

Sygn. akt: KIO 1338/13

WYROK
z dnia 18 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 czerwca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 czerwca 2013 r. przez wykonawcę: **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Kluczevska 2, 32-300 Olkusz**, adres do doręczeń: **ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Krzeszowice, ul. Ogrodowa 1, 32-065 Krzeszowice**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji także nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Krzeszowice, ul. Ogrodowa 1, 32-065 Krzeszowice i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Kluczevska 2, 32-300 Olkusz,**

adres do doręczeń: ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** nakazuje dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Krzeszowice, ul. Ogrodowa 1, 32-065 Krzeszowice** na rzecz wykonawcy **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Kluczevska 2, 32-300 Olkusz, adres do doręczeń: ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie gminy Krzeszowice oraz ich zagospodarowanie.”*, zostało wszczęte przez Gminę Krzeszowice, ul. Ogrodowa 1, 32-065 Krzeszowice zwana dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 036-057478 z dnia 20.02.2013 r.

W dniu 23.05.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* Pzp oraz m.in. odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oferty ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Kluczevska 2, 32-300 Olkusz, adres do doręczeń: ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza dalej: *„ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*. W toku badania i oceny ofert przetargowych Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania elementów ceny oferty. W przetargu złożono 5 ofert, z czego jedna oferta wzbudziła wątpliwości co do sposobu skalkulowania ceny odbioru i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych. Odbiegała ona bowiem w sposób rażący od kwoty jaką ustalił Zamawiający oraz od pozostałych ofert przetargowych. Na realizację usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych Zamawiający ustalił kwotę brutto na poziomie 300,00 zł (na podstawie danych z RIPOK regionu zachodniego). Złożona oferta ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. przedstawia realizację usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych za kwotę 0,01 zł brutto. Pozostali Wykonawcy skalkulowali świadczenie usługi w tym zakresie na poziomie od 313,20 zł do 400,00 zł za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych. Konstrukcja przetargu zakładała ocenę ofert w zakresie następujących kryteriów:

- cena brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych,
- cena brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie oraz
- deklarowany poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania odebranych na terenie gminy Krzeszowice.

Jednocześnie, zgodnie z § 8 wzoru umowy, rozliczenie z Wykonawcą zostało sprecyzowane w następujący sposób: „(...)

1. Strony ustalają, że Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia, równe iloczynowi ilości ton odebranych odpadów danego rodzaju, wynikającej z raportów, o których mowa w §7 ust. 1- 5, dostarczonych za potwierdzeniem do Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego oraz do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania i ceny jednostkowej brutto za 1Mg odpadów.

2. Cena za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych odebranych i dostarczonych do Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego wynosi netto:zł (słownie.....) + podatek Vat: 8 % tj. brutto: bruttozł, (słownie:.....).

3. Cena za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie, odebranych dostarczonych do uprawnionego przedsiębiorcy prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wynosi netto:zł (słownie) + podatek Vat: 8 % tj. brutto: brutto zł, (słownie:)(...)."

Z uwagi na fakt, iż elementem istotnym, wpływającym w sposób znaczny na realizację przedmiotowej usługi jest cena za 1 Mg odpadów, przedstawienie w ofercie Wykonawcy odrzuconego ceny za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych na poziomie 0,01 zł wzbudziło podejrzenia Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego cena ta jest nierealna oraz nie gwarantuje właściwego wykonywania usługi. Wykonawca kalkulując cenę oferty miał obowiązek uwzględnić wymogi, wynikające z obowiązujących przepisów w zakresie postępowania z odpadami, w tym m.in. zachowanie hierarchii postępowania odpadami oraz konieczność przekazania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych. Powyższa sytuacja wzbudziła wątpliwość i obawy wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie z uwagi na fakt, że obowiązujące ceny w RIPOK-ach regionu zachodniego wynoszą ok. 250 - 280 zł/Mg. W materiałach przetargowych Zamawiający wskazał na powyższy wymóg, wprowadzając poniższy zapis: „Wykonawca jest zobowiązany do przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania do regionalnej lub zastępczej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, właściwej dla regionu zachodniego, zgodnie z uchwałą nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego. W przypadku awarii regionalnej instalacji odpady należy przekazać do instalacji zastępczej, wskazanej w Planie Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego dla regionu zachodniego. Przy doborze instalacji należy kierować się zasadą bliskości, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub

technologię (zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.)". W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający, na mocy art. 90 ust. 1 Pzp obowiązany jest zwrócić się do Wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. W związku z tym Zamawiający pismem z dnia 08.05.2013 r. wystąpił do Wykonawcy o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia elementów składowych mających wpływ na wysokość ceny określonej w złożonej ofercie. W dniu 13.05.2013 r. Zamawiający otrzymał od Wykonawcy odpowiedź. Wyjaśnienia zawarte w tym piśmie są jednak niewystarczające oraz w żaden sposób nie wyjaśniają iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Według Zamawiającego w przypadku przedmiotowego postępowania, gdzie ceny jednostkowe podlegają ocenie, zastosowanie stawki 0,01 zł za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych jest nierealne oraz niewiarygodne w porównaniu do cen rynkowych podobnych usług i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zbliżony sposób pojęcie to definiuje UZP: za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Do złożonych wyjaśnień Wykonawca nie dołączył żadnych dowodów na prawidłowe skalkulowanie ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem oraz doktryną skutek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp zachodzi także wtedy, gdy Wykonawca złoży w wyznaczonym terminie wyjaśnienia, lecz są one niedostateczne i ogólnikowe do tego stopnia, że niemożliwe jest dokonanie przez Zamawiającego oceny, czy cena skalkulowana jest prawidłowo. Odpowiedź Wykonawcy nie zawiera wyliczenia elementów składowych mających wpływ na cenę 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych wynikającą ze złożonej oferty, lecz ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo. Zamawiający nie podziela poglądu Wykonawcy, iż rażąco niską cenę należy odnosić zawsze do całkowitej ceny oferty. W przypadku, gdy od początku założono, że ocenie podlegać będą ceny jednostkowe za 1 Mg odpadów, a podane wartości liczby Mg odpadów są jedynie wartościami szacunkowymi, Zamawiający ma obowiązek oceniać również ceny jednostkowe świadczenia usługi pod kątem tego, czy nie są one rażąco niskie. Gwarantuje mu to wyłonienie rzetelnego Wykonawcy, który wykonywać będzie usługę zgodnie z przepisami prawa. W tym konkretnym przypadku specyfika zamówienia oraz sposób rozliczania się z Wykonawcą za świadczenie usługi, w sposób jednoznaczny i oczywisty dla Zamawiającego nakazuje mu ocenę występowania rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do cen jednostkowych odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, które stanowią podstawę do rozliczenia się z Wykonawcą. Skoro więc wyjaśnienia

Wykonawcy nie pozwalają Zamawiającemu na dokonanie obiektywnej oceny, w kwestii, czy wynikająca z oferty jednostkowa cena świadczenia usługi nie jest rażąco zaniżona, to Zamawiający uznał, że cena ta jest rażąco zaniżona i wobec spełnienia przesłanek ww. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ofertę Wykonawcy odrzuciła.

W dniu 03.06.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 180 ust.1 Pzp odwołanie: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.06.2013 r. (e-mailem). Podniósł, że wniósł odwołanie na czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy oferta nie podlega odrzuceniu, dokonanie wadliwej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego po zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a także czynności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Przedmiotem zamówienia, jak wynika z opisu zawartego w SIWZ, w Rozdz. 4 „Opis przedmiotu zamówienia” w ust. I pkt 1 Instrukcji Dla Wykonawców (IDW), jest *„usługa polegająca na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie gminy Krzeszowice”*. Zakres przedmiotu zamówienia (jw. pkt 2) obejmuje *„odbiór zmieszanych, niesegregowanych odpadów komunalnych (...) oraz odbiór (...) odpadów komunalnych, gromadzonych w sposób selektywny (...), oraz ich zagospodarowanie”*. Zamawiający podaje w tej cz. IDW kody odpadów oraz ich szacunkową łączną ilość równą 27 600 Mg (jw. pkt 3), przy czym ilość odpadów zbieranych selektywnie określa na 4 968 Mg, z czego wynika, że ilość odpadów zmieszanych wynosi 22 632 Mg. Charakterystykę gminy Krzeszowice oraz dodatkowe elementy wchodzące w zakres zamówienia, jak również dodatkowe obowiązki Wykonawcy, Zamawiający wskazuje w tejże części IV IDW, odsyłając następnie do „Opisu przedmiotu zamówienia” (cz. III SIWZ), w którym opisane są szczegółowe informacje dotyczące zakresu i sposobu realizacji zamówienia. Najważniejszym postanowieniem dotyczącym przedmiotu zamówienia, mając na uwadze treść niniejszego odwołania, jest postanowienie zawarte w Rozdz. 4 ust. 1 pkt 8 IDW. Zgodnie z nim: *„Zamawiający jest zainteresowany wyłącznie*

kompleksowym wykonaniem usługi w sposób zgodny z Opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Jest zrozumiałe, że Zamawiający zainteresowany jest wykonaniem usługi w sposób zgodny z jej opisem. Zauważyć jednak należy, że Zamawiający w przytoczonym wyżej pkt 1 jak i w pkt 8, jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotem zamówienia jest „usługa”, używając liczby pojedynczej. Co więcej, Zamawiający dopuszcza wyłącznie kompleksowe wykonanie usługi. Nie chodzi więc o dwie niezależne, niepowiązane z sobą usługi, tj. odbiór i zagospodarowania odpadów zmieszanych (niesegregowanych) oraz odbiór i zagospodarowania odpadów gromadzonych w sposób selektywny, lecz o jedną, kompleksową usługę obejmującą odbiór i zagospodarowanie zarówno odpadów zmieszanych, jak i gromadzonych w sposób selektywny. W Rozdz. 19 IDW „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający zobowiązuje Wykonawców, aby w formularzu ofertowym podali trzy ceny (pkt 6):

- cenę jednostkową za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych zebranych i przekazanych do regionalnej lub zastępczej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (...),
- cenę jednostkową za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie zebranych i przekazanych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, przy czym *„we wskazanych powyżej cenach jednostkowych odpadów komunalnych należy ująć wszystkie usługi niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy, a także uwzględnić wszystkie obowiązujące w Polsce podatki, łącznie z podatkiem Vat oraz wszelkie inne opłaty związane z wykonywaniem usługi”*, oraz
- cenę oferty brutto jako sumę:
 - iloczynu ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych i szacunkowej ilości Mg odpadów komunalnych zmieszanych zebranych w okresie obowiązywania umowy oraz
 - iloczynu ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie i szacunkowej ilości Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie zebranych w okresie obowiązywania umowy. W ten też sposób, umożliwiając podanie ww. cen, został przygotowany formularz ofertowy.

Powyższe jednoznacznie dowodzi, że Zamawiający rozróżnia ceny jednostkowe oraz cenę oferty. Nie ma przy tym znaczenia, że w formularzu ofertowym Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych netto i brutto, zaś ceny oferty tylko brutto.

Zamawiający przyjął (Rozdz. 20 „Kryteria oceny ofert”) trzy kryteria oceny ofert: dwa kryteria cenowe o łącznym znaczeniu 90% i jedno kryterium jakościowe (deklarowany poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania) o znaczeniu 10%. Kryteria cenowe to:

- cena za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych - znaczenie 50%,

- cena za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie - znaczenie 40%.

Przyjęcie dwóch cenowych kryteriów oceny ofert, zgodnie z którymi ocenie podlegały ceny jednostkowe (cena za 1 Mg odpadów) nie miało żadnego wpływu na sposób obliczenia ceny oferty. W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert. Odwołujący w swej ofercie podał ceny jednostkowe brutto:

- cena za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych - 0,01 zł,
- cena za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie - 1186,92 zł,

oraz cenę oferty brutto, obliczoną w sposób wymagany przez Zamawiającego (po poprawieniu przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej), równą 5 896 844,88 zł, przy cenach jednostkowych podanych przez pozostałych Wykonawców w zakresie: cena za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych od 313,20 zł do 400,00 zł, oraz cena za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie od 54,00 zł do 280,80 zł i przy cenach ofert pozostałych Wykonawców w zakresie (po poprawieniu przez Zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych) od 7 356 614,40 zł do 10 443 840,00 zł. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, równą 5 537 026,00 brutto. Pismem z dnia 08.05.2013 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający napisał: *„Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie zaoferowanej ceny brutto tj. 0,01 zł za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych, zgodnie z art. 9 e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”*. Chociaż Zamawiający użył zwrotu *„w zakresie zaoferowanej ceny brutto tj. 0,01 zł za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych”* zamiast zwrotu *„w zakresie zaoferowanej ceny jednostkowej brutto tj. 0,01 zł za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych”*, to nie ulega najmniejszej wątpliwości, że zwracając się o udzielenie wyjaśnień, Zamawiający wskazał element oferty mający wpływ na wysokość ceny, tj. wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych w wysokości 0,01 zł. Ten element, jak należało uznać, był przyczyną podejrzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Tylko taką bowiem możliwość dawał Zamawiającemu przepis art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, który zresztą Zamawiający sam wskazał jako podstawę zwrócenia się o wyjaśnienia, *„Zamawiający (...) zwraca się do wykonawcy o udzielenie (...) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”*. Przy czym cena w rozumieniu tego przepisu to cena oferty, a nie cena jednostkowa. W szeregu wyrokach, by pozostać tylko przy orzeczeniach z ostatniego okresu, Izba wypowiedziała się co do zakresu oczekiwanych przez

Zamawiającego wyjaśnień – przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 109/12, KIO 125/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1197/12, wyrok KIO o sygn. akt: 1506/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 472/13, tudzież wyrok KIO o sygn. akt: KIO 633/13.

W świetle powyższego, przy zastosowaniu się Zamawiającego do wskazanych wyżej dyrektyw dotyczących zakresu pytań, jasne jest, że pytanie dotyczyło wpływu zaoferowanej ceny jednostkowej 0,01 zł (za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych) na cenę oferty w kontekście podejrzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska. To zaś, że rażąco niska może być tylko cena oferty, a nie ceny jednostkowe, czy ceny za część zamówienia, wynika z ukształtowanego orzecznictwa Izby. Wielokrotnie Izba w wydanych orzeczeniach zajmowała w tej sprawie jednoznaczne stanowisko. Powołał następujące orzeczenia: wyrok KIO o sygn. akt: KIO 217/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 646/12, KIO 653/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 830/12, KIO 833/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 867/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 930/12, KIO 938/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1351/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1377/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1531/12, wyrok SO w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08 za wyrokiem KIO 2011/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 99/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 148/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 355/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 364/13, KIO 368/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 654/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 737/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 791/13.

Wracając do pisma Zamawiającego z dnia 08.05.2013 r. zauważył, że zwracając się o udzielenie wyjaśnień Zamawiający przywołał, chociaż nie miał takiego obowiązku, przepis art. 9e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przepis art. 9e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.) stanowi, że (ust. 1): *„Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do:*

1) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach;

2) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”, oraz (ust. 2) „Zakazuje się mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze zmieszanyymi odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości”.

Przywołując w wezwaniu przepis art. 9e, w szczególności ust. 1, a nie wyłącznie pkt 2 tego ustępu, Zamawiający wyraźnie wskazał że interesuje go cały przedmiot zamówienia, tj. zarówno odpady zbierane selektywnie, jak i odpady zmieszane, a nie tylko odpady zmieszane. Potwierdza to, że Zamawiającemu chodziło o cenę za przedmiot zamówienia,

czyli cenę oferty, na którą ma wpływ wskazana cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych.

W zakreślonym przez Zamawiającego terminie, pismem z dnia 13.05.2013 r., Odwołujący udzielił wymaganych wyjaśnień. W dniu 23.05.2013 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o unieważnieniu postępowania. Zamawiający stwierdził, że *„W wyniku otrzymanych uzupełnień i wyjaśnień Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty nr 1 złożonej przez: ALBA (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. oferta zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. Decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający uzasadnił niemożliwością zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej przewyższa tę kwotę.

Poprzedzając merytoryczne odniesienie się do przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na to że, zdaniem Zamawiającego oferta zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy odnieść się do pojęcia *„rażąco niska cena”*. Ani ustawa ani dyrektywa unijne dotyczące zamówień publicznych, w tym dyrektywa tzw. klasyczna 2004/18/WE, nie definiują pojęcia ceny rażąco niskiej (w stosunku do przedmiotu zamówienia). Nie jest to jednak przeszkodą w stosowaniu przepisów ustawy dotyczącej tego pojęcia. Podkreśla to Izba przykładowo w wyroku o sygn. akt: KIO 437/13: *„Sam brak definicji rażąco niskiej ceny nie powoduje, iż zachodzą trudności w jej stosowaniu. Doktryna i orzecznictwo wypracowały na przestrzeni lat reguły, które pozwalają na zidentyfikowanie przewidywalnych wzorców i reguł postępowania dla podmiotów stosujących przepisy ustawy Pzp zawierające w swojej treści pojęcie „rażąco niskiej ceny”*. Jak zauważa Jacek Kaczmarczyk (J. Kaczmarczyk, *Rażąco tania oferta, Zamówienia Publiczne. Doradca*, nr 5/2012, str. 25-30) *„Nie było potrzeby, a z pewnością dziś już jej nie ma, definiowania pojęcia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności dlatego, że w orzecznictwie dość szybko wypracowano zadowalającą definicję. Już w jednym z pierwszych wyroków dotyczących rażąco niskiej ceny (UZP/ZO/0-724/04) Zespół Arbitrów stwierdził, iż „ należy przyjąć, że oferta zawierająca rażąco niską cenę, to oferta, której ceny w realny sposób nie da się uzasadnić, cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień”*. Podobnie, acz w innych słowach, ujął to Zespół Arbitrów w wyroku (UZP/ZO/0-936/04): *„rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, niepozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia”*. Z kolei Zespół Arbitrów w orzeczeniu (UZP/ZO/0-1316/04) znacząco przybliżył definicję rażąco niskiej ceny do definicji powszechnie przyjmowanej obecnie: *„rażąco niska cena w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jest to cena poniżej kosztów „wytworzenia” usługi lub roboty”, zwracając tym sa-*

mym uwagę na relację rażąco niskiej ceny do kosztów wytworzenia, a w konsekwencji do potencjalnych strat lub braku zysku przy wykonywaniu zamówienia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zwraca uwagę właśnie na ten element, tj. brak zysku lub strata. W wyroku Izby (KIO/UZP 466/08) czytamy: „ o rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku”. Podobnie, w wyroku (KIO 1517/11) Izba stwierdziła: „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku”. Wreszcie, w jednym z ostatnich wyroków dotyczących definicji rażąco niskiej ceny, znajdujemy swego rodzaju podsumowanie orzecznictwa w tym zakresie (KIO 601/12): „ cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i, jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje ”. Problemu w stosowaniu przepisów nie stwarza formalny brak definicji rażąco niskiej ceny. Problemem jest wskazany wyżej brak przesłanek obligujących zamawiającego do wszczęcia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, lub procedur, o których mowa w przytoczonych wyżej przepisach dyrektyw”. Odnosząc się do ostatniego zdania zacytowanego wyżej fragmentu artykułu zauważył, że Izba wielokrotnie wypowiadała się także na ten temat. Powoła wyrok KIO o sygn. akt: KIO 360/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 364/13, KIO 368/13, tudzież wyrok KIO o sygn. akt: KIO 548/13.

Przytoczył także kilka fragmentów najnowszych orzeczeń KIO dotyczących pojęcia ceny rażąco niskiej, w szczególności mając na uwadze, że kopia niniejszego odwołania zostanie na mocy art. 180 ust. 5 Pzp przesłana Zamawiającemu, który po analizie treści odwołania może uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, co będzie skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego (art. 186 ust. 2 Pzp) oraz wykonaniem czynności zgodnie z wnioskiem Odwołującego. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 364/13, KIO 368/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 427/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 453/13,

KIO 484/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 458/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 586/13, KIO 588/13, tudzież wyrok KIO o sygn. akt: KIO 772/13.

Mając na uwadze wskazane orzecznictwo Izby, a także stan faktyczny, zadał pytanie, czy Zamawiający w ogóle powinien żądać od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Cena oferty Odwołującego (5 896 844,00 zł) jest wyższa o 359 818,88 zł od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (5 537 026,00 zł), czyli - jak można wnosić - od wartości zamówienia powiększonej o VAT, a więc nie może być mowy o jej zaniżeniu. Co prawda jest ona niższa od cen ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, ale ci Wykonawcy zaoferowali ceny bardzo rozbieżne, od 7 356 614,40 zł do 10 443 840,00 zł, a więc różnica między ofertą najtańszą, a najdroższą, wśród tych ofert wyniosła ponad 3 mln zł. To powinno zmusić Zamawiającego do refleksji, czy te ceny zostały skalkulowane należycie, czy nie zostały zawyżone, wszak rzeczą powszechnie znaną jest, że w przeprowadzanych ostatnio postępowaniach na zbiórkę i zagospodarowanie odpadów komunalnych Wykonawcy często dają bardzo wysokie ceny, chcąc zarobić nie tylko godziwie, ale maksymalnie „*ile się da*”. Zamawiający powinien także dokonać analizy cen rynkowych, i zapewne takich dokonał ustalając wartość zamówienia. W tej sytuacji wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 jeżeli nie jest niedopuszczalne, to przynajmniej jest bardzo wątpliwe. Rzecz jasna Odwołujący ma na myśli, zgodnie z przepisem i zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą, cenę całej oferty, a nie cenę jednostkową 0,01 zł.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów Zamawiającego przeciw ofercie Odwołującego, zauważył, co następuje:

1) W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający kilkakrotnie wskazuje na swe wątpliwości dotyczące podanej przez Odwołującego ceny 0,01 zł za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych: - „*W toku badania i oceny ofert przetargowych Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania elementów ceny oferty. W przetargu złożono 5 ofert, z czego jedna oferta wzbudziła wątpliwości co do sposobu skalkulowania ceny odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów zmieszanych. Odbiegała ona bowiem w sposób rażący od kwoty jaką ustalił Zamawiający oraz od pozostałych ofert przetargowych. Na realizację usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych Zamawiający ustalił kwotę brutto na poziomie 300,00 zł (na podstawie danych z RIPOK regionu zachodniego). Złożona oferta Wykonawcy ALBA (...) przedstawia realizację usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych za kwotę 0,01 zł brutto. Pozostali wykonawcy skalkulowali świadczenie usługi w tym zakresie na poziomie od 313,20 zł do 400,00 zł za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych*” (uzasadnienie, tiret 1.), - „*Z uwagi na fakt, iż elementem istotnym, wpływającym w sposób znaczny na realizację przedmiotowej usługi jest cena za 1 Mg*

odpadów, przedstawienie w ofercie Wykonawcy odrzuconego ceny za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych na poziomie 0,01 zł wzbudziło podejrzenia Zamawiającego w zakresie *rażąco niskiej ceny*" (uzasadnienie, tiret 4.), - „Wykonawca kalkulując cenę oferty miał obowiązek uwzględnić wymogi, wynikające z obowiązujących przepisów w zakresie postępowania z odpadami, w tym m. in. zachowanie hierarchii postępowania odpadami oraz konieczność przekazania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych. Powyższa sytuacja wzbudziła wątpliwość i obawy wystąpienia *rażąco niskiej ceny* w ofercie z uwagi na fakt, że obowiązujące ceny w RIPOK-ach regionu zachodniego wynoszą ok. 250 - 280 zł/Mg" (uzasadnienie, tiret 4.). W kontekście przytoczonych wyżej fragmentów pisma Zamawiającego należy stwierdzić, że przedmiotem oceny oferty pod kątem ceny *rażąco niskiej* może być wyłącznie cena oferty, a nie cena jednostkowa, na dowód czego Odwołujący przytoczył wyżej szereg orzeczeń KIO. Zaś kwestionując wdrożenie trybu art. 90 ust. 1 w odniesieniu do ceny jednostkowej, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 13.05.2013 r. Odwołujący szeroko uzasadnił bezpodstawność wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyłącznie ceny jednostkowej, przytaczając na tę okoliczność wiele orzeczeń Izby. Zauważył, że chociaż cena odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów zmieszanych w ofercie Odwołującego jest równa 0,01 zł (przy maksymalnej cenie zaoferowanej przez pozostałych Wykonawców równej 400,00 zł), to cena odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów gromadzonych selektywnie w ofercie Odwołującego jest o 906,12 zł wyższa niż w ofercie z koleiną najwyższą cenę jednostkową w tej pozycji i o 1132,92 zł od oferty najtańszej w tej pozycji. Tylko te dwie ceny jednostkowe należało podać w ofercie. I to także świadczy, że wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień było niezasadne. Zadał retoryczne pytania: na jakiej podstawie Zamawiający uważa, że Odwołujący nie uwzględnił przy kalkulacji ceny swej oferty wymogów wynikających z obowiązujących przepisów w zakresie postępowania z odpadami. Zamawiający wysuwa jedynie wątpliwości nie wskazując żadnych argumentów.

2) Zamawiający twierdzi, że w dniu 08.05.2013 r. „wystąpił do Wykonawcy o złożenie *szczegółowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia elementów składowych mających wpływ na wysokość ceny określonej w złożonej ofercie*". W piśmie z 08.05.2013 r. nie ma żadnej wzmianki o złożeniu „*szczegółowych wyjaśnień*”, jak również Zamawiający nie żądał nie tylko *szczegółowych*, ale w ogóle wyjaśnień dotyczących „*wyliczenia elementów składowych*” mających wpływ na wysokość ceny. Niezależnie jednak od tego, że Zamawiający nie żądał *szczegółów* ani *wyliczeń*, Odwołujący przedstawił je w swej odpowiedzi w piśmie z dnia 13.05.2013 r., o czym będzie mowa niżej.

3) Zamawiający potwierdza, że w dniu 13.05.2013 r. otrzymał od Wykonawcy odpowiedź. Stwierdza, że „*Wyjaśnienia zawarte w tym piśmie są jednak niewystarczające oraz w żaden sposób nie wyjaśniają ii zaoferowana cena nie jest rażąco niska*”, oraz „*Odpowiedź*

Wykonawcy nie zawiera wyliczenia elementów składowych mających wpływ na cenę 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych wynikającą ze złożonej oferty, lecz ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo". Powyższe stwierdzenia w sposób oczywisty mijają się z faktami. W swej odpowiedzi Odwołujący zawarł szczegółowe wyjaśnienia opisowe wskazujące obiektywne okoliczności pozwalające mu zaoferować cenę oferty na poziomie niższym niż oferty konkurentów, nadto na poziomie realnym, takie m. in. jak:

- doświadczenie grupy kapitałowej, w skład której wchodzi Spółka,
- innowacyjność usługi na polskim rynku powodująca, że Spółka, bazując na doświadczeniu grupy kapitałowej, może łatwiej oszacować ryzyko oferując konkurencyjne ceny,
- efekt synergii pozwalający Spółce skutecznie obniżyć koszty,
- dysponowanie własnymi instalacjami do „doczyszczania” odpadów, a w konsekwencji otrzymanie surowców o dużej wartości rynkowej oraz brak konieczności przekazywania do zagospodarowania odpadów o niskiej wartości,
- współpraca z wieloma partnerami handlowymi zajmującymi się przetwarzaniem odpadów oraz recyklerami,
- scentralizowany system sprzedaży odpadów przez spółkę wchodzącą w skład grupy kapitałowej ALBA Trading CEE Sp. z o.o., pozwalający wygenerować lepsze ceny sprzedaży. Pomijając powyższe, najistotniejsze jest to, że Odwołujący przedstawił bardzo szczegółową, by nie powiedzieć, że drobiazgową kalkulację ceny swej oferty. Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający jest - podobnie jak Odwołujący - profesjonalistą w zakresie przedmiotu zamówienia, a zatem powinien bez problemu odczytać wszystkie dane zawarte w tabelach załączonych do wyjaśnień. Niemniej jednak, „na wszelki wypadek”, zadeklarował, że pozostaje do dyspozycji Zamawiającego w przypadku dalszych pytań do przedstawionego rozbitcia ceny ofertowej. Przywołał orzeczenia Izby potwierdzające, że Zamawiający ma prawo wystąpić o kolejne wyjaśnienia – wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1197/12, tudzież wyrok KIO o sygn. akt: KIO 592/13.

4) Zamawiający zauważa, że „Do złożonych wyjaśnień Wykonawca nie dołączył żadnych dowodów na prawidłowe skalkulowanie ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych”. Stwierdził także, że załączona do wyjaśnień szczegółowa kalkulacja ceny oferty jest wystarczającą, nadto, jak wskazuje orzecznictwo Izby, Odwołujący nie miał obowiązku załączać dowodów, w szczególności gdy wyjaśnienia są wyczerpujące.

Wskazał na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 76/13, KIO 77/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 399/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 427/13, jak i wyrok KIO o sygn. akt: KIO 592/13.

5) Odnosząc się do ceny jednostkowej równej 0,01 zł za 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów mieszanych, Zamawiający stwierdza, że „cena ta jest nierealna oraz nie gwarantuje właściwego wykonywania usługi”, oraz „w przypadku przedmiotowego postępowania,

gdzie ceny jednostkowe podlegają ocenie, zastosowanie stawki 0,01 zł za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych jest nierealne oraz niewiarygodne w porównaniu do cen rynkowych podobnych usług i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Zamawiający nie przytoczył żadnego przepisu ustawy, zgodnie z którym w sytuacji, gdy ceny jednostkowe podlegają ocenie, miałyby być one przedmiotem badania w trybie art. 90 ust. 1. Odwołujący jeszcze raz wskazuje na przytoczone wyżej orzecznictwo Izby, z którego jednoznacznie wynika, że tylko cena oferty, a nie ceny jednostkowe, mogą być przedmiotem oceny w kontekście ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazuje też, że „Zamawiający jest zainteresowany wyłącznie kompleksowym wykonaniem usługi”, o czym była mowa uprzednio. W tym miejscu Zamawiający, trudno powiedzieć czy na potwierdzenie, że cena jednostkowa może być przedmiotem badania pod kątem ceny rażąco niskiej, czy tylko w celu wskazania czym jest cena rażąco niska, odwołuje się do opinii UZP: „W zbliżony sposób pojęcie to definiuje UZP: za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi". Zamawiający najwyraźniej nie zapoznał się z całą opinią UZP zamieszczoną na stronie internetowej UZP w maju 2004 r., z której jednoznacznie wynika, że chodzi o cenę całej oferty, a nie cenę jednostkową: „Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości". I dalej „Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT”.

6) Zamawiający, jak m pisze, „nie podziela poglądu Wykonawcy, iż rażąco niską cenę należy odnosić zawsze do całkowitej ceny oferty. W przypadku, gdy od początku założono, że ocenie podlegać będą ceny jednostkowe za 1 Mg odpadów, a podane wartości liczby Mg odpadów są jedynie wartościami szacunkowymi, Zamawiający ma obowiązek oceniać

również ceny jednostkowe świadczenia usługi pod kątem tego, czy nie są one rażąco niskie. Gwarantuje mu to wyłonienie rzetelnego Wykonawcy, który wykonywać będzie usługę zgodnie z przepisami prawa. W tym konkretnym przypadku specyfika zamówienia oraz sposób rozliczania się z Wykonawcą za świadczenie usługi, w sposób jednoznaczny i oczywisty dla Zamawiającego nakazuje mu ocenę występowania rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do cen jednostkowych odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, które stanowią podstawę do rozliczenia się z Wykonawcą". Stwierdził, że trudno odnieść się do poglądu Zamawiającego, iż ma on obowiązek badać ceny jednostkowe pod kątem, czy nie są one rażąco niskie, jako sprzecznego z przepisami ustawy, nadto nie mającego oparcia w jednolitej linii orzeczniczej KIO w tej sprawie, o czym była mowa wyżej. Gwarancją rzetelnego wyboru wykonawcy są rozsądnie ustanowione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wskazuje na czym polega specyfika przedmiotowego zamówienia oraz sposób rozliczeń, który swoją drogą jest typowy dla większości zamówień (poza przypadkiem ceny ryczałtowej), nakazujący mu „ocenę występowania rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do cen jednostkowych odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych". Odwołujący raz jeszcze podkreśla jednolitą linię orzeczniczą dotyczącą badania cen ofert, a nie cen jednostkowych, oraz przytoczone uprzednio wyroki dotyczące tego zagadnienia.

Nawet w przypadku, gdy Zamawiający przyjął pięć cen jednostkowych i ustanowił pięć cenowych kryteriów oceny ofert, Izba orzekając o cenie rażąco niskiej uznała, że cena nie jest rażąco niska, co więcej, uznała że badaniu podlega cena oferty, a nie ceny jednostkowe (wyrok KIO o sygn. akt: 1958/11). Tylko w przypadku, gdy w zamówieniu można wyodrębnić dwie całkowicie niezależne części, nadto zostaną zawarte dwie umowy, można mówić o rażąco niskiej cenie każdej z tych części (wyrok KIO o sygn. akt: 381/13, KIO 397/13).

7) Konkluduje Zamawiający: „Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem oraz doktryną skutek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 3 [oczywista omyłka, powinno być „art. 90 ust. 3" - przyp. Odwołującego] zachodzi także wtedy, gdy Wykonawca złoży w wyznaczonym terminie wyjaśnienia, lecz są one niedostateczne i ogólnikowe do tego stopnia, że niemożliwe jest dokonanie przez Zamawiającego oceny, czy cena skalkulowana jest prawidłowo" oraz „Skoro więc wyjaśnienia Wykonawcy nie pozwalają Zamawiającemu na dokonanie obiektywnej oceny, w kwestii, czy wynikająca z oferty jednostkowa cena świadczenia usługi nie jest rażąco zaniżona, to Zamawiający uznał, że cena ta jest rażąco zaniżona i wobec spełnienia przesłanek ww. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy odrzucił". W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie stwierdził, że cena oferty jest rażąco niska, lecz że wyjaśnienia Odwołującego nie pozwalają Zamawiającemu na dokonanie oceny, czy cena oferty jest rażąco niska, w związku z czym uznał, że cena ta jest

rażąco niska. Gdyby Odwołujący złożył wyjaśnienia, które *de facto* niczego nie wyjaśniałyby (teza taka jest w świetle udzielonych wyjaśnień nie do obrony), to przyjmuje się, że wyjaśnienia nie zostały złożone i wówczas oferta podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Jednak Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, a w takim przypadku Zamawiający obowiązany był podać nie tylko uzasadnienie prawne, ale przede wszystkim faktyczne odrzucenia (art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp). Uzasadnienia takiego Zamawiający nie podał. Orzecznictwo Izby w tej sprawie - to zamawiający ma wykazać, że cena jest rażąco niska - jest jednoznaczne – wyrok KIO o sygn. akt: KIO 267/13, jak i wyrok KIO o sygn. akt: KIO 355/13.

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 Pzp Zamawiający naruszył wskazane przepisy. Odrzucić zaś oferty na podstawie samego przepisu art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający nie mógł. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający, jak wynika z treści pisma z dnia 23.05.2013 r., unieważnił postępowanie. Unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, co było konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający naruszył ten właśnie przepis. Zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą uznano ofertę Wykonawcy, która opiewa na kwotę 7 356 614,40 zł, zaś podczas sesji otwarcia ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 5 537 026,00 brutto. I dalej: *„W związku z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stanowiącym, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, zwrócono się do Kierownika Zamawiającego o zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co umożliwiłoby wybór Wykonawcy jw. oraz podpisanie przedmiotowej umowy”*. Ostatecznie *„W związku z tym, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia zdecydowano o unieważnieniu postępowania”*. Zauważył, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp określa dwie przesłanki unieważnienia postępowania:

- 1) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty,
- 2) oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najtańszej oferty. Przesłanka druga ma zastosowanie w przypadku, gdy bez dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez badania i bez oceny ofert zamawiający stwierdzi, że cena najtańszej oferty [w ustawie jest błąd: powinno być *„cena najtańszej oferty przewyższa kwotę (...)”*, a nie *„oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę (...)”*, gdyż oferta nie może przewyższać kwoty - kwotę może przewyższać cena oferty]

przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najtańszej oferty.

Przesłankę pierwszą stosuje się wówczas, gdy cena najtańszej oferty jest niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub jest wyższa, jednak zamawiający może zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia. W tym celu zamawiający musi ustalić, która oferta jest najkorzystniejsza, aby określić, która z ww. okoliczności zachodzi oraz, jeżeli będzie taka potrzeba (cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), a także czy może podwyższyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, co było możliwe po dokonaniu badania ofert. Skoro Zamawiający dokonał badania ofert, to znaczy że uznał, iż może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, która jest ofertą najtańszą. W przeciwnym przypadku unieważniłby postępowanie na podstawie przesłanki drugiej. Na marginesie należy zauważyć, że skoro Zamawiający odrzucił (niezasadnie) ofertę Odwołującego i unieważnił postępowanie, to będzie musiał wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem będzie odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie gminy Krzeszowice oraz ich zagospodarowanie. Zakładając, że żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w unieważnionym postępowaniu, poza Odwołującym, nie zaoferuje istotnie niższych cen (a tego Zamawiający wiedzieć nie może), zaś Odwołujący, idąc logiką Zamawiającego, złoży ofertę z wyższą ceną, aby nie była ona podejrzana, że jest rażąco niska, najtańsza oferta będzie wówczas droższa niż oferta Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. To oznacza, że wszczynając nowe postępowanie, Zamawiający będzie musiał „z góry” przeznaczyć na sfinansowanie nowego zamówienia kwotę wyższą co najmniej o około 400 tys. zł (w proporcji do rozmiaru zamówienia) niż w przedmiotowym postępowaniu, chcąc nie dopuścić do kolejnego unieważnienia postępowania. Takie działanie byłoby jednak jaskrawo sprzeczne w szczególności z przepisem art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 lipca 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Odrzucając bezzasadnie ofertę Odwołującego Zamawiający naraża budżet Gminy Krzeszowice na ewidentną stratę. Co więcej, wszczynając nowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający będzie mógł rozstrzygnąć postępowanie i zawrzeć umowę po dniu 01.07.2013 r. (chyba, że z naruszeniem przepisu art. 32 ust. 2 dokona podziału zamówienia na części). A to oznacza, że w okresie od dnia 01.07.2013 r. do dnia zawarcia umowy będzie musiał udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, czym naruszy przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach. Przepis art. 6d ust. 1 tej ustawy jednoznacznie stanowi, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, przy czym do przetargów tych stosuje się ustawę - Prawo zamówień publicznych w zakresie nieuregulowanym w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 6g). Jedynie w przypadku rozwiązania umowy na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (zawartej na podstawie przepisu 6f ust. 1) wójt, burmistrz lub prezydent może udzielić zamówienia z wolnej ręki do czasu rozstrzygnięcia nowego przetargu (art. 6f ust. 2). Tak więc unieważnienie przedmiotowego postępowania oznacza naruszenie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub Pzp. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, to byłaby uznana jako najkorzystniejsza uzyskując największą liczbę punktów, tj. 55,82 pkt (kolejne oferty odpowiednio: 46,00 pkt, 30,20 pkt, 22,49 pkt, 17,69 pkt), zgodnie z ustanowionymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert. Cena oferty Odwołującego jest wprawdzie wyższa o 359 818,88 zł niż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, lecz - jak wynika z uzasadnienia unieważnienia postępowania - Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Nie ma to zresztą istotnego znaczenia, gdyż decyzję o ewentualnym zwiększeniu kwoty (lub braku takiej możliwości) Zamawiający podejmuje po ustaleniu ceny najkorzystniejszej oferty, zaś przesłanką unieważnienia postępowania była okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty (7 356 614,40 zł) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (5 537 026,00 zł), nie zaś okoliczność, że oferta z najniższą ceną (czyli oferta Odwołującego z ceną 5 896 844,00 zł) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Gdyby Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najtańszej oferty, czyli oferty Odwołującego, to nie dokonywałby badania ofert jako czynności w takim przypadku bezprzedmiotowej, lecz unieważniłby postępowanie z tego powodu, że nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nawet do ceny najtańszej oferty. Tymczasem, jak wskazano w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, po uznaniu za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy z ceną 7 356 614,40 zł „zwrócono się do Kierownika Zamawiającego o zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co umożliwiłoby wybór Wykonawcy jw. oraz podpisanie przedmiotowej umowy”. Zamawiający stwierdził, że nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, jak należy rozumieć do ceny najkorzystniejszej oferty, czyli ceny 7 356 614,40 zł. Z kolei w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, których może oczekiwać w sytuacji uzyskania zamówienia. Odwołujący zauważył,

że odpowiadając na wezwanie Zamawiającego zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość złożonych wyjaśnień i przedstawił uzasadnienie dla takiego zastrzeżenia. Odwołujący niniejszym podtrzymuje swą decyzję i wnosił o nieuwajnianie złożonych wyjaśnień oraz tych elementów zawartych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, które zostały zawarte w wyjaśnieniach.

Zamawiający w dniu 05.06.2013 r. wezwał (email) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 18.06.2013 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu z udziałem stron. Z uwagi na fakt, iż elementem istotnym, wpływającym w sposób znaczny na realizację przedmiotowej usługi jest cena za 1 Mg odpadów, przedstawienie w ofercie Wykonawcy odrzuconego ceny za 1 Mg odpadów Komunalnych zmieszanych na poziomie 0,01 zł wzbudziło podejrzenia Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego cena ta jest nierealna oraz nie gwarantuje właściwego wykonywania usługi. Wykonawca kalkulując cenę oferty miał obowiązek uwzględnić wymogi, wynikające z obowiązujących przepisów w zakresie postępowania z odpadami, w tym m.in. zachowanie hierarchii postępowania odpadami oraz konieczność przekazania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych. Powyższa sytuacja wzbudziła wątpliwość i obawy wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie z uwagi na fakt, że obowiązujące ceny w RIPOK-ach regionu zachodniego województwa małopolskiego wynoszą ok. 250 - 280 zł/Mg. W materiałach przetargowych Zamawiający wskazał na powyższy wymóg, wprowadzając poniższy zapis: *„Wykonawca jest zobowiązany do przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania do regionalnej lub zastępczej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, właściwej dla regionu zachodniego, zgodnie z uchwałą nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego. W przypadku awarii regionalnej instalacji odpady należy przekazać do instalacji zastępczej, wskazanej w Planie Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego dla regionu zachodniego. Przy doborze instalacji należy kierować się zasadą bliskości, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię (zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.)”*. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający, na mocy art. 90 ust. 1 Pzp obowiązany jest zwrócić się do

Wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. W związku z tym Zamawiający pismem z dnia 08.05.2013 r. wystąpił do Wykonawcy o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia elementów składowych mających wpływ na wysokość ceny określonej w złożonej ofercie. Odwołujący złożył w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wyjaśnienie, które zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Większość pisma Odwołującego stanowi udowodnienie, poprzez wskazanie szeregu wyroków KIO, błędnej czynności Zamawiającego jakim było wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający informuje, że badając oferty w postępowaniu bierze pod uwagę szereg aspektów oferty tj. zgodność formalno-prawną, zgodność przedmiotową, rachunkową a także bada czy zaoferowane przez Wykonawców ceny nie są rażąco niskie. W przypadku jakiegokolwiek wątpliwości co do ważności oferty w którymkolwiek aspekcie, Zamawiający ma obowiązek ustawowy wyjaśnić, poprawić, lub wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień bądź dokumentów. Przywołał wyrok KIO z dnia 04.01.2011 r., sygn. akt: KIO 2715/10, wyrok KIO z dnia 03.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1039/11 oraz wyrok SO w Katowicach z dnia 14.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 230/10.

Zamawiający nie podzielił poglądu Wykonawcy, że rażąco niską cenę należy odnosić zawsze do całkowitej ceny oferty. W przypadku, gdy od początku założono, że ocenie podlegać będą ceny jednostkowe za 1 Mg odpadów, a podane wartości liczby Mg odpadów są jedynie wartościami szacunkowymi. Zamawiający ma obowiązek oceniać również ceny jednostkowe świadczenia usługi pod kątem tego, czy nie są one rażąco niskie. Gwarantuje mu to wyłonienie rzetelnego Wykonawcy, który wykonywać będzie usługę zgodnie z przepisami prawa. W tym konkretnym przypadku specyfika zamówienia oraz sposób rozliczania się z Wykonawcą za świadczenie usługi (wynagrodzenie kosztorysowe), w sposób jednoznaczny i oczywisty dla Zamawiającego nakazuje mu ocenę występowania rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do cen jednostkowych odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, które stanowiąc małą podstawę do rozliczenia się z Wykonawcą. Obowiązkiem Zamawiającego jest wybór Wykonawcy z należytą starannością, podpisanie umowy z rzetelnym Wykonawcą, który zagwarantuje prawidłowe wykonywanie usługi przez cały okres trwania umowy. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego czynność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp, była jak najbardziej zasadna i celowe było wskazanie w wezwaniu przesłanym do Odwołującego tego elementu ceny, który wzbudził podejrzenia Zamawiającego, zwłaszcza, że ten element ceny stanowił kryterium oceny ofert. Przywołał wyrok SO w Olsztynie z dnia 09.12.2010 r. sygn. akt: V Ga 122/10. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podał następujące argumenty:

- udział w grupie kapitałowej ALBA, ugruntowana pozycja i bogate doświadczenie w wykonywaniu tego typu usług,
- obniżanie kosztów odbioru odpadów zmieszanych poprzez efekt synergii (duża skala działalności oraz dobrze opanowana i wdrożona w ramach grupy kapitałowej logistyka wywozów, synchronizowanie i połączenie z innymi usługami z zakresu odbioru odpadów oraz usługami pomocniczymi)
- dysponowanie instalacjami do przetwarzania odpadów komunalnych - poddawanie doczyszczaniu odpadów z selektywnej zbiórki
- współpraca z wieloma sprawdzonymi partnerami handlowymi zajmującymi się przetwarzaniem odpadów komunalnych oraz wieloma recyklerami
- wygenerowanie przychodu ze sprzedaży surowców wtórnych. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp Zamawiający oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności:
 - oszczędność metody wykonania zamówienia,
 - wybrane rozwiązania techniczne,
 - wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy
 - oryginalność projektu wykonawcy
 - wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w żadnym punkcie przedstawionego wyjaśnienia nie odnosi się do treści pisma przesłanego przez Zamawiającego. Odwołujący nie wyjaśnia powodu wyceny usługi odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych na poziomie 0,01 zł. Przetawione argumenty są ogólnikowe, a powoływanie się na takie aspekty jak doświadczenie, współpraca z innymi partnerami handlowymi oraz efekt synergii przy tego rodzaju usłudze i w odniesieniu do pozostałych Wykonawców będących doświadczonymi przedsiębiorstwami od lat działającymi w branży, nie daje Odwołującemu podstaw do skalkulowania ceny usługi na tak niskim poziomie. Przedmiotowa usługa w ocenie Zamawiającego różni się od dotychczasowych usług świadczonych przez Wykonawców jedynie:
 - zakresem działania (jeden Wykonawca obsługuje całą gminę)
 - sposobem rozliczenia (Przedsiębiorca rozlicza się z gminą a nie z właścicielem nieruchomości). Nie stwarza to sytuacji usługi nietypowej, skomplikowanej, nowej, nieznannej dla szeregu Wykonawców co podkreśla Odwołujący. Dysponowanie instalacjami do przetwarzania odpadów komunalnych, gdzie wykonuje się czynność doczyszczania odpadów odnosi się w całości do odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie - nie ma możliwości doczyszczania odpadów zmieszanych, a więc ten argument również nie przekonuje Zamawiającego w kwestii zaoferowania ceny 0,01 zł za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych. Powoływanie się na współpracę z wieloma sprawdzonymi

partnerami handlowymi zajmującymi się przetwarzaniem odpadów komunalnych oraz wieloma recyklerami bez konkretnych danych nie stanowi żadnego dowodu na niezaoferowanie rażąco niskiej ceny. Zamawiający oczekiwał od Odwołującego wskazania sposobu postępowania z odpadami komunalnymi zmieszanymi, przy uwzględnieniu wszelkich wymogów wynikających z SIWZ oraz innych przepisów w tym zakresie (ustawa o odpadach, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Zgodnie z wytycznymi Odwołujący jest zobowiązany przekazać odpady komunalne zmieszane do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) właściwej dla Rejonu Zachodniego Województwa Małopolskiego. W ocenie Zamawiającego najistotniejszym było wskazanie kalkulacji ceny właśnie w odniesieniu do kosztów jakie Odwołujący ponosi w związku z przekazaniem odpadów do RIPOK. Odwołujący w przesłanym piśmie w ogóle tego tematu nie poruszył. Powołał wyrok KIO z dnia 13.01.2012 r., sygn. akt: 2797/11, wyrok KIO z dnia 22.02.2011 r., sygn. akt: KIO 235/11, wyrok SO w Kielcach z dnia 10.12.2010 r., sygn. akt: VII Ga 146/10 za, wyrok KIO z dnia 11.04.2011 r., sygn. akt: KIO 624/11, tudzież wyrok KIO z dnia 14.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1124/11.

Skoro więc wyjaśnienia Wykonawcy nie pozwalają Zamawiającemu na dokonanie obiektywnej oceny, w kwestii, czy wynikająca z oferty jednostkowa cena świadczenia usługi nie jest rażąco zaniżona, to Zamawiający uznał, że cena ta jest rażąco zaniżona i wobec spełnienia przesłanek ww. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ofertę Wykonawcy odrzucił. Powyższe stanowisko ma odzwierciedlenie w orzecznictwie - brak jasnych, obiektywnych wyjaśnień jest równoznaczne z brakiem tych wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że konstrukcja postępowania zakładała rozliczenie się z Wykonawcą za konkretną liczbę ton odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie, a kryterium ceny nie była cena brutto oferty, a konkretne ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg danych odpadów. Ocenę oferty stanowiła punktacja za 1 Mg danych odpadów. Biorąc pod uwagę ceny zaoferowane przez pozostałych Wykonawców, łatwo zauważyć, że są one skalkulowane na poziomie faktycznych kosztów poniesionych na RIPOK. Różnica cen jakiej Wykonawca ponosi za przekazanie odpadów zmieszanych do składowania, dało Zamawiającemu jasny obraz sytuacji. Zaniżenie wartości usługi za 1 Mg odpadów zmieszanych do poziomu 0,01 zł miało na celu tylko i wyłącznie uzyskanie odpowiednio wysokiej liczby punktów, a co za tym idzie uzyskanie statusu oferty najkorzystniejszej. W korelacji z ceną za 1 Mg odpadów gromadzonych selektywnie (argument podnoszony przez Wykonawcę w odwołaniu), gdzie Odwołujący zaoferował znacznie wyższą wartość usługi w stosunku do pozostałych Wykonawców oraz cen rynkowych, dało to Zamawiającemu obraz Wykonawcy, który sztucznie kształtuje ceny w celu zdobycia zamówienia. Działanie takie jest szkodliwe w stosunku do innych Wykonawców, którzy podeszli do przetargu profesjonalnie i wycenili usługi zgodnie z realną

wartością świadczenia. Celowe zaniżanie, bądź zawyżanie świadczenia usługi jedynie w celu uzyskania przewagi w obliczeniach matematycznych jest działaniem istotnie utrudniającym pozostałym uczestnikom uzyskanie zamówienia. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 7 Pzp zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Manipulowanie kryteriami w celu osiągnięcia jak najwyższej liczby punktów w ocenie Zamawiającego nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Powołał wyrok z dnia 21.02.2012 r., sygn. akt: KIO 297/12, tudzież wyrok KIO z dnia 05.04.2011 r., sygn. akt: KIO 640/11. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego w kwestii nieuprawnionego unieważnienia postępowania. Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający odczytał podczas sesji otwarcia ofert kwotę, którą Zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia. Po zapoznaniu się z cenami zaproponowanymi przez Wykonawców, a jednocześnie chcąc rozstrzygnąć przedmiotowe postępowanie oraz podpisać ważną, niepodlegającą unieważnieniu umowę musiał podjąć decyzję o ewentualnym zwiększeniu środków na sfinansowanie zamówienia. W tym celu dokonano badania i oceny wszystkich złożonych ofert. W wyniku badania i oceny ofert uznano, że oferta Odwołującego jest wadliwa i została odrzucona, a następnie oceniono pozostałe ważne oferty zgodnie z kryteriami z SIWZ. Dało to Zamawiającemu pełen obraz sytuacji i pozwoliło wybrać ofertę najkorzystniejszą. Znając wartość oferty najkorzystniejszej Zamawiający mógł zająć stanowisko w sprawie ewentualnego zwiększenia środków. Badanie ofert przez Zamawiającego mogłoby równie dobrze doprowadzić do sytuacji unieważnienia postępowania z innego powodu, gdyby np, okazało się że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zamawiający przed unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne, w oparciu o ten przepis, dokona oceny złożonych ofert i wskaże ofertę najkorzystniejszą. Zawiadomienie po wyborze najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 92 Pzp stanowi natomiast jeden z przejawów zasady jawności i musi być dokonane niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Dokonanie zawiadomienia, o którym mowa w art. 92 Pzp jest obowiązkiem zamawiającego i nie może stanowić przeszkody do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Powołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1066/10, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1206/11, wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 957/08, wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 613/09 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 107/08.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania – pisma z dnia 15.03.2013 r. oraz 28.03.2013 r., modyfikacją postanowień SIWZ w ramach pisma z dnia 15.03.2013 r. w tym wzoru umowy, modyfikacją postanowień SIWZ z dnia 09.04.2013 r., ofertą Odwołującego i wyciągami z ofert pozostałych uczestników postępowania przetargowego, tj. ich formularzami ofertowymi, wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z dnia 08.05.2013 r., wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 13.05.2013 r. wraz z załącznikiem, zawiadomieniem o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 23.05.2013 r. zawierającym informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i informacje o unieważnieniu postępowania, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, punktacją ofert złożoną przez Odwołującego na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 20.02.2013 r., czyli w dniu wejścia w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach trzech kryteriów oceny ofert, tj. Cena za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych (C_Z) – 50 %; Cena za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie (C_S) – 40 %, Deklarowany poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania odebranych na terenie gminy Krzeszowice (P_B) max 50% – 10 %, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1338/13, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania – pisma z dnia 15.03.2013 r. oraz 28.03.2013 r., modyfikacji postanowień SIWZ w ramach pisma z dnia 15.03.2013 r. w tym wzoru umowy, modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 09.04.2013 r., oferty Odwołującego i wyciągów z ofert pozostałych uczestników postępowania przetargowego, tj. ich formularzy ofertowych, wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z dnia 08.05.2013 r., wyjaśnień Odwołującego z dnia 13.05.2013 r. wraz z załącznikiem (Szczegółową kalkulacją

ceny jednostkowej „segregowane odpady komunalne” oraz odpady komunalne zmieszane w cenach netto /bez podatku VAT/), zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 23.05.2013 r. zawierającego informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i informacje o unieważnieniu postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz punktacji ofert złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, w tym kontekście należy statuować zarzuty zawarte w odwołaniu. Dodatkowo odnosząc je także do naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp. Izba uznała w/w zarzuty za potwierdzone.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający w ramach Rozdz. 19 Cz. I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców - Opis sposobu obliczenia ceny wskazał: „ (...)

1) (...)

2) (...)

3) *Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN i jest ostateczną ceną oferty.*

4) *Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.*

5) (...)

6) *Wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązany jest podać:*

- *cenę jednostkową za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych zebranych i przekazanych do regionalnej lub zastępczej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, właściwej dla regionu I, zgodnie z uchwałą nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego.*

- *cenę jednostkową za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie zebranych i przekazanych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania.*

We wskazanych powyżej cenach jednostkowych odpadów komunalnych należy ująć wszystkie usługi niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy, a także uwzględnić wszystkie obowiązujące

w Polsce podatki, łącznie z podatkiem Vat oraz wszelkie inne opłaty związane z wykonywaniem usługi.

- cenę oferty brutto jako sumę:

- iloczynu ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych i szacunkowej ilości Mg odpadów komunalnych zmieszanych zebranych w okresie obowiązywania umowy oraz

- iloczynu ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie i szacunkowej ilości Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie zebranych w okresie obowiązywania umowy.

7) (...)

8) (...)

9) (...)

10) Płatność realizowana będzie za faktyczną ilość Mg odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów gromadzonych selektywnie, zebranych i przekazanych do regionalnej lub zastępczej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, właściwej dla regionu I, zgodnie z uchwałą nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego oraz do instalacji odzysku i unieszkodliwiania.

11) Sposób rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały pkt. 23 SIWZ - Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.”.

Z kolei Zamawiający w ramach Rozdz. 20 Cz. I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców - Kryteria oceny ofert określił – przy uwzględnieniu modyfikacji postanowień SIWZ w ramach pisma z dnia 15.03.2013 r. oraz modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 09.04.2013 r.: „(...)

1) Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone przez Zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania.

2) Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich wagi:

Lp.	Kryterium	Znaczenie procentowe kryterium	Maksymalna liczba punktów, jakie może otrzymać oferta
1	Cena za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych (C _Z)	50 %	50 punktów
2	Cena za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie (C _S)	40 %	40 punktów
3	Deklarowany poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania odebranych na terenie gminy Krzeszowice (P _B) max 50%	10 %	10 punktów

3) (...)."

W ramach odpowiedzi na pytania – pisma z dnia 15.03.2013 r. Zamawiający stwierdził przykładowo, że: „(...) 2.2 Proszę o wyjaśnienie czy w ramach nieruchomości niezamieszkałych, których ilość Zamawiający określił na 2200 (pkt. 4. II. 3. SIWZ) ujęto podmioty gospodarcze, których liczbę zamawiający określił na 2000 (pkt. 4. II. 5. SIWZ) oraz 60 dużych zakładów produkcyjnych pkt. 4. II. 4. SIWZ). W przypadku odpowiedzi twierdzącej proszę wyjaśnienie jaki rodzaj nieruchomości stanowi 140 nieruchomości niezamieszkałych, które nie zostały zaliczone przez Zamawiającego ani do podmiotów gospodarczych ani do dużych zakładów produkcyjnych.

Odpowiedź:

Zamawiający w podanej liczbie - 2.200 sztuk nieruchomości niezamieszkałych ujął wszystkie wyszczególnione w dalszej części SIWZ nieruchomości niezamieszkałe, czyli zarówno wskazane z nazwy 180 sztuk nieruchomości, jak i 60 sztuk dużych zakładów produkcyjnych. Jednakże należy podkreślić, że jest to liczba szacunkowa.”.

Nadto, w modyfikacji postanowień SIWZ w ramach pisma z dnia 15.03.2013 r. w tym wzorze umowy Zamawiający ustalił w § 8, że: „(...)

1. Strony ustalają że wynagrodzenie należne Wykonawcy z tytułu wykonania Umowy nie przekroczy kwoty zł. brutto z zastrzeżeniem ust. 10.
2. Strony ustalają, że Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia, równe iloczynowi ilości ton odebranych odpadów danego rodzaju, wynikającej z raportów, o których mowa w §7 ust. 1-5, dostarczonych za potwierdzeniem do Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego oraz do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania i ceny jednostkowej brutto za 1Mg odpadów.
3. Cena za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych odebranych i dostarczonych do Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego wynosi netto: zł (słownie:) + podatek Vat: 8 % tj. brutto:brutto zł, (słownie:).
4. Cena za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie, odebranych i dostarczonych do uprawnionego przedsiębiorcy prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wynosi netto: zł (słownie) + podatek Vat: 8 % tj. brutto:brutto zł, (słownie:).
5. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 2, wypłacane będzie po zakończeniu danego kwartału świadczenia usługi, na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT, dostarczonej Zamawiającemu wraz z Raportem, o którym mowa w §7 ust. 1-3 niniejszej Umowy, za ostatni miesiąc danego kwartału według poniższego harmonogramu. (...)", a w § 10 ust. 2: „Zabezpieczenie ustalone zostało na wysokości 3% wartości Umowy brutto, o której mowa w §8 ust. 1 niniejszej Umowy, to jest w kwocie zł w formie...(..."

Kwestie dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w Rozdz. 4 Cz. I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców – przy uwzględnieniu odpowiedzi na pytania – pisma z dnia 15.03.2013 r., jak i modyfikacji postanowień SIWZ w ramach niniejszego pisma z dnia 15.03.2013 r.

W ramach złożone oferty – Odwołujący zaoferował – cenę oferty brutto: 5.896.844, 88 PLN /przy uwzględnieniu poprawy w trybie art. 87 ust.2 pkt 2 Pzp z dnia 08.05.2013 r./ Nadto, cenę jednostkową brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych – 0,01 PLN oraz cenę jednostkową brutto za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie – 1.186, 92 PLN.

W dniu 08.05.2013 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 90 ust.1 Pzp stwierdzając, że: *„(...) Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielnie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie zaoferowanej ceny brutto, tj. 0,01 zł za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych, zgodnie z art. 9 e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (...)”.*

W dniu 13.05.2013 r. Zamawiający otrzymała stosowne wyjaśnienie, które zostały zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, Izba dokonała analizy postanowień SIWZ, w ich wyniku należy stwierdzić, że ceny oferty brutto zawarta w formularzu ofertowym, a następnie przeniesiona do przyszłej umowy, jako maksymalna górna granica wynagrodzenia Wykonawcy z jej tytułu (§ 8 ust. 2), będąca zarazem podstawą ustalenia wartości procentowej zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 10 ust. 2) – to suma iloczyny ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych i szacunkowej ilości Mg odpadów komunalnych zmieszanych zebranych w okresie obowiązywania umowy oraz iloczynu ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie i szacunkowej ilości Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie zebranych w okresie obowiązywania umowy (Rozdz. 19 pkt 6 ostatni tiret SIWZ). Wynika więc z powyższego, że owe ceny jednostkowe są elementami ceny oferty brutto, całkowitej, tak jako poszczególne ceny jednostkowe – pozycje w kosztorysie ofertowym. Nie zmienia ich statusu, kwestia tego rodzaju, że owe ceny jednostkowe są także podmiotami kryteriów oceny ofert. Żaden przepis Pzp nie stanowi, że takie działanie, czy też nadanie takiego charakteru owym cenom

automatycznie powoduje, że owe ceny jednostkowe stają się ceną oferty całościową za poszczególne rodzaje odpadów. Art. 89 ust.1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp stanowią bowiem literalnie – wprost, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stąd ugruntowane i jednoznaczne stanowisko orzecznictwa w tym zakresie. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji, a w tym wypadku do ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych. Choćby nawet cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niskiej ceny całej oferty. (za postanowieniem SO w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Podobnie - ustalenia czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną nie można wybiórczo porównywać poszczególnych elementów składających się na część składową ceny (wyrok SO w Częstochowie, sygn. akt: VI Ca 628/05). Analogiczne stanowisko zajęł Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2815/06, w którym stwierdził, że *„aby mówić o rażąco niskiej cenie, należy ją odnieść do ceny za cały przedmiot zamówienia, a nie do kwot poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego”*. Również w wyroku z dnia 23.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-297/07, arbitrzy podkreślili, iż *„podzielają argumentację zamawiającego, iż rozpatrywanie czy cena oferty jest rażąco niska winno być winno być dokonywane w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę”*.

Analiza formularza ofertowego, jak i punktacji ofert złożonej przez Odwołującego na rozprawie – zawierającej także ceny oferty brutto wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, jak i zaoferowanych przez nich cen jednostkowych brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych, tudzież cen jednostkowych brutto za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie oraz zaoferowanych wielkości w trzecim kryterium oceny ofert, potwierdza przedstawione powyżej stanowisko Izby, gdyż Odwołujący zaoferował najwyższą cenę jednostkową brutto za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie i w tym fakcie niewątpliwie upatruje swojego przyszłego zysku. Należy także podkreślić, że Odwołujący niewątpliwie wziął pod uwagę, że podane w postanowieniach SIWZ informacje, tj. dane co do wielkości odpadów obu rodzajów podczas trwania umowy – mają charakter szacunkowy i będą na bieżąco aktualizowane i dostosowane do faktycznie realizowanej usługi, czyli zaistniałych potrzeb w tym zakresie. Potwierdza niniejsze np. odpowiedź na pytanie 2.2 str. 14 – pismo z dnia 15.03.2013 r., jak i § 8 ust. 2 i 5 wzoru umowy. Niewątpliwie Odwołujący podczas kalkulowania zaoferowanych cen jednostkowych brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych oraz cen jednostkowych brutto za 1 Mg odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie brał pod uwagę zmianę struktury odpadów w trakcie realizacji zamówienia i wpływ tego stanu rzeczy na jego realny, przyszły zysk przewidywany z umowy. W tym zakresie Izba, podziela

stanowisko Odwołującego, uznając że jego argumentacja z rozprawy jest bardziej przekonywująca w zakresie zmiany struktury z odpadów zmieszanych na gromadzone selektywnie w stopniu większym niż dotychczas, aniżeli stanowisko Zamawiającego. Można nawet, uznać, że ów czynnik był dla Odwołującego kluczowy przy dokonaniu kalkulacji wynikającej z jego formularza ofertowego. Odnośnie kwestii „doczyszczczenia” odpadów zmieszanych, czyli poddania wstępnemu sortowaniu odpadów zmieszanych przed ich skierowaniem do właściwego RIPOK-u, Izba podnosi, że pojawia się stanowisko doktryny dopuszczające taką możliwość z zastrzeżeniem, że takie działanie nie będzie prowadzić do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów (za IV częścią Komentarza do ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Kancelaria Prawna Domański, Zakrzewski, Paulinka sp. k., K. Kuźna, D. Chojnacki, P. Zdrajkowski, stan prawny 22.02.2013 r., Dziennik Gazeta Prawna, Samorząd i Administracja, 27.02.2013 r. nr 41). Dodatkowo, należy stwierdzić, że także inne elementy przywołane w wyjaśnieniach z dnia 13.05.2013 r. są warte wzięcia pod uwagę, jak i załączona tabela. Naturalnie, Izba zastrzega, że tylko jeśli będziemy abstrahować od wezwania z dnia 08.05.2013 r. w odniesieniu do ceny jednostkowej – jako ceny rażąco niskiej, a uznamy je jako skierowane wobec ceny za cały przedmiot zamówienia. Należy bowiem podkreślić, że nie ma możliwości wezwania w trybie art. 90 ust.1 Pzp, a w konsekwencji oceny wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp tylko w kontekście ceny jednostkowej.

Izba wyraźnie podkreśla, że analizowała odwołanie w zakresie zaskarżenia wynikającego z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 23.05.2013 r., czyli w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Brak było w tym zawiadomieniu powołania się na art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, czy też odniesienia się w tym zakresie do działania Odwołującego, jako czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższa podstawa prawna, jak i faktyczna pojawiła się po stronie Zamawiającego dopiero w ramach odpowiedzi na odwołanie i rozprawie. W konsekwencji, odwołania, jak i ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych Odwołującego nie można było rozpatrywać w tym kontekście. Izba bowiem nie może zmieniać - używając terminologii karnej – kwalifikacji prawnej czynu, w tym wypadku czynności Odwołującego i wyręczać Zamawiającego w tym zakresie, tym bardziej, że uzasadnienie prawne i faktyczne w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 23.05.2013 r. jest spójne i wskazuje na kwestie rażąco niskiej ceny. Nadto, w wypadku zastosowania jako podstawy prawnej odrzucenia art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp Wykonawcy przysługiwałby oddzielny środek ochrony prawnej. Z tej przyczyny, Izba nie odniosła się do postanowień SIWZ z Rozdz. 19 pkt 6 akapit po drugim tirecie SIWZ i nie był ów fragment przedmiotem oceny Izby w tym zakresie.

Przedstawione powyżej stanowisko zostało przyjęte za orzecznictwem: „(...) obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp jest podanie pełnego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty. Konsekwencją uchybienia Zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że Odwołujący nie mógł sformułować zarzutów w odwołaniu wobec ww. domniemanej przyczyny odrzucenia, która została mu zakomunikowana dopiero w trakcie rozprawy. Tudzież ewentualnie zupełnie zrezygnować, że składania środka ochrony prawnej. Powyższe naraża Odwołującego również na koszty związane z postępowaniem odwoławczym w sytuacji składania bezprzedmiotowego odwołania. W dalszej zaś kolejności skutkiem braku zarzutów w odwołaniu była niemożność rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni Zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty z powodów nieznanych wykonawcy. W celu potwierdzenia stanowiska Izby należy przywołać orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, który zajął stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08), w którym wyrażono stanowisko, iż fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.). Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy innych powodach odrzucenia oferty Odwołującego nastąpiłoby z naruszeniem prawa wykonawcy do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, ograniczając ten termin zaledwie do czasu pomiędzy otrzymaniem np. odpowiedzi na odwołanie, a wyrokowaniem (w tym stanie faktycznym niniejsze zarzuty podano dopiero na rozprawie). Wiązałoby się to z faktycznym pozbawieniem wykonawcy prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. W konsekwencji Izba przy wyrokowaniu pominęła argumentację Zamawiającego (...).” (za wyrokiem KIO z dnia 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13 oraz wyrokiem KIO z dnia 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13).

Odnosząc się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp oraz do kwestii braku interesu z uwagi na brak możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do kwoty na jaką opiewa oferta Odwołującego, co będzie w konsekwencji skutkowało unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp, Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie ma charakter przedwczesny i umocowanie w tym wypadku znajduje się w gestii Rady Gminy, tak zgoda, jak i odmowa zwiększenia środków. Złożoną na rozprawie deklarację można jedynie rozpatrywać jako wstępna deklarację wymagającą potwierdzenia przez Radę Gminy. Nie można w tym zakresie uznać braku interesu, czy też odnieść się definitywnie, co do braku wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp) w szczególności wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Izba przywołuje stanowisko orzecznictwa: „(...) Należy zauważyć, że art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (...). Wynika, z tego konieczność zaistnienia określonego stanu faktycznego, oferta Odwołującego na dzień rozpatrywania odwołania nie jest ofertą najkorzystniejszą (nie została wybrana, nie była w ogóle poddana ocenie pod względem trzech kryteriów oceny ofert, czyli punktacji, cena jest tylko jednym z nich), nie jest także póki co ofertą z najniższą ceną. W konsekwencji wszelkie dywagacje w tym zakresie są przedwczesne. Należy zauważyć, że nawet jeśli Zamawiający w ostatecznym rozrachunku podejmie decyzję o unieważnieniu postępowania (żadna w tym zakresie wiążąca decyzja nie została jeszcze podjęta) Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (.....), ma prawo złożyć środek ochrony prawnej na czynność unieważnienia postępowania.(...)”. (za wyrokiem z dnia 05.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1497/08 oraz wyrokiem z dnia 22.05.2012 r., sygn. akt: 939/12).

Mimo bowiem prawidłowości działań Zamawiającego w kontekście art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp, czyli najpierw jest niezbędny wybór oferty której wartość przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a dopiero później może mieć miejsce unieważnienie postępowania (także za wyrokiem z dnia 05.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1497/08), w ramach stanu faktycznego przedstawionego w odwołaniu i wynikającego z dokumentacji, to w konsekwencji, wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp należy uznać za zasadny, a unieważnienie za przedwczesne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....