

**Sygn. akt: KIO 1375/15**

**Sygn. akt: KIO 1391/15**

## **WYROK**

**z dnia 16 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 29 czerwca 2015 r. przez S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROFESSIONAL” S. P. Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych w Aleksandrowie Łódzkim (KIO 1375/15),

B. w dniu 29 czerwca 2015 r. przez Remondis Sp. z o.o. w Warszawie (KIO 1391/15), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Aleksandrów Łódzki w Aleksandrowie Łódzkim,

### **orzeka:**

1. Oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1375/15,

2. kosztami postępowania o sygn. akt KIO 1375/15 obciąża S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROFESSIONAL” S. P. Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych w Aleksandrowie Łódzkim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROFESSIONAL” S. P. Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych w Aleksandrowie Łódzkim tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROFESSIONAL” S. P. Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych w Aleksandrowie

Łódzkim na rzecz Gminy Aleksandrów Łódzki w Aleksandrowie Łódzkim kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3. uwzględnia odwołanie o sygn. akt. KIO 1391/15 i nakazuje Gminie Aleksandrów Łódzki w Aleksandrowie Łódzkim odrzucenie oferty S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROFESSIONAL” S. P. Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych w Aleksandrowie Łódzkim w części II zamówienia na odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki jako zawierającą cenę rażąco niską,

4. kosztami postępowania o sygn. akt. KIO 1391/15 obciąża Gminę Aleksandrów Łódzki w Aleksandrowie Łódzkim i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remondis Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Aleksandrów Łódzki w Aleksandrowie Łódzkim na rzecz Remondis Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1375/15**

**Sygn. akt: KIO 1391/15**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Gmina Aleksandrów Łódzki w Aleksandrowie Łódzkim, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki, z podziałem zamówienia na dwie części.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 9 maja 2015 r. w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 090-162037

W dniu 19 czerwca 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach: unieważnieniu postępowania w części nr I zamówienia oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w części nr II.

**Sygn. akt: KIO 1375/15**

W dniu 29 czerwca 2015 r. S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: „PROFESSIONAL S. P. Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych” (takie oznaczenie firmy Odwołującego podano w treści odwołania), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem unieważnienia postępowania na część I zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp;
- 2) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp polegające na unieważnieniu części I postępowania z uwagi na to, że oferta Odwołującego nazwana przez Zamawiającego najkorzystniejszą opiewała na kwotę 3 985 199, 82 zł przekraczała

kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (3 900 000 zł) w sytuacji, gdy w II części tego samego przetargu została wybrana jako najkorzystniejsza oferta Odwołującego za kwotę łączną brutto 3 029 397 zł, a Zamawiający planował przeznaczyć na tę część zamówienia kwotę 4 100 000 zł a co za tym idzie uzyskał oszczędność w wysokości 1 070 603 zł, które zdecydowanie wystarczały na sfinansowanie części I przetargu w brakującym zakresie, co pozwalałoby na wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

- 3) art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp polegające na niepodjęciu działań zmierzających do ustalenia czy możliwe jest zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie części I zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty poprzez przesunięcie zaoszczędzonych środków z części II zamówienia;
- 4) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp polegające na unieważnieniu części I przetargu bez wcześniejszego wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu części I zamówienia w przetargu nieograniczonym „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki” oraz nakazanie zbadania możliwości zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty;
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający - Gmina Aleksandrów Łódzki reprezentowany przez Burmistrza Aleksandrowa Łódzkiego ogłosił przetarg nieograniczony pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki”. Zamówienie zostało podzielone na 2 części w związku z podziałem gminy na 2 sektory. Do udziału w postępowaniu w każdej z części zgłosiło się po 3 wykonawców, w tym Odwołujący. W dniu 16 czerwca 2015 r. nastąpiło ogłoszenie kwot jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, otwarcie ofert, a w dniu 19 czerwca 2015 r. jego rozstrzygnięcie.

W części II postępowania za najkorzystniejszą została wybrana oferta Odwołującego na łączną kwotę brutto 3 029 397 zł (21 X 144 257 zł). W tej części Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 100 000 zł.

Dowód: zawiadomienia z 19 czerwca 2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w części II zamówienia w przetargu nieograniczonym „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki”, dokumentacja przetargowa znajdująca się w posiadaniu Zamawiającego.

W zakresie części I Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na to, że wartość oferty najkorzystniejszej- 3 985 199, 82 zł przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał na sfinansowanie zamówienia tj. 3 900 000 zł.

Dowód: zawiadomienie z 19 czerwca 2015 r. o unieważnieniu części I zamówienia w przetargu nieograniczonym „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki”, dokumentacja przetargowa znajdująca się w posiadaniu Zamawiającego.

W uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu części I zamówienia brak jest informacji, ażeby Zamawiający podjął działania zmierzające do ustalenia możliwości zwiększenia kwoty 3 900 000 zł. do ceny najkorzystniejszej oferty, tj. o 85 199, 82 zł, czyli niewiele ponad 2% wartości zamówienia. Już pobieżna analiza wyników postępowania prowadzi do wniosku, że taka możliwość istniała skoro w części II postępowania Zamawiający zaoszczędził kwotę 1 070 603 zł (4 100 000 zł - 3 029 397 zł).

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, Zamawiający może unieważnić postępowanie, 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. Zgodnie poglądem prezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą np. w wyroku z 21 lutego 2014 r. (KIO 226/14), po wyborze oferty opiewającej na cenę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający musi dokonać próby zwiększenia kwoty, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (podkr. J.C.). Taka próba przed wyborem konkretnej oferty nie może być faktycznie przeprowadzona, gdyż niejako w ciemno, teoretycznie zamawiający nie wie, jaka będzie różnica między ceną ofertową i założoną wysokością sfinansowania zamówienia. Ponad różnicę w kwotach przeznaczonych środków i ceny oferty istotną rolę odgrywa czas, jaki minął od zaplanowania wydatków na zrealizowanie zamówienia - może on być dosyć odległy, nawet kilka miesięcy przed wszczęciem postępowania, a zwykle co najmniej kilka tygodni przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W tak długim czasie mogą zajść zdarzenia powodujące

zwiększenie środków, które zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, np. wystąpią oszczędności dzięki tańszemu nabyciu dóbr ze względu na wybór tańszej oferty w innej procedurze, albo przeciwnie, zamawiający będzie dysponować mniejszą kwotą niż pierwotnie planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bo mogą wystąpić nieprzewidziane wydatki spowodowane np. usuwaniem skutków awarii.

Z kolei w innym z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej z 12 sierpnia 2010 r. (KIO 1624/10), Izba stwierdziła że dla wykazania usprawiedliwionych przyczyn unieważnienia postępowania na skutek braku środków, niewystarczające jest jedynie ogólne powołanie się przez zamawiającego, że sytuacja taka ma miejsce. Obowiązkiem zamawiającego było wykazanie za pomocą dostępnych dowodów, jaką kwotą w rzeczywistości dysponuje, czy może dysponować na dany cel. Konieczne jest podjęcie najpierw próby zwiększenia kwoty. Dopiero gdy dokonanie takich przesunięć środków nie jest możliwe lub uzasadnione, a kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art, 93 ust. 1 pkt 4 (wyrok KIO z 6 sierpnia 2012 r., KIO 1585/ 12).

Z dotychczasowego orzecznictwa Izby można wywnioskować również, że dla skutecznego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP konieczne jest wstępne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie podjęcie próby zwiększenia środków na realizację danego zamówienia. W orzeczeniu z 26 marca 2015 r. (KIO 466/15), znajdują się następujące wskazówki dotyczące sposobu postępowania: „Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie, że cena oferty odwołującego przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą to kwotę zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 P.z.p., który brzmi "Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia". Jednak zamawiający nie dowiódł, że w ewentualnym przypadku wyboru oferty odwołującego zamawiający będzie musiał unieważnić postępowanie na podstawie art 93 ust 1 pkt 4 P.z.p., który brzmi "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". Zamawiający nie wykazał, że nie będzie mógł zwiększyć kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny wybranej oferty. Rozpatrzenie możliwości sfinansowania zamówienia przez zamawiającego w zasadzie może wystąpić dopiero po wyborze oferty i rozpoznaniu konkretnych okoliczności związanych z kondycją finansową zamawiającego. Sytuację tę musi w zasadzie zawsze ocenić zamawiający dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i tak też stanowi przepis

przewidując ewentualność możliwości zwiększenia kwoty po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty".

Natomiast w zaskarżonym przetargu, Zamawiający bezpośrednio po otwarciu ofert, zbadaniu ich pod kątem formalnym i porównaniu ich wartości z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, unieważnił postępowanie. Pomiędzy dokonaniem czynności otwarcia ofert i ich formalnego badania i unieważnieniem postępowania, brak jest czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Co prawda Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu części I przetargu pisze o tym, że kwota którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia jest niższa niż cena oferty najkorzystniejszej, to Odwołujący nie ma wiedzy o tym, aby do takiego wyboru doszło.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że przede wszystkim Zamawiający zaniechał wykonania ustawowych obowiązków ustalenia, czy jest w stanie zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację części I przetargu o kwotę 85 199, 82 zł, którą można było pozyskać z oszczędności poczynionych w ramach części II przetargu w wysokości 1 070 603 zł. Z niezrozumiałych przyczyn, Zamawiający woli ponieść dodatkowe koszty związane z organizacją nowego postępowania, narażaniem się na roszczenia wykonawców o zwrot poniesionych wydatków poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu niż przesunąć niewielką kwotę do części I postępowania.

[...]"

### **Sygn. akt: KIO 1391/15**

W dniu 29 czerwca 2015 r. Remondis Sp. z o.o. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem rozstrzygnięcia postępowania w części II zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i odrzucenia oferty wykonawcy S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych PROFESSIONAL PHU ART-BUD S. P.” złożonej na II część zamówienia (sektor II) pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla części II zamówienia oferty wykonawcy S. P., podczas gdy najkorzystniejszą ofertą

dla części II zamówienia nie pod legającą odrzuceniu jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej dla części II zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę S. P.;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy S. P.;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu dla części II zamówienia z pominięciem oferty S. P. .

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą dla części II zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki” nr ref. ZP.271.14.2015 ofertę złożoną przez S. P. [...]

Wykonawca S. P. zaoferował świadczenie usług w II sektorze za cenę miesięczną 144.257,14 zł co stanowi jedynie ok. 48,4 % wartości zamówienia na ten sektor wskazanej w ogłoszeniu (298.080,00 zł brutto miesięcznie) oraz ok. 69,41 % średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych na ten sektor, co uzasadniało wezwanie wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica 30% pomiędzy ceną oferowaną a średnią arytmetyczną cen musi prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2015 r., sygn. KIO 439/15).

Wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi na wezwanie wskazał, że jest obecnie związany umową o odbiór i zagospodarowanie odpadów z Gminą Aleksandrów Łódzki, cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów wynosi po obniżce z lutego 2014 r.,: 342,92 zł za 1 Mg, a umowa jest realizowana bez zastrzeżeń ze strony Zamawiającego. Podniósł, że cena złożonej w bieżącym postępowaniu oferty na sektor II w przeliczeniu na 1 Mg odpadów biorąc pod uwagę dane historyczne podane przez Zamawiającego wynosi 356,40 zł/Mg czyli jest większa o 13,48 zł za Mg od ceny obecnie obowiązującej. Dalej S. P. podaje, że „nie planuje zmiany sposobu wykonania umowy, a co za tym idzie nie planuje znacznego wzrostu kosztów związanych ze świadczeniem usług. Ponadto zatrudnia osoby niepełnosprawne, ponosi więc niższe koszty związane z odpisami na PFRON”. Wskazuje także, że „w okresie



obowiązywania umowy z 12 czerwca 2013 r. nie wzrosły znacząco żadne wskaźniki cenotwórcze takie jak między innymi, koszty paliwa, koszty zakupu pojemników, RIPOK-uf wynagrodzenie minimalne pracowników, podatki czy opłaty lokalne".

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, w szczególności nie odnoszące się do przedmiotu niniejszego zamówienia, nie poparte dowodami, winny utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu o zaoferowaniu przez S. P. ceny rażąco niskiej i doprowadzić do odrzucenia Jego oferty.

1. Od lipca 2013 r. usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki realizuje konsorcjum: S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych PROFESSIONAL PHU ART- BUD S. P.” oraz Zakład Robót Sanitarnych SANATOR sp. z o.o. z siedzibą w Rąbieniu. Zamówienie udzielane w 2013 r. na Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki nr ref. ZP.271.11.2013 również zostało podzielone na dwie części, a teren gminy na dwa sektory w sposób tożsamy z podziałem zastosowanym w postępowaniu z 2015 r., którego dotyczy niniejsze odwołanie.

/dowody: umowy zawarte w czerwcu 2013 r. pomiędzy Gminą Aleksandrów Łódzki a wykonawcami: S. P. i spółką SANATOR na Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki w okresie od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2015 r./

Całkowita cena ofertowa za I sektor w postępowaniu na Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki w okresie od lipca 2013 r. do czerwca 2015 r. (24 miesiące) została ustalona na kwotę 3.680.640 PLN, a za II sektor na kwotę 3.849.120 PLN (średnio 160.380 zł brutto miesięcznie za II sektor).

Dla porównania: S. P. w bieżącym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Gminę Aleksandrów Łódzki na Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki w okresie od lipca 2015 r. do marca 2017 r. (21 miesięcy) zaoferował:

cz. I:  $189.771,42 \text{ zł za } 1 \text{ m-c} \times 21 \text{ m-cy} = 3.985.199,82 \text{ zł}$

cz II:  $144.257,14 \text{ zł za } 1 \text{ m-c} \times 21 \text{ m-cy} = 3.029.399,94 \text{ zł}$  /dowody: ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki nr ref. ZP.271.11.2013, oferta wykonawcy S. P./

Sektor I zamówienia to sektor miejski, o zwartej zabudowie (powierzchnia: 13,35 km<sup>2</sup>, długość dróg: ok. 82,8km). Sektor II zamówienia to sektor obejmujący ościenne wokół Aleksandrowa Łódzkiego miejscowości, jest duży obszarowo, z niskim poziomem zagęszczenia mieszkańców; powierzchnia: 103,47 km<sup>2</sup>, długość dróg: ok. 215km).

/dowody: opis przedmiotu zamówienia w postępowaniach: ZP.271.14.2015 oraz ZP.271.11.2013/

W postępowaniu z 2013 r. Zamawiający zastosował kosztorysowy system rozliczania usług. Strony ustalały stawkę za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów i rozliczały się za rzeczywiście odebraną ilość.

/dowody: kopie faktur wystawianych przez S. P. Gminie Aleksandrów Łódzki za realizację zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki nr ref. ZP.271.11.2013”;SIWZ w postępowaniu ZP.271.14.2015 oraz w postępowaniu ZP.271.11.2013, umowy zawarte w czerwcu 2013 r. pomiędzy Gminą Aleksandrów Łódzki a wykonawcami: S. P. i spółką SANATOR na Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki w okresie od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2015 r., zeznania świadków/

W umowie zawartej w wyniku postępowania z 2015 r. rozliczanie ma mieć charakter ryczałtowy a zamawiający wymagał zaoferowania ryczałtowej ceny za realizację usług w ciągu 1 miesiąca.

/dowody: SIWZ w postępowaniu ZP.271.14.2015 oraz w postępowaniu ZP.271.11.2013, umowy zawarte w czerwcu 2013 r. pomiędzy Gminą Aleksandrów Łódzki a wykonawcami: S. P. i spółką SANATOR na Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki w okresie od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2015 r. /

W zakresie obsługi spółdzielni mieszkaniowej (część sektora I i sektora II) podwykonawcą zamówienia udzielonego w 2013 r. jest Odwołujący.

2. Doświadczenia w realizacji w okresie od lipca 2013 r. do czerwca 2015 r. usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki wskazują na to, że pomimo iż z sektora II odbierana jest mniejsza ilość odpadów niż z sektora I to koszty realizacji usług dla sektora II są jednak większe niż dla sektora I. Wpływa na to znacznie większy teren do obsługi, małe zagęszczenie ludności na tym terenie oraz specyfika odbieranych odpadów (mała ilość odpadów surowcowych).

Zwracam uwagę na to, że wszyscy uczestnicy przetargu, prócz wykonawcy S. P., oraz Zamawiający zdawali sobie sprawę z większej kosztocłonności sektora II niż sektora I:

a. Zamawiający wyżej oszacował wartość zamówienia dla sektora II niż dla sektora I (sektor I - 5.449.500 zł, sektor II 5.796.000 PLN);

b. Zamawiający większą pulę środków przeznaczył na realizację zamówienia dla: 3.900.000,00 zł, dla części II: 4.100.000,00

c. Odwołujący jak i SANATOR sp. z o.o. składając oferty w niniejszym postępowaniu zaoferowali wyższe wynagrodzenie za II sektor niż za sektor I.

Zupełnie niezrozumiałe jest zatem zaoferowanie przez S. P. niższego wynagrodzenia za sektor II. Tej okoliczności nie wyjaśnił w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Co więcej zarówno Odwołujący (podwykonawca zamówienia z 2013 r.) jak i konkurent: SANATOR sp. z o.o. (współwykonawca zamówienia z 2013 r.) przyznają, że realizacja sektora II za stawki zaoferowane w przetargu z 2013 r. okazała się bardzo niedoszacowań, a i przynosiła duże straty. Świadomość tego musi mieć także S. P. (współwykonawca zamówienia z 2013 r.).

Obsługa sektora II wymaga znacznie większych nakładów niż obsługa sektora I. Zamówienie z 2013 r. na sektor II mogło być należycie wykonywane tylko z uwagi na to, że zamówienie zostało udzielone tym samym podmiotom na obydwa sektory jednocześnie. Straty z sektora II bilansowały się z zyskami z sektora I.

/dowody: zestawienia kosztów realizacji usług na podstawie umów z 2013 r. za sektor I i II przygotowane na podstawie dokumentów rozliczeniowych konsorcjantów: S. P. i SANATOR sp. z o.o., kopie faktur wystawianych przez S. P. Gminie Aleksandrów Łódzki za realizację zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki nr ref. ZP.271.11.2013”; kopie porozumień zawartych z Przedsiębiorstwem Oczyszczania Miasta EKO SERWIS sp. z o.o. i aneksów do nich; zeznania świadków/

Na marginesie podnoszę, że konsorcjanci S. P. i SANATOR sp. z o.o. ustalili między sobą, że S. P. realizować będzie usługi w sektorze I, a SANATOR sp. z o.o. w sektorze II. Od uzyskiwanego za obydwa sektory łącznie przychodu odejmowali oni ponoszone przez każdego z nich koszty obsługi a zyskami dzielili się po równo.

S. P. ma zatem doświadczenie w obsłudze sektora I, ale nie ma w obsłudze sektora II.

/dowody: zeznania świadków /

S. P. ustalając cenę ofertową za sektor II założył, że koszty realizacji usług będą porównywalne z kosztami ponoszonymi w okresie od lipca 2013 r. do czerwca 2015 r. (wskazuje na to treść wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp), uwzględniając wyższy o kilkanaście złotych na Mg odpadów zysk. Nie wziął pod uwagę przy ustalaniu ceny ofertowej za sektor II zmian w przedmiocie zamówienia w porównaniu z przedmiotem zamówienia z 2013 r.:

a. wzrost liczby mieszkańców sektora II z 14789 w 2013 r. do 15085 z 2015 r., z tym dodatkowo, że na podstawie umów z 2013 r. obowiązywało wynagrodzenie kosztorysowe, a

od 2015 r. obowiązywać będzie ryczałtowe miesięczne niezależne od ilości odebranych odpadów (pkt 1.1.3 SIWZ z 2013 r. i z 2015 r.);

b. dodatkowe w porównaniu z zamówieniem z 2013 r. odbiory odpadów zielonych w marcu każdego roku - na podstawie zamówienia z 2013 r. odpady zielone odbierane były od kwietnia do listopada (pkt 1.2.2. SIWZ z 2013 r. i z 2015 r., § 4 ust. 2 pkt 4 umowy z 2013 r.);

c. na podstawie umów z 2013 r. konsorcjanci odbierali odpady zielone w zabudowie jednorodzinnej oraz wielorodzinnej 1 raz w miesiącu. W niniejszym postępowaniu S. P. zaoferował odbieranie tych odpadów 2 razy w miesiącu (§ 4 ust. 2 pkt 4 umowy z 2013 r., oferta S. P.);

d. zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów w zabudowie wielorodzinnej w porównaniu z zamówieniem z roku 2013:

- selektywnie zebrane odpady - odbierane były 1 raz na 2 tygodnie a będą 1 raz na tydzień (pkt, 1.2.2.2. SIWZ z 2013 r., § 4 ust. 2 pkt 4 umowy z 2013 r., pkt 1.2.2.2. SIWZ z 2015 r.);

- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny - odbierany był 1 raz na miesiąc a będzie 1 raz na tydzień na zgłoszenie właściciela/zarządcy (pkt. 1.2.2.2. SIWZ z 2013 r., § 4 ust. 2 pkt 4 umowy z 2013 r., pkt 1.2.2.2. SIWZ z 2015 r.);

e. zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów w zabudowie osiedlowej w porównaniu z zamówieniem z roku 2013:

- zmieszane odpady komunalne - odbierane były 2 raz na tydzień a będą 3 razy na tydzień (pkt. 1.2.2.3. SIWZ z 2013 r., § 4 ust. 2 pkt 4 umowy z 2013 r., pkt 1.2.2.3. SIWZ z 2015 r.);

- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny - odbierany był 1 raz na miesiąc a będzie 1 raz na tydzień (pkt. 1.2.2.3. SIWZ z 2013 r., § 4 ust. 2 pkt 4 umowy z 2013 r., pkt 1.2.2.3. SIWZ z 2015 r.);

f. zmiany w strukturze ilości pojemników niezbędnych do obsługi sektora w porównaniu z zamówieniem z 2013 r. co powoduje konieczność zakupu nowych pojemników (pkt 1.2.3.4. SIWZ z 2013 r. i z 2015 r.); przy realizacji zamówienia z 2013 r. konsorcjanci korzystali z pojemników SANATOR sp. z o.o. lub podwykonawcy REM ON DIS sp. z o.o. S. P. nie dysponuje swoimi pojemnikami i będzie zmuszony kupić je na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia - to dodatkowy duży jednorazowy koszt;

g. na podstawie umów z 2013 r. mycie pojemników odbywało się co do zasady dwa razy w roku (wiosna i jesień) (pkt. 1.3.14 SIWZ z 2013 r.), na podstawie umów z 2015 r. dla zabudowy wielorodzinnej i osiedlowej odbywać się będzie znacznie częściej: „przynajmniej 1 raz na dwa miesiące, z zastrzeżeniem, że pojemniki do zbierania bioodpadów w okresie od

czerwca do sierpnia powinny być myte i dezynfekowane przynajmniej 1 raz na miesiąc" (pkt. 1.3.10.2, SIWZ z 2015 r.);

h. wzrosły także w porównaniu z rokiem 2013 poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. Dz. U. z 2012 r., poz. 645) i wzrastać będą w latach kolejnych:

- papier, metal, tworzywa sztuczne, szkło: 12 % w 2013 r., 14 % w 2014 r., 16 % w 2015 r., 18 % w 2016 r., 20 % w 2017 r.

- inne niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe: 36 % w 2013 r., 38 % w 2014 r., 40 % w 2015 r., 42 % w 2016 r., 45 % w 2017 r.

/dowody: SIWZ z 2013 r., SIWZ z 2015 r., oferta wykonawcy S. P., zeznania świadków/

Nie są prawdą niektóre z okoliczności wskazanych przez S. Po. w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp:

a. nie jest prawdą, że jakkolwiek realny wpływ na obniżenie kosztów realizacji usług ma zatrudnianie przez S. P. osób niepełnosprawnych, na co wskazuje on w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. S. P. zatrudnia bowiem jedną osobę niepełnosprawną na 1/2 etatu do obsługi administracyjnej;

/dowody: zeznania świadków/

b. nie jest prawdą, że w porównaniu z poprzednim zamówieniem nie wzrosły koszty płacy. W 2013 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosiło 1600 zł miesięcznie, w 2014 r. 1680 zł miesięcznie, w 2015 r. 1750 zł miesięcznie, a w grę wchodzić będą jeszcze podwyżki w 2016 i 2017 roku.

5. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Po stronie Zamawiającego pojawiły się wątpliwości czy oferta S. P. nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dowodem na to jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. S. P. w odpowiedzi na wezwanie przedstawił wyjaśnienia, którym przypisać należy lakoniczność. Złożone wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem zasadniczych elementów kalkulacyjnych i zakładanego zysku. S. P. nie odniósł się do indywidualnych dostępnych mu okoliczności skalkulowania ceny oferty w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia. Wskazał na rynkowość zaoficerowanej ceny nie podając jednak danych stanowiących odzwierciedlenie oferowanych stawek cenowych.

To w jaki sposób wykonawca wykaże, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej zależy od inwencji wykonawcy. Niemniej jednak w przedmiotowym przypadku taka próba wykazania nie została nawet podjęta. Przyjęcie stawek z poprzedniego zamówienia z drobną ich

korektą bez refleksji nad rentownością dotychczas świadczonych usług w II sektorze oraz bez uwzględnienia istotnych wobec poprzedniego zamówienia zmian zwiększających koszty nie może w przekonaniu Odwołującego zostać uznane za wypełnienie przez Wykonawcę obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie może być uznane za wypełnienie tego obowiązku także podawanie okoliczności niezgodnych z rzeczywistością (zatrudnianie osób niepełnosprawnych; założenie, że nie wzrosną koszty świadczonych usług).

Podsumowując, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny są częściowo niezgodne z rzeczywistością. Ponadto składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp S. P. nie odniósł zaoferowanej ceny do przedmiotu niniejszego zamówienia, a do zamówienia udzielonego przez Zamawiającego dwa lata wcześniej, co więcej nie uwzględniając zmian w OPZ, które generować będą zwiększone koszty. Co jednak najistotniejsze, S. P. nie uwzględnił w swoich szacunkach specyfiki sektora II oraz tego, że dotychczas (w okresie realizowania usług na podstawie umowy z 2013 r.) przynosił on straty. Sektor II w zamówieniu z 2013 r. okazał się mocno niedoszacowany.

[...]”.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Sygn. akt: KIO 1375/15**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp, 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.

Według art. 86 ust. 4 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Natomiast szacunkową wartość zamówienia ustala przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 32 ustawy.

Stan faktyczny sprawy został zgodnie z rzeczywistością przedstawiony w treści odwołania, która została zreferowana powyżej.

W rozpatrywanym przypadku, w unieważnionej części zamówienia, której dotyczyło odwołanie, kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i którą podał przed otwarciem ofert, była niższa niż cena oferty Odwołującego.

Przy czym należy zaznaczyć, iż poszczególne części zamówienia, są w istocie odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot i tożsame wszczęcie procedury przetargowej i pewne jej elementy, a których wartość szacuje się łącznie jedynie na potrzeby ich odniesienia do progów stosowania odpowiednich przepisów. Natomiast na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane odrębne stosunki umowne. Odrębnie dla każdej części ocenia się więc również spełnienie przesłanek unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W świetle normy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający nie musiał w tym przypadku unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia w poszczególnych częściach, ale mógł przeznaczyć dodatkowe kwoty na sfinansowanie zamówienia. Z powołanego przepisu nie wynika jednak wcale, iż musiał podnosić ww. kwotę, tj. szukać dodatkowych środków, dokonywać budżetowych przesunięć, czy innych zmian planów w celu podniesienia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a na dodatek udowadniać, że nie mógł tego zrobić.

Natomiast z uwagi na proste porównanie kwot jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z ceną oferowaną przez Odwołującego, zachodziła przesłanka unieważnienia postępowania w części I zamówienia.

W przedmiocie braku podstaw do zmuszania zamawiających do podniesienia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r. (sygn. akt: KIO 2729/14) oraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 392/14) oraz orzeczeniach tam powoływanych – rozważania tam zawarte dają się właściwie wprost odnieść do sytuacji zastanej w niniejszej sprawie:

[...] W ocenie Izby określenie przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w jego dyskrejonalnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. W tym zakresie skład orzekający podzielił opinię wyrażoną w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1645/11, gdzie Izba wyjaśniła, że: „Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako «od dołu», tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyżej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: «chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty», należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia”. Pamiętać należy, że przepisy te nie umożliwiają wykonawcy, na etapie w jakim obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej niż pierwotnie zaplanowana. Taką właśnie próbę podjął Odwołujący – działanie to nie znajduje podstaw w ustawie Pzp. Uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego prowadziłoby do podważenia celowości ogłaszania bezpośrednio przed otwarciem złożonych Zamawiającemu ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tak jak to nakazuje art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Do tej właśnie kwoty odnosi się przepis art. 94 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalenie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego.

Sprawą Zamawiającego więc pozostaje czy kwoty oszczędzone faktycznie na innych zamówieniach, zechciał przeznaczyć na podniesienie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którego odwołanie dotyczy – czy też wolał wydać te pieniądze na inne statutowe cele. Nie jest rolą wykonawców i organów orzekających w sprawie zamówień publicznych – bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie – decydowanie za zamawiającego w jaki sposób winien gospodarować swoimi środkami oraz orzekanie o jego możliwościach finansowych.



Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy jest niezasadny. Natomiast pozostałe zarzuty odwołania są wtórne do ww. zarzutu.

### **Sygn. akt: KIO 1375/15**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Oceny powyższego nie zmienia okoliczność, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i którą podał przed otwarciem ofert, jest niższa niż cena oferty Odwołującego, a tym samym Zamawiający, po odrzuceniu oferty pierwotnie wybranej, będzie mógł unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia. W świetle art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający rzeczywiście będzie mógł, ale nie będzie musiał tego uczynić, jeżeli tylko zechce i zdoła podnieść kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (np. przez pozyskanie dotacji, kredytów, poczynienie przesunięć budżetowych... etc.). Tym samym unieważnienie postępowania pozostaje okolicznością hipotetyczną i niepewną, którą statuują co najwyżej deklaracje Zamawiającego w tej sprawie. Póki postępowanie pozostaje w toku, a oferta Odwołującego utrzymuje się przy przetargu i może on zamówienie uzyskać – posiada interes w jego uzyskaniu. Natomiast nieweryfikowalne deklaracje zamawiających na temat ich zamiarów i przyszłych, hipotetycznych czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie mogą wpływać na ocenę uprawnienia odwołujących do korzystania ze środków ochrony prawnej względem czynności faktycznie dokonanych.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości

zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
  - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
  3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia faktycznego domniemania

jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego 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 niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone 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.”*

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”*. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie*

*rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.*

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. 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.”*

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia” (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie” pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Natomiast w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Dopiero w tym w przypadku, gdy cena ofertowa odbiega od wartości zamówienia, aby udowodnić jej legalny charakter wykonawcy pozostawało będzie właściwie nic innego, jak wykazać dostępne mu indywidualne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł (np. czynniki wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 lub po prostu rzetelną, wiarygodną i weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną).

Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 musi go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej.

Przy czym należy generalnie wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań... *etc.*, dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności

przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: *„Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji”*.

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: *„iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp.”* Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i „jakości” wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w

przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, *etc...* przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

W rozpatrywanym przypadku wystąpiły ewidentne, przewidywane przez ustawę w art. 90 ust. 1, indykatory podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej w części II przedmiotowego zamówienia – cena oferty S. P. odbiegała zarówno od wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o ponad 30%. (Dokładne dane i wyliczenia w tym zakresie podano w treści odwołania zreferowanej powyżej). W tej sytuacji, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, to na wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania, że jego cena rażąco niska nie jest.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, S. P. pismem z dnia 18 czerwca br. złożył wyjaśnienia o następującej treści (cytowane w całości):

„W odpowiedzi na wezwanie z 17 czerwca 2015 r. do udzielenia wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, stwierdzam co następuje. Wykonawca nie zgadza się z przedstawionym zarzutem rażąco niskiej ceny. W chwili

obecnej jest związany umową z Zamawiającym na odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu gminy Aleksandrów Łódzki, które wykonuje za

W chwili obecnej cena jaka obowiązuje podczas trwania umowy na w ramach Sektora II w latach trwania umowy to: 349,92 zł brutto za odbiór 1 Mg niezależnie od tego jakie są to odpady. Dodatkowo, na prośbę Zamawiającego - Urzędu Gminy w Aleksandrowie Ł. (aneks 28-02-2014r.) wynagrodzenie za odbiór odpadów zostało obniżone o 2 %, tj. do kwoty 342,92 zł za 1 Mg.

Dowód:- umowa z 12 czerwca 2013 r. wraz z aneksem z 28 lutego 2014 r.

Do dnia dzisiejszego umowa jest wykonywana bez żadnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego.

W złożonej ofercie Wykonawca zaproponował ryczałtowe wynagrodzenie w wysokości 144 257,14 zł brutto miesięcznie. Po przeliczeniu na 1 Mg odpadów (w oparciu o dane historyczne podane przez Zamawiającego w SIWZ), daje to kwotę 356,40 zł/ Mg, a co za tym idzie o 13,48 zł wyższą niż stawka obecnie obowiązująca.

W związku z obecnie ogłoszonym przetargiem, Wykonawca nie planuje zmiany sposobu wykonania umowy, a co za tym idzie nie planuje znacznego wzrostu kosztów związanych ze świadczeniem usług. Ponadto, zatrudnia osoby niepełnosprawne, ponosi więc niższe koszty związane z odpisami na PFRON.

W okresie obowiązywania umowy z 12 czerwca 2013 r. nie wzrosły znacząco żadne wskaźniki cenotwórcze takie jak między innymi, koszty paliwa, koszt zakupu pojemników, RIPOK-u, wynagrodzenie minimalne pracowników, podatki czy opłaty lokalne.

Zgodnie z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca 2015 r., KIO 499/15, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług. Wymagane w art. 90 ust. 2 p.z.p. udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega in minus od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. a wręcz przeciwnie wynika ze konkurencyjne Firmy składające oferty rażąco zawiężyły ceny.



O tym, że zaproponowana przez Wykonawcę cena ma charakter rynkowy świadczą oferty wybrane w ościennych miejscowości Pabianice, Konstantynów Zgierz i innych..

Wykonawca jest podmiotem działającym lokalnie, przez ostatnie lata odbierał odpady na terenie Aleksandrowa Łódzkiego. Ma doświadczenie na tym terenie. W związku z tym, nie jest sobie w stanie pozwolić na zaproponowanie ceny dumpingowej, gdyż Zamawiający jest jego głównym klientem. Oznacza to, że skoro zaproponował cenę zbliżoną do poprzednio obowiązującej, jest to cena za którą można to zamówienie wykonać rzetelnie.”

W ocenie Izby, tego typu próbę wykazania legalnego charakteru oferowanej ceny należy uznać za niewystarczającą.

W swoich wyjaśnieniach i podjętej w ich ramach próby wykazania, że oferowana cena rażąco niska nie jest, wybrany wykonawca podał i powołał właściwie tylko jedną konkretną i uchwytną ekonomicznie okoliczność: fakt aktualnego wykonywania usług na odbiór odpadów z sektora II po podobnych cenach.

W ocenie Izby porównywalność cen oferowanych przez wykonawcę w roku 2013, za które świadczona jest umowa o właściwie takim samym zakresie i przedmiocie, z cenami oferowanymi obecnie, jest okolicznością niewystarczającą dla wykazania, że ceny te nie są rażąco niskie.

Po pierwsze nie ma żadnych dowodów i pewności, że ceny poprzednie nie były rażąco niskie. Tym bardziej, że tego typu okoliczność podnosi i wykazuje właśnie Odwołujący.

O realności cen z roku 2013 za sektor II zamówienia, nie przesądza bynajmniej fakt, iż w oparciu o takie wynagrodzenie prowadzona była działalność wybranego wykonawcy na przestrzeni ostatnich lat. W związku z faktem, iż S. P. wykonywał również usługi odbioru odpadów w sektorze I, mógł np. krzyżowo subsydiować wykonywanie usług w sektorze II. Mógł również powyższe zakładać obecnie składając oferty na oba sektory.

Okolicznościami wskazującymi na zaniżenie ceny oferowanej w II części (sektorze) zamówienia jest nie tylko porównanie ceny wybranej z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu oraz z szacunkową wartością zamówienia, ale również samych cen oferowanych przez wybranego wykonawcę w obu sektorach.

Zarówno Zamawiający przy obliczeniu szacunkowej wartości zamówienia, jak i pozostali dwaj wykonawcy składający swoje oferty, przyjęli, iż wykonanie usług w II sektorze jest nieznacznie droższe niż w sektorze I. Tymczasem S. P. zaoferował w sektorze I cenę o  $\frac{1}{4}$  wyższą niż za sektor II.

Powyższe może być wytłumaczone jedynie przez przyjęcie znacznego zawyżenia ceny za sektor I w stosunku do kosztów, które wykonawca planuje ponieść przy jego obsłudze, co jest jednak okolicznością nieracjonalną i mało prawdopodobną.

W innym wypadku, tj. przyjmując, że cena wykonawcy za I sektor nie jest zawyżona, ale kształtuje się na poziomie umożliwiającym mu normalne pokrycie kosztów wykonania usługi plus godziwy, ale umiarkowany zysk, uznać należy, że cena za sektor II jest zaniżona. Wnioski takie można wyciągnąć nawet przy założeniu identycznej kosztochłonności przedmiotu zamówienia w części I i części II. Tymczasem, jak wynika z pobieżnej analizy i porównania specyfiki odbioru odpadów w obu sektorach (żadnych konkretnych i szczegółowych danych w tym zakresie, którakolwiek strona sporu nie wykazała), to wykonanie usług w II sektorze powinno kosztować więcej. Przesądza o tym jeden z głównych czynników kosztotwórczych – transport odpadów z obszaru o znacznie większej powierzchni i od bardziej rozproszonych odbiorców.

Powyższe wystarcza do uznania wyjaśnień wykonawcy i podawanych tam okoliczności za niewystarczające dla celów, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy. O znaczeniu i wadze wyjaśnień i okoliczności takich jak: bliżej nieokreślone oszczędności z tytułu zatrudniania niepełnosprawnych, doświadczenie wykonawcy na danym terenie oraz deklarowana racjonalność prowadzenia działalności gospodarczej, Izba wypowiedała się już generalnie powyżej. Natomiast podnoszone w wyjaśnieniach okoliczności zmierzające do wykazania rynkowości ceny w sektorze II przez jej porównanie do cen tego typu zamówień uzyskiwanych w ościennych gminach, pozostały na etapie postępowania odwoławczego nieudowodnione.

Ponadto S. P. nie przedstawił żadnej kalkulacji kosztów własnych, które szacował do poniesienia przy wykonaniu usług i które można byłoby ocenić i odnieść do zastanego przedmiotu zamówienia.

Kalkulacje takie przedstawił natomiast Odwołujący, a oparł je o dokumenty i dane Sentator Sp. z o.o. – współkonsorcjanta S. P., firmy wykonującej aktualnie przedmiotowe zamówienie. Dane tego typu i dowody odnoszące się do poziomu kosztów wykonywania zamówienia z roku 2013, dodatkowo potwierdziły tezę o zaniżeniu ceny oferowanej przez S. P. w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia w sektorze II (ustalanej według kryterium kosztowego).

Izba uwzględniła i oceniła w tym zakresie, jako dowody w sprawie, przedstawiane przez odwołującego na rozprawie:

1. Kalkulację średnich kosztów dotyczących jednego miesiąca wykonania usługi odbioru odpadów w sektorze II.

2. zestawienie „Przychód za odbiór odpadów w sektorze 1 i 2” w okresie styczeń 2014 - maj 2015.
3. zestawienie „Zakup worków do gromadzenia odpadów zbieranych selektywnie na terenie gminy Aleksandrów Łódzki” wraz z załączonymi fakturami VAT dotyczącymi zakupu worków
4. zestawienie „Zużycie paliwa obsługa sektora II”,
5. informację o „Dodatkowym wyposażeniu mieszkańców gminy Alessandrów Łódzki w pojemniki w trakcie trwania umowy” wraz z fakturą dotyczącą zakupu pojemników,
6. fakturę z Tonsmeier Centrum Sp. z o. o., fakturę z Ekosystem L. F., fakturę z Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania nr W/00393/2015 i nr W/00381/2015, fakturę z Europol Holding Sp. z o. o. i fakturę z Amet Trans,
7. zestawienie „Koszty ponoszone z tytułu części zamiennych, napraw wewnętrznych...” wraz załączonymi fakturami,
8. zestawienie „Średniomiesięczne koszty stałe firmy”,
9. zestawienie „Ilość odebranych odpadów w sektorze 1 i 2”.

W związku z brakiem ich podważenia przez Zamawiającego, na którym na zasadzie art. 190 ust. 1a spoczywał ciężar dowodu w sprawie, a także nie przedstawienia przezeń jakichkolwiek „kontr-kalkulacji” własnych i dowodów na ich poparcie, Izba uznała dane podawane przez Odwołującego za wiarygodne i możliwe do uogólnienia w przedmiocie powinno poziomu kosztów generowanych przez wykonywanie usług w sektorze II. Powyższej oceny w żadnym razie nie zmienia fakt, iż firma Senator jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, a S. P. prowadzi działalność gospodarczą jako osoba fizyczna – co w bliżej nieznanym celu podnosił Zamawiający. Pomijając okoliczność, iż różnice w obciążeniach finansowych związane z formą działalności są w tym przypadku niewielkie, to nie mają żadnego znaczenia w sprawie. Izba nie ustalała w ten sposób kosztów firmy S. P., które pozostają nieznane, ale ustalała wartość przedmiotowego zamówienia – między innymi na podstawie wykazywanych kosztów jednego z wykonawców obecnych na rynku i zaangażowanego w wykonywanie prawie takiego samego zamówienia.

Właśnie w związku ze stwierdzonym zaniżeniem ceny oferowanej przez S. P. za część II (sektor) zamówienia w stosunku do jej wartości, a także w związku z brakiem udowodnienia przez wykonawcę, wbrew wymaganiom art. 90 ust. 2 ustawy, że cenę taką mógł zaoferować i zamówienie za nią wykonać, mieszcząc się przy tym w kosztach przez usługi generowanych, uznano, że cena ta jest rażąco niska.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....