

WYROK
z dnia 1 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 15 stycznia 2016 r. przez Odwołującego **Eneris Surowce Spółka Akcyjna** z siedzibą w Kielcach przy ul. Zagańskiej 232A, 25-563 Kielce (sygn. akt KIO 44/16);
- B) w dniu 15 stycznia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Płocku przy ul. Przemysłowej 31, 09-400 Płock, **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gostyninie przy ul. Bierzewickiej 32, 09-500 Gostynin (sygn. akt KIO 46/16)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Miasta Gostynina**, Rynek 26, 09-500 Gostynin

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Płocku przy ul. Przemysłowej 31, 09-400 Płock, **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gostyninie przy ul. Bierzewickiej 32, 09-500 Gostynin zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 44/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

- A. Uwzględnić odwołanie wniesione przez Eneris Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 5 stycznia 2016 r. polegających na odrzuceniu oferty Eneris Surowce S.A. oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Eneris Surowce S.A. (sygn. akt KIO 44/16);**
 - B. Uwzględnić odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SITA Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 5 stycznia 2016 r. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy i nakazuje ponowną ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu (sygn. akt KIO 46/16).**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SITA Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 44/16) oraz Zamawiającego - Gminę Miasta Gostynina (sygn. akt KIO 46/16) i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach (sygn. akt KIO 44/16) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SITA Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z

siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie (sygn. akt KIO 46/16), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SITA Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie na rzecz Odwołującego Eneris Surowce S.A. z/s w Kielcach (sygn. akt KIO 44/16) oraz od Zamawiającego – Gminy Miasta Gostynina na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SITA Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie (sygn. akt KIO 46/16) kwotę **37.200 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 2

dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów stron poniesionych w związku z wpisem od odwołań oraz wynagrodzeniem pełnomocników, w tym:

- A) na rzecz Odwołującego Eneris Surowce S.A. z/s w Kielcach kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) w sprawie KIO 44/16,
- B) na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SITA Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) w sprawie KIO 46/16.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Płocku.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 3

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasta Gostynina w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Miasta Gostynina* (nr postępowania: ZP.271.09.2015), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 198-359577 w dniu 13 października 2015 r., wobec czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Eneris Surowce S.A., zostały wniesione w dniu 15 stycznia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: Eneris Surowce S.A. (sygn. akt KIO 44/16) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SITA Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie (sygn. akt KIO 46/16). Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Eneris Surowce S.A. oraz unieważnieniu postępowania w dniu 05.01.2016 r. faksem.

A Sygn. akt KIO 44/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 44/16 Odwołujący – Eneris Surowce S.A. (dalej jako Eneris) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i w z. z art. 7 Ustawy pzp przez niezasadzoną ocenę, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i niezasadnione jej odrzucenie oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców;
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp przez prowadzenie postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji braku podstaw do wszczęcia i prowadzenia tej procedury, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców;

3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp przez dokonanie oceny i przyjęcie, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy jest zbliżona do budżetu Zamawiającego

prowadzenie przewidzianego na

realizację zamówienia, a w konsekwencji

postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców;

4. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, a następnie przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 4

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na istnienie interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania wskazywać ma okoliczność, iż tylko oferta Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego, co przy uznaniu, iż decyzja o odrzuceniu tej oferty nie miała uzasadnienia powodowałoby, iż Zamawiający nie miałby podstaw do unieważnienia postępowania. Na brak zasadności uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę wskazywać ma uzasadnienie unieważnienia postępowania, w którym Zamawiający podał zbliżoną do ceny oferty Odwołującego kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Na skutek naruszenia przepisów Ustawy Odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta jako jedyna mieszcząca się w budżecie Zamawiającego mogła być wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na chronologię czynności Zamawiającego, który prawie po upływie 2 miesięcy po otwarciu ofert unieważnił postępowanie, wskazując w uzasadnieniu decyzji na podstawę prawną z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. W dniu 23.12.2015 r., tj. na dwa tygodnie przed unieważnieniem postępowania Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki konsorcjum firm Sita Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o., które złożyło ofertę w postępowaniu z ceną znacząco przewyższającą budżet Zamawiającego na realizację zamówienia.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wysokość ceny Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i ją odrzucił, a następnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Odwołujący zaoferował cenę, za jaką realizowałby usługę w okresie 2 lat na poziomie 3.452.991,60 zł. brutto. Zgodnie z uchwałą budżetową Miasta Gostynina na rok 2016 nr 136/XXVI/2015 Rady Miejskiej z dnia 30 grudnia 2015 r. na odbiór i zagospodarowanie odpadów zabezpieczona została kwota 2.100.000 zł. Po jej pomnożeniu przez dwa środki kwota ta zwiększyłaby się do 4.392.600 zł, w stosunku do której oferta Odwołującego stanowi więcej niż 78,60% budżetu Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na treść pisma z dnia 4.12.2015 r., w którym potwierdził, że *oferowana cena odzwierciedla koszty wykonywania przedmiotu zamówienia i jest zbliżona do ceny jaką gmina płaci obecnie*. Ponadto w dwóch kolejnych odpowiedziach przedstawił w ujęciu miesięcznym i rocznym zestawienie kosztów realizacji zamówienia i wykazał zysk. Również uchwała budżetowa potwierdza, że cena jaką zaoferował Odwołujący jest realna i rynkowa, a

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 5

Zamawiający nie wyasygnuje więcej środków pieniężnych na sfinansowanie systemu gospodarki odpadami. W zaistniałych okolicznościach Zamawiający instrumentalnie zastosował przepis art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy i bez rozważenia rzeczywistych okoliczności odrzucił ofertę Odwołującego czym naruszył ww. przepisy. Odwołujący wskazał na orzeczenie KIO z 29.06.2015 r., sygn. akt KIO 1249/15; KIO 1250/15, w którym podkreślono potrzebę indywidualnej oceny możliwości danego wykonawcy i konieczności wykluczenia automatyzmu przy ocenie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zastrzeżenia Odwołującego budzi również logika działań Zamawiającego, który z jednej strony dokonał porównania oceny oferty Odwołującego w zestawieniu ze średnią arytmetyczną złożonych ofert w warunkach, w których cena podana przez Odwołującego nie jest rażąco niską w stosunku do budżetu Zamawiającego, a zatem nie powinien mieć w ogóle wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia za taką kwotę, z drugiej zaś strony unieważnił postępowanie z tego powodu, że oferta najkorzystniejsza (tj. w praktyce oferta z niższą ceną) przekracza założony budżet Zamawiającego. W ocenie Odwołującego w sytuacji, w której Zamawiający już w połowie grudnia wiedział, iż nie udzieli zamówienia Odwołującemu nie było podstaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki Konsorcjum i możliwym było przeprowadzenie postępowania w innym niż przetarg nieograniczony trybie konkurencyjnym, tj. w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

B. Sygn. akt KIO 46/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 46/16 Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Sita Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. (Lider), Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta w Gostyninie Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum), zaskarżyli czynność i zaniechania Zamawiającego prowadzące do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Ustawy przez błędne przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, naruszenie art. 86 ust. 3 Ustawy przez przyjęcie, że kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwota inna niż kwota podana przed otwarciem ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, nakazanie powtórzenia czynności oceny oferty i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 6

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na chronologię czynności Zamawiającego, który prawie po upływie 2 miesięcy po otwarciu ofert unieważnił postępowanie, wskazując w uzasadnieniu decyzji na podstawę prawną z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Zgodnie z uchwałą budżetową Miasta Gostynina na rok 2016 nr 136/XXVI/2015 Rady Miejskiej z dnia 30 grudnia 2015 r. na odbiór i zagospodarowanie odpadów zabezpieczona została kwota 2.100.000 zł. Cena najkorzystniejszej oferty przekracza zatem kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, której nie może zwiększyć do ceny najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego stanowisko to stoi w oczywistej sprzeczności z art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Ustawy. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert (dnia 19 listopada 2015 r.) podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 6.560.000,00 zł brutto. Znalazło to odzwierciedlenie w protokole postępowania o udzielenie zamówienia w punkcie 8. Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 6.074.074,07 zł netto (co stanowi kwotę 6.560.000,00 zł brutto z uwzględnieniem stawki 8% VAT).

Zamawiający wskazał na kwotę zabezpieczoną uchwałą na rok 2016, bez odniesienia się do wysokości kwoty na rok 2017. Ponieważ zamówienia ma być udzielone na okres 2 lat, to przy zabezpieczeniu tożsamej kwoty na rok 2017, kwota ta wyniosłaby 4.200.00 zł. W ocenie Odwołującego kwota zabezpieczona uchwałą nie może mieć znaczenia dla oceny wypełnienia przesłanek do unieważnienia postępowania wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Istotną jest kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, rozumiana w myśl art. 86 ust. 3 Ustawy jako kwota podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert. Odmienne interpretacja tego przepisu prowadziłaby do zaburzenia zasady jawności i pewności postępowania. Na poparcie tego stanowiska Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z 12.01.2015 r., sygn. akt KIO 2729/14. W orzecznictwie tym wskazuje się na związanie zamawiającego kwotą środków podanych przy otwarciu ofert i braku podstaw do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena oferty nie przekracza tej kwoty.

Odwołujący złożył ofertę na kwotę 5.593.848,00 zł mieszczącą się we wskazanej na otwarciu ofert kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia, tj. 6.560.000,00 zł. W konsekwencji Zamawiający zobligowany był do zawarcia z Odwołującym umowy na realizację zamówienia,

a czynność unieważnienia postępowania była bezprawna i stąd powinna być uchylona.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 7

jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Eneris (sygn. akt KIO 44/16) uwzględnił w całości zarzuty i wniósł o jego umorzenie, a w odpowiedzi na odwołanie Konsorcjum (sygn. akt KIO 46/16) wniósł o jego oddalenie. Zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Eneris oraz czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 44/16 skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum. Odwołujący w tej sprawie Eneris wniósł ustnie do protokołu posiedzenia opozycję wobec dopuszczenia do udziału w postępowaniu Konsorcjum wskazując na brak istnienia interesu tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, tj. oddalenia odwołania Eneris, w którym kwestionowana jest czynność unieważnienia postępowania. Konsorcjum, które wniosło samodzielne odwołanie również zarzuciło Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem Ustawy unieważnienia postępowania, co wskazywać ma na brak interesu po stronie Konsorcjum w oddaleniu odwołania Eneris. Izba na posiedzeniu oddaliła opozycję uznając, iż wspólny w obu odwołaniach zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy i żądanie unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania nie pozbawia interesu Konsorcjum w oddaleniu odwołania Eneris, w którym dodatkowo kwestionowana jest decyzja o odrzuceniu tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Wprawdzie obaj odwołujący kwestionują czynność unieważnienia postępowania, to okoliczności faktyczne z jakich wywodzą wnioski o naruszeniu przepisów Ustawy nie są zbieżne, co powoduje, iż każdy z zarzutów oceniany musi być niezależnie. Istotną z punktu badania interesu Konsorcjum w oddaleniu odwołania Eneris jest okoliczność uznania przez Zamawiającego drugiego z zarzutów Odwołującego dotyczącego oceny oferty wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę. Konsekwencją uznania przez Zamawiającego w całości zarzutów z odwołania sygn. 44/16 byłoby nie tylko unieważnienie unieważnienia postępowania, ale przede wszystkim przywrócenie do oceny oferty Eneris obecnie odrzuconej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Konsorcjum, które przystąpiło do tego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie mogłoby następnie skutecznie podnosić zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Eneris w drodze odwołania na powtórzoną czynność oceny ofert, które na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 Ustawy podlegałyby odrzuceniu. Jedynie na obecnym etapie postępowania, tj. jako uczestnik postępowania odwoławczego przystępujący po stronie Zamawiającego może w drodze sprzeciwu doprowadzić do weryfikacji przez Izbę oferty Odwołującego Eneris pod kątem ustalenie, czy cena jaką zaoferował ten wykonawca nie jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i na tej podstawie podlega odrzuceniu. W świetle tych okoliczności

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 8

nie mogło znaleźć uznania twierdzenie Odwołującego Eneris, iż Konsorcjum nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, tj. oddalenia odwołania w związku z uznaniem, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy była prawidłowa, co powodowałoby również oddalenie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy uzasadnionego brakiem podstawy do uznania, iż oferta najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu zawierała rażąco niską cenę i podlegała odrzuceniu. Konsorcjum zgłosiło ustnie do protokołu posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 44/16. W związku z powyższym odwołanie na podstawie art. 186 ust. 4 Ustawy podlegało merytorycznej ocenie przez Izbę.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 28 grudnia 2015 r. uznała, iż nie występują przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne

podnoszonych zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności wyjaśnień Eneris, protokołu postępowania oraz uchwały Rady Miasta Gostynina Nr 136/XXVI/2015 Izba ustaliła jak poniżej.

W obu odwołaniach kwestionowana była czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, jednak podstawa faktyczna zarzutów była odmienna. W odwołaniu Eneris zarzut ten powiązany był z podstawą faktyczną dotyczącą oceny przez Zamawiającego oferty tego wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny, której wynikiem było uznanie przez Zamawiającego, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, chociaż jako jedyna mieściła się w budżecie Zamawiającego. Konsorcjum natomiast wskazywało na brak podstawy do unieważnienia postępowania po odrzuceniu oferty Eneris przez przyjęcie, iż uchwała budżetowa na 2016 r. wskazująca na niższe środki niż kwota podana przy otwarciu ofert miała znaczenie dla uznania, iż cena najkorzystniejszej oferty (oferta Konsorcjum) przekracza kwotę środków, jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W świetle tych rozbieżności, wspólna okoliczność faktyczna, z której Odwołujący wywodzili naruszenie przepisów Ustawy dotyczy ustalenia, iż w dniu 30 grudnia 2015 r. uchwałą Rady Miejskiej w Gostyninie Nr 136/XXVI/2015 zabezpieczono w budżecie na 2016 r. kwotę 2.100.000 zł na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Kwota ta odbiega znacząco od wartości szacunkowej zamówienia, stanowiącej jednocześnie kwotę środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 6.560.000,00 zł. brutto (podana przed otwarciem ofert w dniu 19.11.2015 r.). We wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 30.09.2015 r. wskazana została wartość szacunkowa zamówienia netto: 6.074.074,07 zł, co odpowiada równowartości 1.437.684,70

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 9

euro i kwocie brutto 6.560.000,00 zł. Jako źródło finansowania wskazany został budżet Miasta na lata 2016-2017. Wniosek zawiera adnotację Skarbnika Miasta *w budżecie na 2016 r. zostanie zabezpieczona kwota 2.100.000,00 zł.* Do wniosku załączona została kalkulacja stanowiąca podstawę do wyliczenia szacunkowej wartości zamówienia, której podstawę stanowił ilość odebranych odpadów w przeliczeniu na 1 mieszkańca na rok (dane 2014 r.). Przyjęta dla szacunkowej wartości zamówienia ilość odpadów na jednego mieszkańca wyniosła 298,03 kg, co po przemnożeniu przez ilość mieszkańców (16673) oraz koszt odbioru 1 kg odpadów, dało wartość 3.279.576 zł (dla jednego roku świadczenia usługi). Zakres zamówienia obejmuje odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Miasta Gostynina, których liczba mieszkańców na dzień 31.12.2014 r. wynosiła 18.518 osób pobyt stały + 673 osoby pobyt czasowy. System objętych zostało 16.673 osób, z czego 10.951 osób, to mieszkańcy zabudowy wielorodzinnej, a 5.722 osób, mieszkańcy zabudowy jednorodzinnej (pkt III siwz).

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty z cenami obejmującymi okres świadczenia usługi w okresie 24 miesięcy w wysokości: 3.452.991,60 zł. (Eneris), 5.593.848,00 zł. (Konsorcjum), 6.047.830,56 zł. (Tonsmeier Centrum Sp. z o.o.). Podstawę do wyliczenia ceny stanowiły ceny ryczałtowe za 1 miesiąc świadczenia usługi ustalone na poziomie 143.874,65 zł. (Eneris), 233.077,00 zł. (Konsorcjum), 251.992,92 zł. (Tonsmeier Centrum Sp. z o.o.).

W uzasadnieniu wyniku postępowania z dnia 5 stycznia 2016 r. Zamawiający wskazał na podstawę odrzucenia oferty Eneris z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, która *nie złożyła dostatecznych wyjaśnień* w przedmiocie wysokości ceny, a także uzasadnienie dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy *W budżecie Zamawiającego przyjętym Uchwałą Budżetową Miasta Gostynina na rok 2016 Nr 136/XXVI/2015 Rady Miejskiej z dnia 30 grudnia 2015 r., na odbiór i zagospodarowanie odpadów zabezpieczona została kwota 2.100.000, - zł. Cena najkorzystniejszej oferty przekracza zatem kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.*

Zamawiający w toku badania oferty Eneris prowadził na podstawie art. 90 Ustawy postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia, czy cena jaką zaoferował ten wykonawca nie jest rażąco niska kierując wezwania z 30.11.2015 r., 07.12.2015 r. oraz 10.12.2015 r. W wezwaniu z 30.11.2015 r. Zamawiający poza przywołaniem brzmienia przepisu art. 90 Ustawy wskazał na wysokość wartości szacunkowej zamówienia oraz kwoty pozostałych złożonych ofert. W kolejnym wezwaniu Zamawiający odniósł się do złożonych w dniu

04.12.2015 r. wyjaśnień, które uznał za *spójne i zasadne, zawierają jednak – wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp – tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, jaki wpływ*

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 10

mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny, to zaś uniemożliwia dokonanie merytorycznej oceny złożonej oferty. W związku z tym Zamawiający wnosi o wykazanie i uzasadnienie cenowe udzielonych w piśmie z dnia 4 grudnia 2015 r. informacji, poprzez przedstawienie kalkulacji cenowej dla czynników cenotwórczych – tj. kosztów paliw, wynagrodzeń pracowniczych, opłaty, amortyzacji sprzętu, itp. oraz upustów i obniżek z tytułu wymienionych w poprzedniej odpowiedzi, czyli m.in. o ile wdrożenie zintegrowanego informatycznego systemu zarządzania TETA obniżyło koszty Państwa działalności – w postaci konkretnych kwot np. w zestawieniu miesięcznym, jakie wykonawca przewiduje na realizację: 1) odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych; 2) odbioru i zagospodarowania odpadów segregowanych; 3) zorganizowania mobilnych zbiórek odpadów; 4) utworzenia i prowadzenia PSZOK. W wezwaniu z dnia 10.12.2015 r. Zamawiający uznał, iż udzielone wyjaśnienia wskazują ogólne kwoty, nadal jednak bez przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej dla poszczególnych czynników cenotwórczych, powodów obniżenia kosztów Państwa działalności poprzez wprowadzenie systemu informatycznego oraz upustów i obniżek z tytułów wymienionych w poprzednich odpowiedziach, nie wyjaśniają również, jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. W związku z tym Zamawiający wnosi o przedstawienie szczegółowej kalkulacji – o której wspomina Państwo w piśmie z dnia 10 grudnia 2015 r. – dla wykazania i uzasadnienia wskazanych cen. Zamawiający zgadza się ze stwierdzeniem firmy ENERIS, że szczegółowa kalkulacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp), a nie dla Zamawiającego, który żąda przedstawienia szczegółowej kalkulacji w celu wskazania dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny i umożliwienia dokonania merytorycznej oceny złożonej oferty.

Eneris złożyło trzy wyjaśnienia na powyższe wezwania, odpowiednio w pismach z dnia 04.12.2015 r., 10.12.2015 r. oraz 15.12.2015 r., zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa szczegółową kalkulację wyliczenia ceny załączoną do ostatnich z wyjaśnień. Zestawienie to stanowi rachunek zakładanego zysku dla tego zamówienia z podaniem kwoty przychodów, kosztów oraz bilans. W poszczególnych wyjaśnieniach wykonawca prezentowała dane, jakich oczekiwał Zamawiający, wskazując między innymi na poziom kosztów uwzględnionych w wycenie miesięcznego wynagrodzenia, tj. zagospodarowania odpadów, odbioru i transportu, mobilnych zbiórek odpadów, utworzenia, wyposażenia i prowadzenia PSZOK oraz kosztów ogólnozakładowych. Według wyliczeń Eneris zakłada on osiągnięcie przychodu na poziomie 28,50 tys. zł. miesięcznie.

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 11

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty (pismo z 5.01.2016 r.) Zamawiający ocenił, że mimo sprecyzowania przez Zamawiającego dokładnych żądań, Wykonawca nie odniósł się do zawartych pytań, ograniczając się do podania ogólnych kwot, jednak bez przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej dla poszczególnych czynników cenotwórczych – zwłaszcza konkretnych kosztów paliwa, opłat, amortyzacji sprzętu, wynagrodzeń pracowników, powodów obniżenia kosztów działalności Wykonawcy poprzez wprowadzenie systemu informatycznego oraz upustów i obniżek z tytułów wymienionych w poprzednich odpowiedziach, nie wyjaśnił też, jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazał żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. Równie enigmatyczna, co poprzednie wyjaśnienia jest kalkulacja dołączona do odpowiedzi z dnia 15.12.2015 r. dodatkowo – zdaniem Zamawiającego – poszczególne kwoty w niej wykazane nie pokrywają się z ogólnymi elementami ceny przedstawionymi w odpowiedzi z dnia 10.12.2015 r. (...) Udzielone wyjaśnienia były ogólne, niekonkretne, nie odnosiły się również do zadanych pytań. Ich ocena nie pozwoliła Zamawiającemu uznać, że Wykonawca jest w stanie zrealizować

przedmiotowe zamówienie za zaproponowaną cenę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Zamawiający uwzględniając odwołanie Eneris uznał, iż ponowna weryfikacja kalkulacji z dnia 15 grudnia 2016 r. dawała podstawę do uznania, iż wykonawca osiągnie zysk, a cena nie odbiega znacząco od cen wynikających z poprzednich zawartych umów z innymi wykonawcami na przedmiot zamówienia prawie tożsame z zamówieniami z lat ubiegłych. Zamawiający uznał, iż ceny pozostałych wykonawców wydają się być „rażąco wysokie”, a jeden z wykonawców zaoferował cenę wyższą o ponad 70.000 zł miesięcznie – począwszy od stycznia 2016 r. – w stosunku do ceny, jaką uzyskiwał za usługi wykonywane jeszcze w grudniu 2015 r.

Przystępujące po stronie Zamawiającego Konsorcjum w piśmie procesowym złożonym na rozprawie odniosło się do wyliczenia kosztu zagospodarowania odpadów, wskazanego w wyjaśnieniach z dnia 10 grudnia 2015 r. na poziomie 100.960,00 zł miesięcznie, prezentując własną kalkulację z wnioskiem końcowym o niedoszacowaniu kosztów zagospodarowania odpadów składowanych w RIPOK, wyliczonych na podstawie cenników RIPOK Płońsk i RIPOK Kobierniki dla ilości odpadów odebranych z terenu miasta w 2014 r. Konsorcjum odniosło się także do wyliczenia kosztów pracowniczych, przy założeniu zatrudnienia co najmniej 9 osób, wskazany w wyjaśnieniach z dnia 10.12.2015 r., na poziomie 23.410,00 zł, który mógłby być uznany za prawidłowy wyłącznie przy założeniu, że wszystkim pracownikom wykonawca zapłaci minimalną stawkę wynagrodzenia, bez dodatków za pracę w warunkach szkodliwych i uciążliwych. Konsorcjum przedstawiło własne wyliczenie

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 12

średniomiesięcznego kosztu paliwa, przyjmując średnią miesięczną ilość odpadów, częstotliwość kursów, tonaż i obecnie rekordowo niską stawkę paliwa 4,00 zł/litr., zamykające się w kwocie 3.649,10 zł/miesięcznie. Ponadto, w ocenie Konsorcjum koszt utworzenia, wyposażenia i prowadzenia PSZOK określony przez Eneris na poziomie 5.600,00 zł zostały trzykrotnie pomniejszone w stosunku do kosztów realnie ponoszonych. Odnośnie kosztów sortowni i wskazanego przez Eneris poziomu przychodów na poziomie 28.500,00 zł i nie pozwala ono na ustalenie realnego zysku z tej działalności. Uwzględniając pozostałe koszty, realne koszty jakie poniesie wykonawca zostały niedoszacowane na poziomie ponad 50.000 zł., a przy założeniu poziomu zysku 10% kosztów związanych z prowadzeniem inwestycji, cena musiałaby wynieść minimum 75.000,00 zł. więcej w perspektywie miesięcznej, tj. 1.800.000.00 zł na cały okres trwania zamówienia.

Na podstawie zgodnych oświadczeń stron ustalono w toku rozprawy, iż Odwołujący Eneris świadczyło na rzecz Zamawiającego usługę odbioru odpadów przez okres 2 miesięcy w roku 2013 r., po którym to czasie doszło do rozwiązania umowy z wykonawcą. Kolejną umowę Zamawiający zawarł z wykonawcą SITA (obecnym konsorcjantem), która zakończyła się w grudniu 2015 r. W związku z wygaśnięciem umowy Zamawiający udzielił w dniu 23 grudnia 2015 r. zamówienia z wolnej ręki (umowa nr ZP.272.10.2015) Konsorcjum z terminem realizacji od 1 stycznia 2016 r. do dnia 31 maja 2016 r. za wynagrodzenie ryczałtowe za jeden miesiąc świadczenia usługi ustalone w wysokości 187.920,00 zł brutto, tj. niższej o ponad 45.000,00 zł. od zaoferowanej w postępowaniu przetargowym (233.077,00 zł). Cena Eneris za 1 miesiąc świadczenia usługi stanowi kwotę 143.874,65 zł.

Eneris przedłożyło na rozprawie, jako dowód w sprawie dodatkowe dokumenty na okoliczność wykazania wysokości kosztów, jakie zakładano przy kalkulacji ceny ofertowej (dowody zakupu, faktury), zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając powyższe ustalenia na względzie Izba zważyła.

W sprawie odwołania o sygn. akt KIO 44/16 Izba pominęła dowody przedłożone przez Odwołującego Eneris na rozprawie, tj. faktury, które nie były znane Zamawiającemu przy ocenie wyjaśnień złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynie kalkulacja odnosiła się do kalkulacji złożonej szczegółowo Zamawiającemu (zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa) i prezentowała te same dane w większym stopniu szczegółowości na poszczególne lata świadczenia usługi. Izba przychyliła się do stanowiska Konsorcjum (przystępującego po stronie Zamawiającego), iż nie można na etapie postępowania odwoławczego skutecznie uzupełnić dokumentów, które wykonawca mógł przedłożyć Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi kalkulacji ceny ofertowej w trybie przewidzianym w Ustawie. Tym samym oceniając czynność

odrzućenia oferty Eneris na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, Izba miała na uwadze informacje, jakie miał Zamawiający w momencie podejmowania decyzji, w tym znane mu z urzędu, a dotyczące szacowanej wartości zamówienia, wysokości środków dotychczas wydatkowanych na przedmiotową usługę w latach 2013-2015 i przewidzianych w budżecie na 2016 r., czy też wynegocjowanej z Konsorcjum ceny, za jaką świadczy ono usługę od stycznia 2016 r. na podstawie zamówienia z wolnej ręki.

1. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w zw. z art. 7 Ustawy przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego (Eneris) z powodu rażąco niskiej ceny, a następnie przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców (odwołanie sygn. akt KIO 44/16).

Zasadniczo zarzut ten stanowi o istocie odwołania, w którym kwestionowana jest podstawa uznania przez Zamawiającego, że cena oferty Eneris jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. ocena wyjaśnień złożonych na podstawie wezwań Zamawiającego, której wynikiem było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, chociaż cena oferty Odwołującego, najkorzystniejsza w postępowaniu, nie przekraczała kwoty środków, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący w zakresie skarżonych czynności sformułował kilka zarzutów, w tym między innymi zarzut dotyczący samego prowadzenia postępowania wyjaśniającego, w sytuacji kiedy cena w ofercie Odwołującego, jako jedyna w postępowaniu, jest zbliżona do kwoty budżetu Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty, przeciwko czemu sprzeciw wniosło Konsorcjum przystępujące do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do postawionych zarzutów na wstępie Izba uznała, iż kwestionowanie po zakończeniu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 Ustawy, czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, nie mogło być skuteczne, jako spóźnione. Nie wpływa to jednak zasadniczo na ocenę czynności Zamawiającego, tj. odrzucenia oferty Odwołującego Eneris. Ocena tej czynności dokonywana jest w sposób zindywidualizowany z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności występujących w sprawie, które mogły wpływać na ocenę wyjaśnień tego wykonawcy i przyjęcia ich za wystarczające dla uznania, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Mając na uwadze charakter wyjaśniający postępowania prowadzonego w trybie art. 90 Ustawy, brak dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 Ustawy, nie może automatycznie prowadzić do stwierdzenia, że wyjaśnienia złożone Zamawiającemu uzasadniały uznanie, że cena zaoferowana przez Eneris Surowce S.A. jest rażąco niska. Przystępujące Konsorcjum (wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia przez

Zamawiającego odwołania) wykazywało jako podstawę do uznania, że cena w ofercie Eneris jest rażąco niska, brak dowodów przedłożonych Zamawiającemu oraz ogólnikowy charakter wyjaśnień. Jednocześnie w piśmie procesowym Konsorcjum szczegółowo odnosiło się do wysokości kosztów wskazanych w wyjaśnieniach, formułując wniosek końcowy o ich niedoszacowaniu na poziomie 55 tys. zł. Na rozprawie Konsorcjum odniosło się do wysokości ceny, za jaką Odwołujący świadczył usługę na rzecz Zamawiającego w 2013 r. i obecnie zaoferowanej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego, która nie pokrywała co najmniej dodatkowych kosztów, jakie poniesie wykonawca w związku ze zwiększeniem w niniejszym zamówieniu ilości odpadów zmieszanych przekazywanych do RIPOK (w stosunku do zamówienia z 2013 r.), Konsorcjum uznało, że cena ryczałtowa 143 874,65 zł (ryczałt miesięczny, wyższy o ok 22 tys. w stosunku do 2013 roku w którym wynosił 122.001,08 miesięcznie) nie pokryje wzrostu ceny utylizacji tych odpadów, przy przyjęciu najniższej stawki 300 zł za tonę (najniższa cena z RIPOK w Płońsku), która daje kwotę ok. 23 tys. zł miesięcznych kosztów utylizacji odpadów tego jednego rodzaju.

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż okoliczności jakie występowały w sprawie prowadziły do wniosku, że wyjaśnienia wykonawcy Eneris nie wskazywały, aby cena była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby istotnym, dla oceny wyjaśnień składanych na podstawie trzech wezwań Zamawiającego, był charakter wynagrodzenia, ujęty w cenie zawierającej zryczałtowaną wycenę prac w ujęciu miesięcznym. Opis przedmiotu zamówienia stanowi prognozowany zakres prac, który w praktyce uzależniony będzie od ilości odpadów rzeczywiście odebranych od mieszkańców. Tym samym wycena prac musiała uwzględniać ryzyko odebrania wyższej od zakładanej przez Zamawiającego ilości odpadów (bez wzrostu wynagrodzenia), ale równocześnie wycena ta nie ulegałaby zmniejszeniu przy mniejszej ilości odebranych odpadów, w szczególności wymagających utylizacji w RIPOK. Powyższe prowadziło do wniosku, iż szczegółowe kalkulacje prezentowane przez Konsorcjum odnosiły się do prognozy Zamawiającego co do ilości odpadów danego rodzaju oraz indywidualnego podejścia tego wykonawcy do kalkulacji kosztów i nie mogły stanowić wprost dowodu na okoliczność błędnego rachunku kosztów prezentowanego przez Eneris w wyjaśnieniach. Konsorcjum wskazywało na przyjęte dla kalkulacji założenia, które w części dotyczyły elementów, które nie zostały przez Zamawiającego wskazane w podstawie do oszacowania ceny ofertowej (np. ilość pracowników), a które odbiegały od założeń przyjętych przez Eneris. Jest to zrozumiałe, gdyż w zależności od stopnia organizacji pracy, możliwe jest różne wykorzystanie zasobów kadrowych, co pozwala na obniżenie kosztów. We wnioskach końcowych Konsorcjum wskazywało na konieczność zwiększenia ceny zaoferowanej w 2013

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 15

r. o kwotę odpowiadającą kwocie o jaką zwiększył on cenę w stosunku do wynagrodzenia, jakie otrzymywał jeszcze w grudniu 2015 r. W ocenie Izby, Konsorcjum nie wykazało w sposób przekonujący, aby wzrost o ponad 70 tys. zł wynagrodzenia miesięcznego znajdował rzeczywiste uzasadnienie we wzroście kosztów związanych z realizacją tożsamej pod względem zakresu prac, usługi, a tego rzędu kwotę wskazywał, jako niedoszacowaną w ofercie Eneris.

Przechodząc od oceny wyjaśnień Eneris, ocena ta nie mogła być dokonana w oderwaniu od okoliczności faktycznych sprawy dotyczących ustalenia wartości szacunkowej zamówienia oraz specyfiki przedmiotu zamówienia. Wprawdzie czynność wezwania do złożenia wyjaśnień nie mogła być skutecznie zaskarżona (z uwagi na upływ terminu), to okoliczności dotyczące ustalenia wartości szacunkowej zamówienia miały znaczenie dla oceny, czy wycena prac dokonana przez wykonawcę Eneris rzeczywiście uniemożliwia należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie, wartość szacunkowa zamówienia ustalona na poziomie powyżej 6 mln. złotych brutto (dla zamówienia realizowanego w okresie 24 miesięcy), znacząco przekraczała budżet Zamawiającego, czego Zamawiający miał świadomość w momencie wszczęcia postępowania w związku z adnotacją Skarbnika Miasta na wniosku o wszczęciu postępowania, iż w roku 2016 r. w budżecie zabezpieczona zostanie kwota 2.100.000 zł. Znalazło to potwierdzenie w uchwale budżetowej znanej Zamawiającemu przed decyzją o odrzuceniu oferty Eneris. Ponadto w momencie rozstrzygnięcia wyniku postępowania Zamawiający miał wiedzę, co do ceny za jaką będzie wykonywać zamówienia wykonawca, któremu udzielono zamówienia z wolnej ręki, a co istotne, oferujący w przetargu dużo wyższą kwotę wynagrodzenia miesięcznego (ponad 45.000,00 zł). W ocenie Izby, wszystkie te okoliczności znacząco wpływały na ocenę wyjaśnień składanych w trybie art. 90 Ustawy.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż wyjaśnienia nie miały tak ogólnikowego charakteru, aby nie było możliwym wskazanie poziomu kosztów, jakie zakładał wykonawca dla tego zamówienia. Wprawdzie koszty te nie były szczegółowo rozbite na poszczególne składniki, tj. wynagrodzenia, koszty paliwa, koszty administracyjne, to przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, pozwalały na poznanie rachunku kosztów i zysków, zakładanych przy wycenie prac. Zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i wycena prac miała w niniejszym postępowaniu charakter orientacyjny, a to z tej przyczyny, iż ogólna charakterystyka zamówienia zawierała w sobie dane liczbowe pozwalające oszacować wartość oferty z lat poprzednich, a nie konkretne, deklarowane przez Zamawiającego wielkości odpadów, do których odbioru i zagospodarowania zobowiązany będzie wykonawca w latach 2016-2017. Uwzględniając wytyczne, jakie w zakresie rażąco niskiej ceny wskazywane są w orzecznictwie sądów powszechnych należy zauważyć, iż o cenie rażąco niskiej można

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 16

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 czy usług za symboliczną kwotę. Jeżeli jednym z kryteriów wyboru oferty jest cena, nie sposób oczekiwać od zamawiającego, by wybrał ofertę o wiele droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania zamówienia za cenę niższą. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych, a nie zapewnienie przestrzegania zasad komunikacji między przedsiębiorcami (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.04.2013 r., sygn. akt V Ca 2142/12). W niniejszej sprawie, jedynie oferta Eneris pozwalała na wydatkowanie środków publicznych w ramach budżetu uchwalonego na 2016 r., tj. w okresie 12 miesięcy, a także w kolejnym roku, przy założeniu, iż środki budżetowe nie będą niższe od przyjętych w uchwale budżetowej na 2016 r. Odrzucenie tej oferty doprowadziło do unieważnienia postępowania i udzielenia zamówienia z wolnej ręki Konsorcjum, które po negocjacjach z Zamawiającym znacznie obniżyło cenę, w stosunku do oferty złożonej w przetargu nieograniczonym. Wprawdzie zakres przedmiotu zamówienia uległ pewnej modyfikacji (w zakresie częstotliwości odbioru części odpadów), to jednak w ocenie Izby, cena wynegocjowana zbliżyła się do poziomu ceny Eneris i wskazywała na znaczne przeszacowanie przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, w porównaniu z którą cena Eneris mogła wydawać się rażąco niska i budzić podejrzenie Zamawiającego. Dwie pozostałe oferty również zbliżyły się do szacunku Zamawiającego, chociaż cena mogła być niższa, na co wskazuje wynik negocjacji prowadzonych z Konsorcjum przed decyzją o odrzuceniu oferty Eneris. Jednocześnie, żadna z dwóch pozostałych ofert nie mieściła się w możliwościach finansowych Zamawiającego. W ocenie Izby, samo porównanie cen zaoferowanych przez trzech wykonawców nie mogło stanowić podstawy do uznania oferty Eneris za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. nierynkową, uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia. Również wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie uzasadniały takiej oceny. Należy zauważyć, iż przepis art. 90 ust. 1 Ustawy nie określa, ani elementów, które powinno zawierać pytanie, ani elementów, które powinna zawierać udzielona w tym trybie odpowiedź. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Z ustawy nie wynika również prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosowanym dowodem. Ustawa nie wskazuje formy, w jakiej winny być złożone dokumenty potwierdzające wyjaśnienia, jeśli wykonawca zdecyduje się je załączyć.

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 17

Ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym ale nie w zakresie wykazania, że oferta konkretnego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, ale w zakresie wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 06.02.2014 r., sygn. akt V Ca 3600/13).

Przenosząc powyższe na stan faktyczny występujący w sprawie należy uznać, iż wyjaśnienia czyniły zadość wezwaniom Zamawiającego, których poziom szczegółowości wzrastał w kolejnych pismach kierowanych na podstawie art. 90 Ustawy. Jednocześnie, wskazane w decyzji o odrzuceniu oferty Eneris braki w danych, jakich oczekiwać miał Zamawiający, nie były wprost wyrażone w wezwaniach, a tym samym decyzja o odrzuceniu oferty mogła zaskakiwać wykonawcę, który nie miał możliwości na etapie składanych wyjaśnień wykazania rzetelności kalkulacji w stopniu satysfakcjonującym Zamawiającego. Izba w całości podziela ocenę wyjaśnień zawartą w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, w której wskazywał, iż szczegółowa kalkulacja prezentowała *przewidywane przychody wykonawcy z tytułu świadczenia usługi w Gostyninie i obrotu surowcami wtórnymi oraz konkretne koszty ponoszone na kontenery i pojemniki, wywóz, transport i przesypownię, sortowanie i utylizację, a także koszty administracyjne. Kalkulacja uwzględnia amortyzację i zysk. Co istotnie nie odbiega znacząco od cen wynikających z poprzednio zawartych umów z innymi wykonawcami na przedmiot zamówienia prawie tożsame z zamówieniami z lat ubiegłych. W kontekście tego raczej ceny pozostałych wykonawców wydają się być „rażąco wysokie”, np. jeden z Wykonawców złożył ofertę wyższą o ponad 70.000 zł miesięcznie –*

począwszy od stycznia 2016 r. – w stosunku do ceny, jaką uzyskiwał za usługi wykonywane jeszcze w grudniu 2015 r.

Całokształt omówionych powyżej okoliczności skłaniał do postawienia tezy, iż oferta Eneris prezentowała poziom cen za usługi realizowanej na obszarze o danej charakterystyce zabudowy i liczbie mieszkańców w ostatnim czasie, której rzetelności nie podważała sama okoliczność, iż inny wykonawca oczekiwał wyższego wynagrodzenia. Opieranie się wyłącznie na porównaniu z dwoma znacząco droższymi ofertami mogło prowadzić do wypaczenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej dla Zamawiającego. Szczególnie widoczne jest to na tle przeprowadzonych negocjacji poprzedzających udzielenie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy, za ustalone wynagrodzenie znacząco niższe od ceny ofertowej. Składanie przeszacowanych ofert może wymuszać na Zamawiającym konieczność wydatkowania większych niż rzeczywiście uzasadnione ekonomicznie środków na sfinansowanie zamówienia. Takie praktyki nie mogą w ocenie Izby prowadzić do odrzucania ofert korzystnych ekonomicznie, co do których brak jest przekonujących argumentów i dowodów, że uniemożliwiają prawidłowe wykonanie zamówienia.

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 18

2. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Ustawy przez błędne przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i przyjęcie, że kwotą, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwota inna niż kwota podana przed otwarciem ofert (sygn. akt KIO 46/16).

Art. 93.1 pkt 4 – 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. Zgodnie z art. 86 ust. 3 Ustawy, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 6.560.000,00 zł., tj. odpowiadającą szacunkowej wartości zamówienia wyrażonej w kwocie netto 6.074.074,07 zł. (pkt 2 i 8 protokołu ZP.271.09.2015). Kwota ta znacząco przekraczała środki finansowe wynikające z adnotacji Skarbnika na wniosku o wszczęciu postępowania, który zastrzegł, iż na rok 2016 r. zabezpieczone zostaną środki w wysokości 2.100.000,00 zł. Uwzględniając charakter wynagrodzenia – ryczałt miesięczny, oraz okres w jakim usługa miała być realizowana, tj. 24 miesiące, należy przyjąć, iż łącznie kwota środków na okres dwóch lat powinna wynieść co najmniej 4.200.000,00 zł. Nie znalazło to jednak odzwierciedlenia w informacji przekazanej wykonawcom na otwarciu ofert. Zamawiający doprowadziło do sytuacji patowej, gdyż proceduralnie związany był informacją o środkach, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podaną w protokole oraz przy otwarciu ofert, która nie miała pokrycia w budżecie przyjętym na rok 2016, i zakładając ten sam poziom środków również na rok 2017 r. Z drugiej strony, będąc zobowiązany do przestrzegania dyscypliny budżetowej, nie mógł zaciągnąć zobowiązania przekraczającego kwotę środków, jakie faktycznie mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż postępowanie mogło być na tej podstawie unieważnione. Przesłanki unieważnienia postępowania należy wyklądać w sposób ścisły, tak aby nie dochodziło do naruszenia zasad przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana redakcyjna przepisu, w którym zastąpiono wcześniejsze wskazanie na *kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*, wskazuje na cel, jakim miało być zapewnienie transparentności czynności Zamawiającego, który zobowiązany jest podać przy otwarciu ofert kwotę, której przekroczenie może prowadzić do unieważnienia postępowania. W niniejszej sprawie, w oparciu o ustawę budżetową przyjętą na rok 2016 r., nie było możliwe

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 19

ustalenie wiążącej dla Zamawiającego kwoty środków zabezpieczonej na całość zamówienia, które ma być realizowane w okresie 24 miesięcy. tym samym, nawet

przyjmując, że w roku 2016, środki mogłyby okazać się niedostateczne, to nie oznaczało to, iż w całym okresie świadczenia usługi, kwota środków zamierzonych do wydatkowania nie byłaby wyższa niż 4.200.000,00 zł brutto.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględniła oba odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz § 6 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Odwołujących stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocników Odwołujących i obciążyla nimi odpowiednio uczestnika postępowania, który przystąpił po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 44/16 oraz Zamawiającego w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 46/16.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 44/16, KIO 46/16 20