

Sygn. akt: KIO 1159/13

WYROK

z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 r. przez wykonawcę **SITA Południe Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Siewierz, ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Krakowska 45, 42-470 Siewierz,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **SITA Południe Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SITA Południe Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **SITA Południe Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** na rzecz **Gminy Siewierz, ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz** kwotę **544 zł 00 gr** (słownie: pięćset czterdzieści cztery złote, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] przez Gminę Siewierz [Zamawiający], którego przedmiotem jest „Świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Siewierz”. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - SITA Południe sp. z o.o. z Częstochowy [Odwołujący] Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Zabrze [Konsorcjum] i dokonał wyboru oferty tych wykonawców, jako najkorzystniejszej. Jego zdaniem, skutkiem tego naruszony został art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał również na naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne uznanie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum [w związku z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia,] jako uzasadniających istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę. Podniesiono również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 98 kodeksu cywilnego z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę. Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum - mimo, iż jej treść jest niezgodna z istotnymi postanowieniami specyfikacji z uwagi na podanie ceny ujemnej usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych (załącznik nr 7 – kalkulacja cenowa). Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie

odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., dokonanie powtórzenia czynności oceny oferty Konsorcjum oraz złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucenie oferty tego Konsorcjum, a następnie dokonanie czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych

W uzasadnieniu odwołania podał w szczególności, co następuje:

1. Zarzut rażąco niskiej ceny

1.1. Zamawiający przewidział na sfinansowanie zadania będącego przedmiotem zamówienia kwotę w wysokości 3.000.000 zł, która w szacunkach Zamawiającego miała odpowiadać wartości usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych. Natomiast wykonawca -Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. złożył ofertę, w której podał kwotę 695.304,00 zł brutto, co stanowi zaledwie 23.18% wartości szacunkowej zamówienia. Wskazał również, że Odwołujący w ofercie wskazał na kwotę 2.595.568,50 zł brutto, co stanowi 86, 52% szacunkowej wartości zamówienia i odpowiada obiektywnym wyliczeniom, znajdującym odpowiednie oparcie w obecnych warunkach demograficzno- gospodarczych. Drugi z oferentów wyliczając w swojej ofercie tak drastycznie niską cenę nie tylko w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, ale także w porównaniu z ofertą Odwołującego powinien dostatecznie wykazać, na czym oparł swoje wyliczenia i jak mają się one do rzeczywistych warunków wykonania zamówienia, czego w ocenie Odwołującego nie uczynił w wystarczającym stopniu.

1.2. Wykonawca - Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. sporządził kalkulację cenową, w której pierwsza część dotyczy zmieszanych odpadów komunalnych, druga - posegregowanych odpadów. O ile pierwsza część ceny może znaleźć poparcie w rzeczywistych możliwościach wykonania zamówienia, o tyle druga z nich wymaga dostatecznego uzasadnienia, gdyż stanowi wartość ujemną, wpływając na tak poważne zaniżenie ceny łącznej. Wykonawca uzasadniając swoje wyliczenia przewidział osiągnięcie zysku ze sprzedaży surowców wtórnych w kwocie 490, 32 zł z każdej tony posegregowanych odpadów, co zdaniem Odwołującego jest kwotą poważnie zawyżoną, której osiągnięcie jest absolutnie niewykonalne.

- 1.3. Złożona przez drugiego z wykonawców oferta opiewa na kwotę 695.304,00 zł w tym odpady zmieszane: 380,16 zł/Mg oraz odpady segregowane: - 382,32 zł/Mg. Oznacza to, że Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. zaoferowało wykonanie usługi w przeliczeniu na 1 m Gminy Siewierz w wysokości brutto 1,89 zł/na osobę miesięcznie (695.30/3/miesiący/12.250 liczba mieszkańców gminy Siewierz dane Statystycznego w Katowicach za rok 2011).
- 1.4. Na taką cenę w głównej mierze wpłynęło podanie w pozycji ceny jednostkowej (zł/Mg) segregowanych odpadów kwoty 108,00 zł tj. tj. na poziomie blisko czterokrotnie niższym niż cena zmieszanych odpadów komunalnych - 380,16 zł/Mg. Odwołujący podnosi przy tym, że brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia do oszacowania tak niskiej ceny odbioru odpadów segregowanych w szczególności w stosunku do odbioru odpadów zmieszanych. Koszt odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zmieszanych jest bowiem z zasady niższy, aniżeli odpadów segregowanych, co wynika ze sposobu zbierania, właściwości fizycznych oraz konieczności uwzględnienia dodatkowych składowych ceny związanych z przeznaczeniem odpadów segregowanych do sprzedaży takich jak m.in. koszt właściwej segregacji, belowania, transportu lekkich, a jednocześnie objętościowych odpadów segregowanych.
- 1.5. Rażąco niska cena oferty wykonawcy - Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wynika z założeń osiągnięcia zysku ze sprzedaży pozyskanych z odpadów surowców wtórnych. Zysk ten jest wirtualny, ponieważ nie ma przełożenia w rzeczywistości i wyraźnie odbiega od cen obowiązujących na rynku surowców wtórnych, nawet przy założeniu, że z jednej tony posegregowanych odpadów uzyska się jedną tonę surowca (co jest zadaniem nieosiągalnym). W tej sytuacji Wykonawca przy świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia nie ma realnej możliwości osiągnięcia wskazanego zysku, a przedstawiona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę.
2. Zarzut uznania wyjaśnień jako uzasadniających istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę
- 2.1. Regulacja art. 90 ustawy Pzp ma na celu ochronę zamawiającego przed praktykami zaniżania przez wykonawców cen kosztem jakości zamówienia, ochroną należytego wykonania zamówienia w przyszłości, a ponadto wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak również dbałość o efektywne wydatkowanie środków publicznych. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia dysponuje możliwością zwrócenia się do wykonawcy o udzi¹ określonym terminie wyjaśnień

dotyczących elementów oferty mających wysokość ceny, co w świetle celu art. 90 Ustawy jest kwestią niezwykle istotną.

- 2.2. Ustęp 3 i 4 przytoczonego artykułu wskazuje na rozkład ciężaru dowodu w udowodnieniu prawidłowości ceny ofertowej w przypadku wezwania Wykonawcy o udzielenie określonych wyjaśnień. Wszczęcie procedury z art. 90 ustanawia domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym oferta Wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu w przypadku braku konwalidacji takiego stanu rzeczy. Złożenie przez wezwanego Wykonawcę wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny mają doprowadzić do obalenia tego domniemanie, a ciężar udowodnienia zamawiającemu okoliczności wskazujących na brak zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego skierowano wezwanie.
- 2.3. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 stanowi o „dowodach” na ich potwierdzenie.
- 2.4. Złożenie wyjaśnień nieuzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z nie złożeniem wyjaśnień w ogóle - prowadzi do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone.
- 2.5. Analizując pismo Konsorcjum z dnia 29 kwietnia 2013 r. wskazał, że wykonawca ten nie uczynił zadość wymaganiom wezwania do złożenia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny i nie obalił domniemanie jej wadliwości, w szczególności nie wykazał obiektywnych czynników wpływających na cenę, w tym oszczędnych metod wykonania technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W szczególności za takie nie można uznać ogólnikowych postulatów i opieranie się na stwierdzeniach, że spółki z grupy kapitałowej (przyp. A.S.A.) od wielu lat prowadzą zbiórkę odpadów gromadzonych selektywnie, spółka należy do międzynarodowego koncernu itp. Zdaniem Odwołującego wskazane pismo w sposób ogólnikowy i bez należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy profesjonalnie trudniącego się działalnością objętą przedmiotem zamówienia przedstawia kalkulację cen, w jakich spółki z grupy A.S.A. sprzedawały surowce w roku 2012 r. - bez odniesienia się do ceny odbioru, transportu i

zagospodarowania segregowanych odpadów, które wskazany wykonawca ustalił na 108 zł/Mg tj. na poziomie blisko czterokrotnie niższym niż cena zmieszanych odpadów komunalnych - 380,16 zł/Mg.

2.6. W ocenie odwołującego nie można, uznać, że w/w pismem wskazano i udowodniono obiektywne czynniki wpływające na cenę, która o ponad 400% różni się od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Samo bowiem podanie w złożonych wyjaśnieniach cen sprzedaży surowców nie może zostać uznane za wystarczające wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

3. Czyn nieuczciwej konkurencji

3.1. Hipotezą normy zawartej w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. jest sytuacja, w której ma miejsce utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

3.2. W ocenie Odwołującego, w szczególności ze względu na obecną reformę gospodarki odpadami oraz strukturę organizacyjną drugiego z oferentów, który jak podaje wchodzi w skład koncernu spółek grupy A.S.A. zaferowanie przez drugiego z oferentów tak niskiej ceny może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

3.3. Celem wskazania zaniżonych kosztów realizacji usługi przez Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. mogło być wyeliminowanie z postępowania pozostałych potencjalnych oferentów, w tym także SITA Południe Sp. z o.o., która złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

4. Wada oświadczenia woli

4.1. Doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności. Wskazał na treść pełnomocnictwa z dnia 8 kwietnia 2013 r. udzielonego panu Ł..... U....., w którym w akapicie trzecim podano, że „Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., udziela panu Ł..... U....., (...) pełnomocnictwa do reprezentowania Spółki A.S.A Eko Polska Sp. z o.o. we wszystkich sprawach związanych z udzieleniem zamówienia oraz do dokonywania imieniu w/w spółki wszelkich czynności związanych z udziałem w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia (...)”

4.2. Pod pełnomocnictwem podpisały się w imieniu mandanta - pani E..... P..... oraz A..... S..... Z informacji odpowiadającej odpisowi KRS (0000064596) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. wynika, że powyższe osoby wchodzi w skład zarządu A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. i zgodnie ze sposobem reprezentacji, są uprawnione do składania w jej imieniu oświadczeń woli. Z powyższego wynika zatem, że Ł..... U..... nie był

uprawniony do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu w imieniu Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Zdaniem wykonawcy powyższa wada pełnomocnictwa ze względu na jej charakter i przedstawiony stan faktyczny oraz prawny przesądza, o braku możliwości konwalidacji czynności na podstawie art. 65 §1 kodeksu cywilnego.

5. Cena ujemna

5.1. Zamawiający w kalkulacji cenowej (załącznik nr 7 do SIWZ) wyodrębnił dwie pozycje kosztowe 1) zmieszane odpady komunalne, 2) segregowane odpady komunalne.

5.2. Zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ (wzór umowy) Zamawiający w § 6 postanowień, że (...) zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości stanowiącej sumę iloczynów cen jednostkowych wynikających z oferty Wykonawcy za poszczególne usługi i ich faktycznie zrealizowanych ilości z zastrzeżeniem § 7 ust. 6. Ceny jednostkowe poszczególnych usług wynoszą: a) wynagrodzenie ofertowe - obejmujące odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w instalacji odzysku i unieszkodliwiania tych odpadów, oraz wszystkie pozostałe koszty wynikające z tego tytułu - w wysokości brutto: zł za 1 tonę odpadów oraz b) wynagrodzenie ofertowe - obejmujące odbiór i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych w instalacji odzysku i unieszkodliwiania tych odpadów oraz wszystkie koszty wynikające z tego tytułu w wysokości brutto: zł za 1 tonę odpadów;

5.3. Konsorcjum, jako cenę jednostkową zmieszanych odpadów komunalnych podał kwotę 380,16 zł natomiast, jako cenę jednostkową segregowanych odpadów komunalnych podał kwotę - 382,32 zł. Oznacza to, że przy 50 % udziale odpadów segregowanych i 50% udziale odpadów niesegregowanych wynikowa cena jednostkowa równa jest - 2,32 zł. Wzrost udziału odpadów segregowanych oznacza proporcjonalny wzrost minusowej wynikowej ceny jednostkowej i tak przy 100% zbiorce odpadów segregowanych cena ta wyniesie - 382,32 zł.

5.4. Wskazanie ceny ujemnej przez drugiego z oferentów może z jednej strony skutkować wręcz koniecznością dopłaty do realizowanej usługi przez wybranego oferenta (przy wysokim udziale procentowym odbieranych odpadów segregowanych), a z drugiej strony - faktyczny wybór oferty droższej, aniżeli oferty SITA Południe Sp. z o.o. Uzasadniając drugi z przedstawionych scenariuszów należy podnieść, że SITA Południe Sp. z o.o. zaoferowała cenę za odbiór odpadów zmieszanych w wysokości 366,15 zł tj. o 14,01 zł niższą, aniżeli drugi z oferentów. Konstrukcja umowy jest natomiast taka, że zapłata następować będzie z podziałem na odpady zmieszane i selektywnie zebrane. W sytuacji, zatem zbierania jedynie odpadów zmieszanych Zamawiający zapłaci kwotę

wyższą aniżeli zaferowana przez SITA Południe Sp. z o.o. Co więcej aprobata takiego sposobu wyliczenia ceny ofertowej daje przyzwolenie na jawne obejście przepisów i wypaczanie wyników przetargu. Oferenci dostaną, bowiem przyzwolenie na wskazywanie niskiej ceny ofertowej (niższej aniżeli inni oferenci) przy jednoczesnej faktycznie wysokiej (wyższej aniżeli pozostali oferenci, których oferta nie została wybrana) cenie wykonywanej usługi.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Zabrze wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując w szczególności na wyjaśnienia z dnia 6 maja 2013 r. złożone na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Jego zdaniem, uwzględniając wymagania specyfikacji [rozdział XVIII ust.7] cena została prawidłowo skalkulowana i niezasadne jest podnoszenie zarzutu [art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp] rażąco niskiej ceny. Również zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 jest niezasadny, albowiem wykonawca składając ofertę nie dążył do wyeliminowania innych wykonawców z postępowania. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp przyznał, że pełnomocnictwo „nie jest pozbawione mankamentów”, zawiera omyłkę pisarską. Podkreślił jednocześnie, że w tym przypadku mógłby być wyłącznie podniesiony zarzut niezastosowania art. 26 ust.3 ustawy Pzp, [który nie został podniesiony w odwołaniu], albowiem dokument pełnomocnictwa podlega uzupełnieniu. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp przede wszystkim podkreślił, że specyfikacja nie nakazuje ani bezpośrednio, ani nawet w sposób pośredni podawania w ofercie cenowej jedynie wartości dodatnich. Podał również, że Przystępujący zastosował się jedynie do określenia ceny zgodnie ze wzorem przedstawionym przez Zamawiającego. Podał w rubrykach kwoty dodatnie, i dopiero po zastosowaniu wzoru wymaganego przez Zamawiającego, cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów selektywnie zebranych ukształtowała się, jako wartość ujemna”. W związku z tym, Zamawiający nie może stosować zapisów SIWZ w sposób zawężający, na niekorzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzuty podniesione odwołanie, Izba uwzględniała dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w

granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz dyrektywę z przepisu art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

W odwołaniu wykonawca Sita Południe sp. z o.o. [Odwołujący] stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Zabrze [Konsorcjum], następnie dokonał wyboru oferty tego Konsorcjum, jako najkorzystniejszej i skutkiem tego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszony został art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3 i pkt 4 oraz pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał również na naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał na niezgodność treści oferty Konsorcjum ze specyfikacją, z uwagi na podanie ceny ujemnej usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych. Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny [art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp] wykonawca przede wszystkim podniósł, że Zamawiający przewidział na sfinansowanie zadania, będącego przedmiotem zamówienia kwotę w wysokości 3.000.000 zł, która w szacunkach Zamawiającego miała odpowiadać wartości usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, a Konsorcjum złożyło ofertę z ceną 695.304,00 zł brutto, co stanowi zaledwie 23.18% wartości szacunkowej zamówienia. Dysproporcja wynikająca z porównania kwot sygnalizuje tym samym o poważnym zaniżeniu ceny oferty przez tego wykonawcę. Wnoszący odwołanie podał również, że Odwołujący w ofercie wskazał kwotę 2.595.568,50 zł brutto, co stanowi 86, 52% szacunkowej wartości zamówienia i odpowiada obiektywnym wyliczeniom, znajdującym odpowiednie oparcie w obecnych warunkach demograficzno- gospodarczych. W związku z tym zarzutem, podniósł również naruszenie art. 90 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp, albowiem zdaniem Odwołującego, Zamawiający niezasadnie uznał wyjaśnienia złożone przez Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. [w związku z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia,] jako potwierdzające istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę. Zdaniem Odwołującego złożenie oferty przez Konsorcjum, w związku ze wskazanymi okolicznościami, stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji [art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp] stypizowany w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, albowiem – jego zdaniem - celem przedłożonej kalkulacji było wyeliminowanie

z postępowania pozostałych potencjalnych oferentów, w tym także SITA Południe Sp. z o.o. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 98 kodeksu cywilnego wskazał na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała kwestionowaną ofertę.

Rozpatrując wskazane zarzuty Izba przede wszystkim ustaliła, że Zamawiający kalkulując wartość zamówienia nie posłużył się metodologią wskazaną w specyfikacji dla obliczenia ceny łącznej oferty, a mianowicie w załączniku nr 7, w którym uszczegółowiona została wymagana w niniejszym postępowaniu metodologia [opis] ustalania ceny końcowej oferty, wynikająca z pkt XVIII specyfikacji. Zgodnie z tą metodologią, wykonawca był obowiązany podać [kol. 5] zakładany zysk ze sprzedaży surowców wtórnych [tak jak podano w ppkt 7 pkt XVIII specyfikacji]. Taka pozycja - jak podał Zamawiający w toku rozprawy - nie została uwzględniona przez Zamawiającego, z uwagi na brak - jego zdaniem - obiektywnej możliwości ustalenia tych kwot przez Zamawiającego. W toku rozprawy Zamawiający podał również, że przy kalkulacji ceny za segregowane odpady komunalne, uwzględniano odpady zielone tylko w nieznacznym procencie, albowiem gmina Siewierz położona jest przede wszystkim na terenach rolniczych, a nie jest obszarem o wysokim stopniu urbanizacji. Te okoliczności zdaniem Izby, wobec argumentacji Odwołującego, miały istotne znaczenie dla rozpatrywanej sprawy. Także wyjaśnienia Konsorcjum złożone w piśmie z dnia 6 maja br [w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień], zdaniem Izby miały znaczenie dla rozstrzyganej sprawy. W tym przypadku wykonawca podał, że kalkulując cenę miał na uwadze (1) wieloletnie doświadczenie w zakresie zbierania odpadów gromadzonych selektywnie oraz (2) postanowienie umieszczone w dziale XVIII siwz tj. opis sposobu obliczenia ceny, z których wynika, iż „Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w kosztach wykonania usługi wpływów z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych, oraz wykazania ich w kalkulacji kosztów usługi”, a także (3) kwoty uzyskiwane ze sprzedaży surowców wtórnych i ilość prognozowanych surowców zbieranych selektywnie w ogólnej masie wytworzonych odpadów na terenie Gminy Siewierz. Wykonawca podał również, że spółki grupy kapitałowej międzynarodowego koncernu spółek grupy AS.A., (...) od wielu lat prowadzą zbiórkę odpadów gromadzonych selektywnie, w tym również w systemie workowym i odbierają bardzo duże ilości materiałów charakteryzujących się wysoką czystością (ponad 90% masy odebranych odpadów gromadzonych selektywnie stanowią surowce o wartości handlowej). Podał również, że firma posiada (...) takie atuty jak: wieloletnie międzynarodowe doświadczenie w dziedzinie odbioru odpadów, rozległe kontakty handlowe, możliwości negocjacji cen z największymi odbiorcami surowców oraz wysoką skuteczność segregacji. Dzięki swoistej synergii najlepszych stron wykonawcy jest w stanie

w niskim koszcie odebrać i wysegregować surowce, które może sprzedać w cenach dostępnych tylko dla dostawców oferujących ilości przekraczające 1000 Mg rocznie. Na potwierdzenie tego podał średnie ceny w jakich spółki grupy.A.S.A. sprzedawały surowce w roku 2012. Wykonawca wskazał również, że (...) w celu realizacji zamówienia wykonawca planuje wykorzystać posiadane, przez niego samochody, które są już amortyzowane (...) i w związku z tym, nie kalkulował kosztów amortyzacji oraz kosztów finansowych związanych z ich zakupem”. Wskazał także, że w swoich zasobach ma znaczną liczbę pojemników i kontenerów, które planuje wykorzystać przy realizacji przedmiotowego zamówienia, a których zakup został już amortyzowany i w tej chwili nie stanowią one już dla niego żadnego kosztu i nie musi kupować takich pojemników dla realizacji przedmiotu zamówienia. Podał również, że (...) zbiórka odpadów gromadzonych selektywnie w systemie workowym jest realizowana przez firmę już od kilku lat w związku, z czym przy dużym zapotrzebowaniu na worki nabywa je po bardzo niskich cenach, co również znacząco wpływa na skalkulowanie ceny wykonania przez wykonawcę przedmiotowej usługi”. W wyjaśnieniach podał również, że (...) Dokonując kalkulacji ceny ofertowej opierał się na stosowanych metodach wykonania zamówienia polegających na selektywnej zbiórce odpadów oraz odzysku materiałów wtórnych, stosowanych rozwiązaniach technicznych i logistycznych możliwościach, które mają istotny wpływ na wysokość proponowanej (...) ceny. W toku rozprawy Konsorcjum wykazało również, że ma bezpośredni dostęp do jednej z trzech regionalnych instalacji MBP - wskazanych w uchwale nr IV/32/9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 marca 2013 r. – umiejscowionej w Zabrze, której podmiotem zarządzającym jest członek Konsorcjum, a mianowicie - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Wykonawca przystępujący przedstawił również decyzję Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 25.09.2012 r. zezwalającą na wprowadzenie do obrotu organicznego środka, uzyskiwanego z odpadów zielonych. Izba ustaliła również, że specyfikacja nie nakazywała ani bezpośrednio, ani w sposób pośredni posługiwania się przy kalkulacji ceny tylko wartościami dodatnimi.

Zdaniem Izby, mając na uwadze stan faktyczny sprawy, w szczególności podstawy kalkulacji wartości zamówienia, postanowienia specyfikacji, co do metodologii kalkulacji ceny ofertowej, wyjaśnienia Konsorcjum oraz ogólną charakterystykę gminy w kontekście odbioru i zagospodarowania odpadów, Odwołujący nie udowodnił zarzutu rażąco niskiej ceny, do czego jest zobowiązany ustawą Pzp, w szczególności na podstawie art. 190 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący przede wszystkim nie wykazał, że Konsorcjum w wyjaśnieniach w sposób ogólnikowy i bez należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy profesjonalnie trudniącego się działalnością objętą przedmiotem zamówienia, przedstawiło kalkulację ceny. Nie uprawdopodobniono również, że celem przyjętej kalkulacji było zaniżenie kosztów

realizacji usługi przez Siewierskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i w konsekwencji miało to skutkować zamiarem wyeliminowania z postępowania pozostałych potencjalnych oferentów, w tym także wykonawcę SITA Południe Sp. z o.o.

Izba stwierdza również, że na etapie oceny ofert Zamawiający nie może interpretować zapisów SIWZ w sposób zawężający, na niekorzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Również przepisy obowiązującego prawa nie nakładają na wykonawcę obowiązku podawania w ofercie jedynie dodatnich cen częściowych, a ponadto w przedmiotowej sprawie Konsorcjum zastosował się jedynie do określenia ceny zgodnie ze wzorem przedstawionym przez Zamawiającego. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że w § 7 projektu umowy [załącznik nr 7] ustalono metodologię rozliczeń za realizację przedmiotu umowy, wskazując przede wszystkim w ust.1 lit a) tego paragrafu, że przed wystawieniem faktury wymagane będzie zatwierdzenie rozliczenia, przygotowanego zgodnie ze wzorem kalkulacji cenowej stanowiącej załącznik nr 7 do specyfikacji, wykazującym szczegółowo kwoty, do których otrzymania wykonawca będzie uważał się za uprawnionego. Dalej określono mechanizmy kontroli i nadzoru oraz weryfikacji wymaganych dokumentów rozliczeniowych. Zatem, zdaniem Izby przyjęte procedury w toku realizacji zamówienia nie potwierdzają przede wszystkim, aby rozliczenie następowało według ujemnych cen jednostkowych. Izba stwierdza również, że postanowienia specyfikacji nie wymagały, aby ceny jednostkowe za poszczególne kategorie odpadów [zmieszane i segregowane] pozostawały ze sobą w jakiegokolwiek proporcji i tym samym argumentacja, co do braku uzasadnienia podania ceny jednostkowej segregowanych odpadów w kwocie 108 zł nie mogła być chociażby z tego powodu uwzględniona przez Izbę.

W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszone zarzuty dotyczące art. 89 ust.1 pkt 2, pkt 3 i pkt 4 nie podlegają uwzględnieniu. Podobnie nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 90 ust.1 i 2 ustawy Pzp, albowiem w wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało, zdaniem Izby, na obiektywne czynniki mające wpływ na cenę.

Nie podlega również uwzględnieniu zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. Zarzut ten wykonawca oparł na wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności. Odwołujący wskazując na treść pełnomocnictwa z dnia 8 kwietnia 2013r. udzielonego panu Ł..... U....., stwierdził, że pod pełnomocnictwem podpisał się w imieniu mandanta m.in. A..... S....., która to osoba – zgodnie z KRS (0000064596) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. wchodzi w skład zarządu A.S.A. Eko Polska Sp.

z o.o. To jego zdaniem potwierdza, że podpisujący ofertę [Pan Ł..... U.....] nie był uprawniony do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu w imieniu Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i taka wada pełnomocnictwa ze względu na jej charakter i przedstawiony stan faktyczny oraz prawny przesądza, o braku możliwości konwalidacji czynności na podstawie art. 65 §1 kodeksu cywilnego. Izba zwraca przede wszystkim uwagę, że podpisującym pełnomocnictwo jest m.in. Prezes Zarządu [widnieje tam również podpis członka zarządu dyrektora ds. finansów i administracji E..... P.....]. Z kolei z KRS Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wynika, że A..... S..... w tej spółce jest Prezesem Zarządu, a w s-ce A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. jest wskazany tylko, jako członek zarządu [prezesem tej spółki jest J..... W.....]. Wobec treści pełnomocnictwa, [w którym oznaczono przetarg i wskazano podmiot ubiegający się o to zamówienie] – oraz pełnomocnictwa z dnia 8 kwietnia 2013 r. udzielonego Siewierskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. a podpisanego m.in. przez członka zarządu dyrektora operacyjnego A..... S..... [i członka zarządu ds. finansowych E..... P.....] Odwołujący nie udowodnił, że Ł..... U..... nie był uprawniony do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu w imieniu Siewierskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Wykonawca nie udowodnił również, że taka wada pełnomocnictwa ze względu na jej charakter i przedstawiony stan faktyczny oraz prawny przesądza, o braku możliwości konwalidacji czynności na podstawie art. 65 §1 kodeksu cywilnego. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd przystępującego wykonawcy, że zaniechaniem, które można byłoby ewentualnie zarzucić Zamawiającemu, to brak wezwania Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie, bowiem z tym przepisem Zamawiający wzywa wykonawców, (...) którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo, którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (...). Jednocześnie Izba stwierdza, że w odwołaniu nie podniesiono zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie mogła orzekać, co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania, a zatem kwestia ewentualnego zaniechania wezwania przystępującego wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego osobie podpisującej ofertę, nie podlegała rozstrzygnięciu przez Izbę.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....