormowanie art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. Nr 62 poz. 628 ze zm.) odpady, które nie mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu w miejscu ich powstawania, powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, (...) przekazywane do najbliższych położonych miejsc, których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu. Zgodnie z tzw. zasadą bliskości jak również umową z dnia 9.10.1998 r. zawartą pomiędzy Miastem Świdnica, Gminą Wiejską Świdnica a Przedsiębiorstwem Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Świdnicy, odpady pochodzące z Miasta Świdnica i Gminy Wiejskiej Świdnica powinny być przekazywane na

składowisko odpadów w Zawiszowie. Cena przyjęcia 1 Mg odpadów na składowisku w Zawiszowie wynosi obecnie 165 zł netto i jest taka sama dla wszystkich dostawców odpadów.

Stąd wyliczenie kosztu zdeponowania odpadów wyprodukowanych przez 1 mieszkańca MZN Świdnica:

$$0,034 \text{ Mg/mies./osobę} \times 165 \text{ zł/1Mg} = 5,61 \text{ zł/osobę/miesięcznie netto.}$$

2. Koszt zakupu pojemników (zgodnie ze specyfikacją) po najniższych rynkowych cenach zakupu

Aby zrealizować zamówienie należy zakupić

1) pojemniki do gromadzenia nieczystości niesegregowanych:

- a) pojemniki 1.100 dm³ – 230 szt. X 540 zł = 124.200 zł,
- b) pojemniki 660 dm³ – 30 szt. X 480 zł = 14.400 zł,
- c) pojemniki 240 dm³ – 245 szt. X 98 zł = 24.010 zł,
- d) pojemniki 120 dm³ – 80 szt. X 68,5 zł = 5.480 zł,
- e) pojemniki 110 dm³ – 10 szt. X 83 zł = 830 zł,
- f) KP-7 – 20 szt. X 3.200 zł = 64.000 zł

RAZEM 232.920 zł;

2) pojemniki do odpadów biodegradowalnych

$$\text{pojemniki PEHD } 120 \text{ m}^3 - 400 \text{ szt.} \times 115 \text{ zł} = 46.000 \text{ zł};$$

3) pojemniki do selektywnej zbiórki:

- a) dla tworzyw sztucznych – 30 szt.,
- b) dla makulatury – 30 szt.,
- c) dla szkła kolorowego – 30 szt.,
- d) dla szkła bezbarwnego – 30 szt.

RAZEM 120 szt. X 1000 zł = 120.000 zł.

Łączna kwota którą trzeba wydać na pojemniki to 398.920 zł.

Koszt miesięczny amortyzacji pojemników:

1. Amortyzacja na 60 miesięcy:

$$\text{Wyliczenie. } 398.920 \text{ zł} : 60 \text{ mies.} = 6.648 \text{ zł}$$

Koszt amortyzacji pojemników w przeliczeniu na jednego mieszkańca:

$$6.65 \text{ zł/mies.} : 10.292 \text{ os.} = 0,64 \text{ zł/osobę/mies. netto.}$$

Przy założeniu wykonywania usług przez 5 lat, a zamówienie przewidziane jest na 3 lata.

Powyższa analiza jednoznacznie wykazuje, że wyliczenie jedynie dwóch czynników kształtujących cenę obsługi jednego mieszkańca w zakresie wywozu odpadów przekracza kwotę zaproponowaną w ofercie stanowiącej przedmiot protestu:

Koszt deponowania odpadów 5,61 zł netto.

Koszt amortyzacji poj. 0,64 zł netto.

Razem 6,25 zł co jest wyższe od oferowanej ceny w wysokości 5,78 zł netto.

Sprawą oczywistą jest, że do wyżej wymienionych kosztów należy doliczyć (zgodnie ze specyfikacją) następujące koszty:

- 1) koszt pracy samochodów śmieciarek (koszty pracy sprzętu oraz koszty osobowe);
- 2) koszt prowadzenia selektywnej zbiórki (zgodnie z działem V pkt 3 specyfikacji);
- 3) koszt prowadzenia Punktu Dobrowolnego Gromadzenia Odpadów (zgodnie z działem V pkt 6 specyfikacji);
- 4) koszt utworzenia bazy technicznej na terenie miasta Świdnicy (zgodnie z działem X pkt 11 specyfikacji);
- 5) koszty ogólnozakładowe;
- 6) zysk kalkulacyjny.

Ujęcie wymienionych kosztów jest niezbędne i w znaczny sposób wpłynie na wysokość cen usług będących przedmiotem postępowania, a tym samym w sposób zdecydowany przekroczy kwotę 5,78 zł netto w przeliczeniu na jednego mieszkańca.

Przedstawiona analiza, zdaniem protestującego, wykazuje, że cena zawarta w ofercie wykonawcy Alba w postępowaniu złożonej przez wykonawcę konsorcjum Alba, jest ceną rażąco niską i zamawiający powinien ją odrzucić zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

22.06.2009 r. zamawiający odrzucił w całości protest.

Zamawiający w trakcie badania zasadności stawianych zarzutów zwrócił się do wykonawcy konsorcjum Alba o wyjaśnienie elementów składających się na cenę oferty.

Po szczegółowym rozpatrzeniu otrzymanych wyjaśnień zamawiający odniósł się także do materiałów, które analizują prowadzenie gospodarki odpadami komunalnymi, tj. artykułu, który ukazał się w czasopiśmie „Ochrona powietrza i problemy odpadów” Nr 1/2006 pt. „Charakterystyka odpadów komunalnych na podstawie badań w wybranych miastach Polski”, Planu Gospodarki Odpadami Miasta Świdnicy (2004 r.), jak również do danych statystycznych, prowadzonych przez Urząd Wojewódzki we Wrocławiu i zamawiający doszedł do wniosku, iż cena zaproponowana przez wykonawcę Alba, jest ceną realną, za którą wykonawca może zrealizować przedmiotowe zamówienie.

W trakcie analizy szczególnie zwrócono uwagę, iż gęstość odpadów komunalnych, która wpływa na koszt składowania odpadów produkowanych przez jednego mieszkańca kształtuje się w przedziale: 115 kg/m³ w Warszawie do 258 kg/m³ w Rybniku (*vide* materiał).

Cena oferty Konsorcjum została określona w oparciu o przedmiot zamówienia wskazany w specyfikacji.

Dokonując interpretacji przepisów art. 90 Pzp należy wnioskować, iż ustawodawcy chodzi nie o wykrycie czynu nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców lecz o wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych z uwagi na proponowanie przez nich nierealistycznej ceny.

02.07.2009 r. wykonawca Zakład Oczyszczania Miasta w Świdnicy wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Ofertę wniósł wykonawca Alba.

Odwołujący żąda:

- 1) odrzucenia oferty wykonawcy Alba;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący złożył protest z żądaniem odrzucenia powyższej oferty z powodu zastosowania w niej ceny noszącej znamiona rażąco niskiej, z powodu celowego zaniżenia lub pominięcia niezbędnych kosztów, które wykonawca musi ponieść w celu świadczenia przedmiotowych usług przy uwzględnieniu wszystkich wymogów zawartych w specyfikacji i dołożeniu należytej staranności wykonania usług.

Zamawiający w dniu 22 czerwca odrzucił w całości protest, uznając przedmiotową cenę za realną. Zamawiający w trakcie badania zasadności stawianych zarzutów zwrócił się do wykonawcy konsorcjum Alba o wyjaśnienie elementów składających się na cenę oferty. Odwołujący zapoznał się z przedmiotowymi materiałami i podnosi, że złożona kalkulacja ceny ofertowej zawiera poważne uchybienia, przez zaniżenie kosztu składowania odpadów a także pominięcie szeregu innych kosztów, niezbędnych do poniesienia przez wykonawcę w celu prawidłowego, wykonanego z należyłą starannością, zgodnego ze specyfikacją zrealizowania zadania.

Zamawiający nie może rozstrzygać protestu na podstawie niekompletnych, wadliwych i nierzetelnie sporządzonych danych, za które w ocenie odwołującego należy uznać kalkulację ceny ofertowej złożoną przez wykonawcę Alba.

Ponadto zamawiający w ocenie zasadności protestu nie uwzględnił postanowień Planu Gospodarki Odpadami dla Miasta Świdnica przyjętego Uchwałą Rady Miejskiej stanowiącego prawo lokalne.

Wyszczególnienie niezbędnych kosztów, które wykonawca jest zobowiązany uwzględnić przy kalkulacji ponad wskazane w proteście:

Miesięczny koszt obsługi pojazdu

W złożonej przez wykonawcę Alba kalkulacji ceny ofertowej, na podstawie której zamawiający dokonał oceny zasadności zarzutów stawianych w proteście złożonym przez odwołującego, koszt obsługi pojazdów używanych do realizacji zadania wynosi 0,50 zł/osobę/miesięcznie. Jako, że zamawiający podaje w specyfikacji liczbę osób 10.292, wynika z tego, że Wykonawca potrzebuje do obsługi całego terenu objętego zamówieniem jedynie 5.146 zł miesięcznie. Jest to w ocenie odwołującego, (posiadającego wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu usług) absolutnie niemożliwe.

Należy mieć świadomość, że na koszt obsługi pojazdu używanego do wywozu nieczystości stałych składają się następujące pozycje:

1) koszt pracy samochodu:

- a) paliwo,
- b) smary, oleje, części zamienne, naprawy,
- c) ubezpieczenia;

2) koszty osobowe:

- a) wynagrodzenie kierowcy,
- b) wynagrodzenie ładowaczy wraz z wszystkimi pochodnymi.

Odwołujący dodaje, że specyfikacja (Dział VI pkt 5) jasno określa minimum pracowników do realizacji zamówienia w liczbie 15 osób oraz sprzęt konieczny do zabezpieczenia realizacji zadania w liczbie minimum 2 specjalistycznych samochodów (Dział VI pkt 6 lit. a specyfikacji, wyjaśnienia zamawiającego nr 242/2009 z 25.05.2009 – Pytanie 4).

W ocenie odwołującego sprawą oczywistą jest, że pokrycie kosztów pracy 15 pracowników oraz dwóch samochodów do wywożenia nieczystości stałych, pracujących codziennie (wyjaśnienia zamawiającego nr 225/2009 z 12.05.2009 r. – Pytanie 3) przy obsłudze 10.292 osób na terenie miasta o powierzchni ponad 21 km² za kwotę 5.146 zł miesięcznie jest niemożliwe i nie wymaga dalszego udowadniania.

Odrzucając protest zamawiający uznał za wiarygodne wyliczenie wykonawcy Alba tzw. kosztów eksploatacji. Należy rozumieć, że zostały tu wliczone wszystkie koszty za wyjątkiem kosztów deponowania odpadów, pracy sprzętu, zysku oraz prowadzenia selektywnej zbiórki.

Zamawiający uznaje zatem za realne pokrycie wszystkich pozostałych kosztów niezbędnych do realizacji zadania w kwocie 18 groszy za osobę czyli 1.852 zł miesięcznie (10.292 osoby X 0,18 zł = 1.852 zł).

Prowadzenie na terenie miasta Świdnicy lub w okolicy miasta Świdnicy Punktu Dobrowolnego Gromadzenia Odpadów, w celu odbioru od mieszkańców odpadów niebezpiecznych i problemowych, a w szczególności odpadów wielkogabarytowych, baterii alkalicznych, innych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, odpadów z betonu oraz gruzu betonowego z rozbiórek i remontów, gruzu ceglanego w ilości nie większej niż 250 kg od jednej osoby, usuniętych tynków, tapet, oklein,

odpadów biodegradowalnych (Dz. V pkt 6 specyfikacji oraz Dz. X pkt 10 specyfikacji, Wyjaśnienia zamawiającego nr 225/2009 z dnia 12.05.2009 r. – Pytanie 2).

Uruchomienie i prowadzenie na terenie miasta Świdnica bazy technicznej (Dz. V pkt 6 specyfikacji oraz Dz. X pkt 11 specyfikacji).

Wszelkie pozostałe koszty związane z wykonywaniem usług (Wyjaśnienia zamawiającego nr 242/2009 z dnia 25.05.2009 r. – Pytanie 2).

Analiza potwierdza szereg nieprawidłowości w kolejnym punkcie kalkulacji ceny ofertowej, w oparciu o którą zamawiający odrzucił protest odwołującego i uznał cenę ofertę złożoną przez wykonawca Alba za realną, za którą wykonawca może zrealizować przedmiotowe zlecenie.

14.07.2009 r. wykonawca Alba wniósł zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a zwłaszcza ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i po przeanalizowaniu złożonych dowodów, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzutu – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Alba z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny – nie można uznać za słuszny.

Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 3 370 500 zł, czyli około 9,10 zł na osobę miesięcznie przez okres 3 lat brutto lub 2 762 705 zł na całość zamówienia netto czyli 7,46 zł netto na osobę miesięcznie przez okres 3 lat.

W ofercie wykonawcy konsorcjum Alba wybranej jako najkorzystniejsza została zaoferowana cena 5,78 zł netto na osobę miesięcznie przez okres 3 lat. Jest to cena mniejsza o 22,5% od kwoty podanej przed otwarciem ofert przez zamawiającego, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia {kwota podana przez

zamawiającego – 7,46 zł i cena wybranej oferty – 5,78 zł; $[100\% - (5,78 : 7,46) \times 100\%] = 100\% - 77,5\% = 22,5\%$).

Zamawiający w celu rozwiania wątpliwości 15.06 2009 r. zwrócił się do wykonawcy Alba o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający ocenił, że przedmiotowa oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny na podstawie wyjaśnień z 17.06. 2009 r. wykonawcy Alba. Wykonawca Alba wyjaśnił, że kalkulowana cena obejmuje:

- 1) miesięczny koszt składowania odpadów – 5,00 zł/osobę/miesięcznie netto;
 - 2) miesięczny koszt obsługi pojazdu – 0,50 zł/osobę/miesięcznie netto;
 - 3) miesięczny koszt eksploatacji – 0,18 zł/osobę/miesięcznie netto;
 - 4) miesięczny zysk – 0,10 zł/osobę/miesięcznie netto;
 - 5) selektywna zbiórka odpadów – 0,00 zł – zbiórka samofinansująca.
- Razem – 5,78 zł/osobę/miesięcznie netto.

Odwołujący zarzucił, że wybrana oferta nosi znamiona oferty z rażąco niską ceną. Według obliczeń odwołującego sam koszt miesięcznego deponowania odpadów komunalnych produkowanych przez jednego mieszkańca w ilości 0,173 m³ o szacunkowej masie 34,6 kg powinien wynieść 5,61 zł w najbliższym od Świdnicy składowisku odpadów w Zawiszowie, że względu na cenę netto 165 zł za 1 Mg stosowaną na tym składowisku.

Jednak różne opracowania i różne prognozy zmian ilości odpadów produkowanych przez jednego mieszkańca dały zamawiającemu możliwość uznania za realne założeń i obliczeń wykonawcy Alba, który uznał za podstawę około 10% mniejszą kwotę za składowisko odpadów niż wykazał to w swoich obliczeniach odwołujący (obliczenia odwołującego 5,61 zł i założenia wykonawcy Alba 5,00 zł; $100\% - (5,00 : 5,61 \times 100\%) = 100\% - 89,1\% = 10,9\%$).

Wykonawca Alba pominął w swoich obliczeniach koszt zakupu pojemników na odpady, jednak zamawiający nie wymagał aby do wykonania usługi musiały być zakupione nowe pojemniki. W związku z tym wykonawcy nie musieli kosztu ich zakupu włączać do kalkulacji ceny ofertowej. Nie można wykluczyć, że wykonawca Alba może dysponować swoimi pojemnikami zakupionymi wcześniej i już zamortyzowanymi, ale jeszcze nadającymi się do użytku.

Ponadto zamawiający stwierdził, że założenie wykonawcy Alba, iż selektywna zbiórka odpadów będzie częścią usługi, która będzie się samofinansować – co nie może być uznane jako nierealne.

Również pozostałe obiekcje odwołujący nie zostały przez zamawiającego uznane za tak istotne, aby uznać, że wykonawca Alba zaoferował rażąco niską cenę.

Skład orzekający Izby stwierdza, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2009 r. (sygn. akt 867/09), cyt. „Wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być wyłącznie wartość zamówienia z VAT (por. wyrok ZA sygn. akt. UZP/ZO/0-210/07) określona przez

zamawiającego, ponieważ nie zawsze odnosi się do rzeczywistej ceny przedmiotu zamówienia. Przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych (konkurencyjnych) podobnych zamówień wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych. Na podstawie znanych orzeczeń można przyjąć, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- 1) wartość zamówienia ustalona należycie przez zamawiającego i powiększona o VAT;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

W sytuacji uzasadnionych wątpliwości, co do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się z prośbą o wyjaśnienia. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy [...] o wyjaśnienie złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty jako rażąco niskiej.

Okoliczność, że ceny zaproponowane w ofercie przez wykonawcę są niższe od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego nie świadczy o rażąco niskiej cenie oferty. Cena niższa niż wartość szacunkowa zamówienia może wyłącznie skutkować wszczęciem przez zamawiającego postępowania w trybie art. 90 Pzp, nie stanowi natomiast przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepisy ustawy nie definiują pojęcia „rażąco niska cena”. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną.”.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alba ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, nie może zostać uwzględniony.

W zakresie przedstawionych dowodów, skład orzekający Izby stwierdza jak niżej.

1. Dowód 1 przedstawiony przez odwołującego – artykuł „Recykling opakowań coraz mniej opłacalny”, artykuł ze strony internetowej oraz treść dwóch stron z książki Marii Żegadło „Strategia gospodarki odpadami komunalnymi”, Poznań 2001, nie mogą wpłynąć na wykreowanie poglądu, że recykling musi być nieopłacalny dla usługodawcy świadczącego usługi recyklingu, gdyż artykuł dotyczy ogólnoeuropejskiego trendu, a nie okoliczności, które muszą zaistnieć w każdym przypadku wpływając na wzrost cen, które muszą żądać usługodawcy. Ponadto wyjątek z książki Marii Ż. również nie stanowi dowodu na większą gęstość odpadów niż założył to wykonawca Alba, gdyż jest to książka wydana 8 lat temu, a w samej treści zawartej na przedstawionych stronach jest wskazanie tendencji występującej

w miarę rozwoju gospodarczego coraz mniejszej gęstości odpadów, która w 2001 r. wahała się od 220-350 kg/m³. Dlatego dowód ten nie zaprzecza możliwości wyznaczenia mniejszej gęstości odpadów, jak mógł przyjąć to wykonawca Alba.

2. Dowód 2 przedstawiony przez odwołującego – wyliczenie „Koszt składowania odpadów”, jako wyliczenie sporządzone przez odwołującego nie jest dowodem na niemożliwość przyjęcia innych założeń i generowania kosztów przez innego wykonawcę, a jedynie jest przedstawieniem poglądu na kreowanie kosztów przez odwołującego.

3. Dowód 3 przedstawiony przez zamawiającego – wykaz składek wywozu nieczystości stałych w Świdnicy pokazuje, że zaoferowana przez wykonawcę Alba cena 5,78 zł nie odbiega rażąco od innych cen stosowanych w Świdnicy: 5,80 zł, 5,61 zł, 5,80 zł, 6,01 zł, a nawet jest bliska średniej, która wynosi 5,77 zł $[(5,80 \text{ zł} + 5,61 \text{ zł} + 5,80 \text{ zł} + 6,01 \text{ zł}) : 5 = 28,83 \text{ zł} : 5 = 5,77 \text{ zł}]$.

4. Dowód 4 przedstawiony przez zamawiającego – obecnie obowiązująca umowa odwołującego z zamawiającym wraz z aneksami o cenie netto 5,80 zł również pokazuje na niedalekie odbieganie od siebie cen obecnie stosowanych na podobnego rodzaju usługi, chociaż w innym zakresie i przez inny podmiot świadczącym usługi.

5. Dowód 5 przedstawiony przez zamawiającego – wyciąg z „Planu gospodarki odpadami miasta Świdnica” wskazujący na koszt składowania 6,10 zł netto na jednego mieszkańca miesięcznie wskazuje na brak podstawy do wysunięcia twierdzenia, że zaoferowana cena 5,78 zł jest rażąco niska, skoro jest tylko o 5,2% niższa niż wyliczona w przedstawionym Planie $\{100\% - [(6,10 \text{ zł} : 5,78 \text{ zł}) \times 100\%] = 100\% - 94,8\% = 5,2\%$.

6. Dowód 6 przedstawiony przez zamawiającego – artykuł z czasopisma „Ochrona powietrza i problemy odpadów” nr 1/2006 pt. „Charakterystyka odpadów komunalnych [...]” Lidii Sieji wskazuje na możliwość zastosowania założeń gęstości odpadów, jak przedstawili to wykonawcy w rozpoznawanym postępowaniu.

7. Dowód 8 przedstawiony przez zamawiającego – zarządzenie nr 12/2008 Prezesa Zarządu Wałbrzyskiego TBS, gdzie jest podana cena 7,40 zł brutto (6,07 netto) na osobę nie wskazuje, że cena zaoferowana w innych okolicznościach i przez trochę inny podmiot (konsorcjum, którego wykonawca jest członkiem) – 5,78 (29 gr) jest rażąco niska, gdyż jest niższa tylko o 5%.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty z postępowania nie może uwzględniony.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 nie znalazł potwierdzenia.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika w wysokości 3 959,61 zł, na podstawie rachunku i kopii biletów złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....