Sygn. akt: KIO 2553/15

WYROK
z dnia 3 grudnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2015 roku przez wykonawcę LIMBA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę LIMBA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LIMBA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od wykonawcy LIMBA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 2553/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Budowa instalacji do stabilizacji tlenowej dla odpadów ulegających biodegradacji w PGO w Suwałkach Sp. z o.o. z dostawą i montażem urządzeń na wyposażenie instalacji i przebudowę istniejącej linii sortowniczej.* Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w 13 października 2015 roku pod numerem 149611.

23 listopada 2015 roku Odwołujący działając w trybie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1, ust. 2 pkt 4, ust. 3-5 i art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1996 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez przyjęcie, że oferta złożona w Postępowaniu przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2) art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 a także art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915), przez błędne przyjęcie, że kwota dla zadania nr 2 - Przebudowa istniejącej linii sortowniczej, zwanego dalej Zadaniem 2, stanowi cenę w Postępowaniu a także stanowi cenę w rozumieniu ustawy, jak również przez przyjęcie, że cena oferty

Odwołującego jest rażąco niska, w związku z wartością zaproponowaną dla Zadania 2, jak również przez pominięcie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego przy piśmie z dnia 12 listopada 2015 r., względnie przypisanie im charakteru ogólnikowych i niejasnych;

3) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców ubiegających się o zamówienie w postępowaniu.

2

Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności: badania i oceny ofert w postępowaniu, odrzucenia oferty Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności obejmujących badanie
i ocenę ofert złożonych w postępowaniu, wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przyjętymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert.
Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w odwołaniu na okoliczności tam wskazane. Wskazał, że przywołane dokumenty są w posiadaniu Zamawiającego i wchodzą w skład protokołu z postępowania lub stanowią załączniki do tego protokołu w rozumieniu art. 96 ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Stan faktyczny:
W dniu 13 października 2015 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiot obejmuje *„Budowę instalacji do stabilizacji tlenowej dla odpadów ulegających biodegradacji w P60 w Suwałkach Sp. z o.o. z dostawą i montażem urządzeń na wyposażenie instalacji i przebudowę istniejącej linii sortowniczej". Znak postępowania DT-12/2015.* Ogłoszenie ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 149611-2015. Postępowanie stanowi powtórzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego, po tym, jak unieważnił w dniu 8 października 2015 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla tożsamego przedmiotu, które prowadził pod sygn. DT - 11/2015. Odrzucając w tym postępowaniu ofertę złożoną przez Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy GRAJAN J. G. z ceną 2 810 550 złotych, jako sprzeczną z SIWZ Zamawiający wskazał, że podstawą unieważnienia postępowania jest art. 93 ust. 2 pkt 2 ustawy - tj. cena najkorzystniejszej oferty przekraczała kwotę, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
Dowód: Protokół z postępowania prowadzonego pod sygn. DT 11/2015, Pismo Zamawiającego z dnia 8.10.2015 r. – Zawiadomienie - w aktach postępowania „Budowa instalacji do stabilizacji tlenowej dla odpadów ulegających biodegradacji w PGO w Suwałkach Sp. z o.o. z dostawą i montażem urządzeń na wyposażenie instalacji i przebudowę istniejącej linii sortowniczej". Znak postępowania DT- 11/2015.

3

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert w Postępowaniu upłynął w dniu 9 listopada 2015 r. W powyższym terminie oferty złożyło 6 wykonawców, w tym Odwołujący. Pismem z dnia 10 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wskazując, iż ofertę taką złożyła spółka GRAJAN sp. z o.o. z siedzibą w Morgoninie. Jak wynika z treści pisma,Zamawiający dokonując oceny oparł się na cenie brutto każdej z ofert oraz okresie rękojmi wskazanym przez wykonawców dla zadana 1 i 2.
Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 10.11.2015 r. - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w aktach postępowania.
Po zapoznaniu się z przesłanym Zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż podjęte przez niego czynność wyboru jest obarczona wadą, z uwagi na fakt, iż odstąpił od zastosowania przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, tj. nie dokonał oceny odrębnie dla wartości zadeklarowanych przez wykonawców dla każdego z zadań, które wyodrębnił w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

W tym samym dniu (10.11.2015 r.) Odwołujący unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty powołując się, iż przy ocenie posłużył jedynie wartościami podanymi przez Wykonawców dla Zadania 1, co jednak nie znajdowało uzasadnienia w treści wcześniejszego pisma Zamawiającego.
Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 10.11.2015 r. - Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w aktach postępowania.
W dniu 10 listopada 2015 r. Zamawiający, w godzinach popołudniowych, pismem o sygn. DT-920/2015, przesłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej, wystąpił do Odwołującego z żądaniem przedstawienia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dla Zadania 2. Dalej wskazano, że cena podana przez Wykonawcę budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego w SIWZ, jak również jest niższa od średniej arytmetycznej cen na to zadanie wszystkich złożonych ofert.
Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 10.11.2015 r. w aktach postępowania

Pismem z dnia 12 listopada 2015 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego informację o niezgodnej z przepisami czynności podjętej z jego strony w postępowaniu a także złożył wyjaśnienia w zakresie podstaw do przyjęcia zaproponowanej wartości dla Zadania 2

w przedstawionej ofercie zastrzegając ich treść, jako tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.
Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 12.11.2015 r. w aktach postępowania

Pismem z dnia 17 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GRAJAN sp. z o.o. Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał regulację art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustaw z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DZ. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm. oraz art. 90 ust. 3 PZP.

Odwołujący wskazał, odnosząc się do stanu faktycznego sprawy w kontekście zarzutów sformułowanych przez Zamawiającego względem oferty Odwołującego na następujące okoliczności stanu faktycznego, które mieć będą znaczenie w sprawie:
1. W myśl postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, przedmiot zamówienia w Postępowaniu obejmuje:
1) Zadanie 1 - Budowę kompostowni odpadów biodegradowalnych, oraz
2) Zadanie 2 - Przebudowę istniejącej linii sortowniczej.
Przy tym powyższy podział nie daje podstawy do przyjęcia, iż mamy do czynienia z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiot ma charakter świadczenia podzielnego, czy też, aby możliwe było zaoferowanie przez wykonawcę wykonanie jedynie jednego z zadań - podział na części - dla uzyskania zamówienia. Co więcej, uwzględniając specyfikę umowy o roboty budowlane przedmiot należy rozumieć, jako niepodzielny (wskazała wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2013 r. sygn. akt. V CSK 260/2012). Na sesji otwarcia Zamawiający podał do wiadomości kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację inwestycji bez podziału na zadania 1 i 2.
2.Za tak określony przedmiot Zamawiający oczekiwał od wykonawców określenia ceny, która mieć będzie charakter ryczałtowy, co wynika tak z postanowień SIWZ jak i też rozwiązań przyjętych we wzorze umowy opracowanym przez Zamawiającego i jaka zostanie zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą wyłonionym w toku Postępowania. Z istoty ceny ryczałtowej zaś wynika, że kwota taka należna będzie wykonawcy, po wykonaniu całego przedmiotu określonego w postanowieniach SIWZ i nie jest możliwa jej korekta przez strony w sytuacji, kiedy całe świadczenie pozostaje spełnione przez wykonawcę. Cena taka nie jest także zależna od wartości poszczególnych zadań i stanowić będzie sumę ich wartości.

3. Opierając się na powyższym, przyjęty przez Zamawiającego podział na Zadanie 1 i 2, jakkolwiek mógł być podyktowany względami organizacyjnymi oraz - jak wynika z SIWZ

Zamawiający oczekiwał wcześniejszego wykonania Zadania 1 - tak powyższa okoliczność pozostaje bez większego znaczenia dla przedmiotu umowy, czy też kwoty wynagrodzenia zastrzeżonego na rzecz wykonawcy. Powyższe mieć będzie wyłącznie znaczenia dla bieżących rozliczeń prowadzonych pomiędzy stronami przyszłej umowy w trakcie wykonywania przedmiotu, i takie rozwiązanie ma swoje uzasadnienie w kontekście art. 654 KC. Na gruncie powyższej regulacji w wyroku z 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/2006 (LexisNexis nr 1160133), Sąd Najwyższy podkreślił, iż: *Odbiór częściowy i zapłata części wynagrodzenia oznacza jedynie potwierdzenie przez inwestora faktu wykonania pewnej części robót w celu zapłaty części wynagrodzenia. Nie rozlicza natomiast stron z odpowiedniej części robót ze skutkiem wygaśnięcia w tej części ich zobowiązań i nie pozbawia je możliwości całościowego rozliczenia robót po oddaniu całości obiektu przez wykonawcę i przyjęciu przez inwestora. Końcowe rozliczenie robót może obejmować już odebrane i rozliczone prace, a inwestor (generalny wykonawca) oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowisko, co do już dokonanych rozliczeń częściowych.* Takie też stanowisko zostało ujęte w wyroku Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., (III CSK 366/2006): *Przyjęcie w umowie określonego w art. 654 k.c. sposobu częściowego rozliczenia robót nie powoduje zmiany zobowiązań stron tej umowy, przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest nadal oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części. Przedmiotem zobowiązania inwestora (generalnego wykonawcy) jest natomiast odebranie całego obiektu, jego całościowe rozliczenie i zapłata całego umówionego wynagrodzenia. Końcowe (po wykonaniu częściowym i etapowym) rozliczenie robót budowlanych może obejmować już odebrane i rozliczone prace, a inwestor oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowisko co do już dokonanych rozliczeń częściowych.*
O ile zatem, podział taki mógł mieć swoje znaczenie organizacyjne dla Zamawiającego, dla Wykonawcy, przy wskazanych przez Zamawiającego kryteriach oceny sugerował wprost, iż oczekuje rozwiązań, które pozwolą Zamawiającemu na zminimalizowanie ryzyk finansowych w toku prowadzonej inwestycji - przed jej ukończeniem. Przyjmując powyższe oraz mając na uwadze brak ograniczeń w SIWZ dla określenia wartości poszczególnych zadań, nie sposób się jest zgodzić ze stanowiskiem, iż oferta złożona przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czy też zawiera rażąco niską cenę.

Odniesienie do zarzutów odwołania:

Ad. 1 – w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji

Odnosząc się do zarzutu dopuszczenia się przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że kalkulując ofertę w postępowaniu wykonawca winien działać w granicach wyznaczonych przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ.
Zgodnie z SIWZ, Zamawiający wskazał sposób jej obliczenia w pkt 18 SIWZ. Przyjęte rozwiązania odnoszą się do ceny rozumianej, jako kwota globalna. Nie zawierają ograniczeń, co do sposobu kalkulowania poszczególnych elementów składowych ceny, tj. dla poszczególnych zadań. Jedyną zatem granicą dla ich sumy była kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a co do której można było powziąć wiadomość na podstawie wyników postępowania poprzedzającego postępowanie. Brak zaś ograniczenia dla wartości poszczególnych zadań wskazywał wprost, iż możliwe jest przedstawienie rozwiązań, w wyniku których w toku realizacji inwestycji ryzyko po stronie Zamawiającego zostanie maksymalnie zminimalizowane. W innym wypadku przyjęcie podziału na zdania w kontekście przyjętych kryteriów i sposobu oceny odrębnie poszczególnych wartości zadania 1 i zadania 2, nie miałoby żadnego racjonalnego uzasadnienia. Skoro bowiem Zamawiający był zainteresowany ceną łączną, jako podstawową wartością, przyjęty sposób oceny wprost temu zaprzeczał. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż przyjęty sposób obliczenia ceny dla zamówienia nie mógł być „automatycznie" przeniesiony dla poszczególnych zadań bowiem Zamawiający nie określił zasad, którymi należy się kierować przy wycenie poszczególnych zadań.
Z chwilą upływu terminu na zaskarżenie postanowień SIWZ zarówno Zamawiający, jak Wykonawcy byli związani jej postanowieniami i tylko one mogą stanowić podstawę dla przyjęcia określonego toku postępowania przez wykonawców jak i też Zamawiającego. Mając na uwadze, że w żadnym postanowieniu SIWZ Zamawiający nie wymagał wyceny

poszczególnych zadań, tak by zawierały one realne ceny, odpowiadające rzeczywistym kosztom danego elementu oferty, formułowanie takiego wymogu Odwołującemu dopiero na etapie badania i oceny ofert, stanowi postawienie nowego, dodatkowego wymagania w stosunku do postanowień SIWZ. Takie zaś stanowisko Zamawiającego nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia.
Odwołujący kalkulując cenę oraz określając wartość poszczególnych zadań korzystał z posiadanej wiedzy, uwzględniał posiadane informacje na temat rzeczywistego charakteru i przedmiotu zamówienia, jak i też mając zapewnione określone warunki w ramach współpracy z kooperantami dążył do przedstawienia adekwatnych warunków w ramach postępowania atrakcyjnych dla Zamawiającego i którym dał wyraz przez określoną konstrukcję kryteriów oceny ofert.

Takiemu działaniu nie sposób jednak przypisać znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Przyjmując bowiem tok rozumowania, jaki obecnie został przedstawiony przez Zamawiającego, należałoby bowiem dalej w konsekwencji przyjąć, że czynu nieuczciwej konkurencji dopuszcza się każdy wykonawca, który przedstawił ofertę i w tej ofercie zaproponował wartości, których suma - a więc kiedy ocena formułowana byłaby z poziomu wartości globalnej - prowadzi do innych wniosków niż, tak przeprowadzona ocena w ramach kryteriów przyjętych dla poszczególnych zadań.
Niezależnie też od powyższego, nie sposób się jest zgodzić ze stanowiskiem, że zaproponowana cena, czy też wartość dla zadania 2 jest oderwana od realiów rynkowych. Jakkolwiek w tym miejscu należy powyższe tylko zasygnalizować, Odwołujący zaproponował cenę, w tym wartość dla zadania 2 zgodnie z posiadanymi przez siebie warunkami, którymi dysponuje i wykazał powyższe udzielając wyjaśnień Zamawiającemu.
Z tego też względu Odwołujący nie widzi zasadności odwoływania się przez Zamawiającego do tez wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2013 r. (KIO 1240/13), gdyż przedstawiony tam stan faktyczny jest odmienny od stanu faktycznego w postępowaniu. Zamawiający pomija okoliczność, iż w stanie faktycznym przytoczonej sprawy wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy a dodatkowo określenie cena jednostkowych przez poszczególne podmioty biorące udział w tym postępowaniu nastąpiło w oderwaniu od realiów rynkowych.
Wykonawcy nie byli bowiem w stanie wykazać, że są w stanie zrealizować zamówienia przy przyjętych przez siebie stawkach zaproponowanych dla kalkulacji wynagrodzenia, zaś z okoliczności sprawy wynikało nadto, iż zaproponowany sposób kalkulacji nie miał żadnego odzwierciedlania poza próbą nieformalnego oddziaływania w kontekście przyjętych kryteriów oceny ofert.
W stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z próba uzyskania niedozwolonej przewagi konkurencyjnej, która wpisywałaby się w przypadek objęty regulacją przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, porównanie ofert złożonych w postępowaniu potwierdza, że każdy z wykonawców przyjął indywidualny model wyceny oferty, z uwzględnieniem sytuacji swojego przedsiębiorstwa. Jednak praktyka różnicowania cen ofert przez wykonawców nie zagraża ani nie narusza zarówno interesu innych wykonawców jak i też Zamawiającego. Zamawiający przyjmując bowiem określone postanowienia SIWZ godził się bowiem na to, że Wykonawcy mogą przypisać różną wartość poszczególnym zadaniom w swoich ofertach. Nie można zatem mówić, że działanie Odwołującego zagraża interesom innych wykonawców, a także interesom Zamawiającego w postępowaniu, skoro przyjmując określone kryteria - w których za najkorzystniejszą nie jest uznawana oferta najtańsza -

zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania przedstawiają najkorzystniejszy dla Zamawiającego bilans w oparciu o przyjęte kryteria - a którym Zamawiający dał wyraźny priorytet przed samą ceną oferty.
Dowód: Protokół z postępowania prowadzonego pod syng. DT11/2015, Protokół z postępowania prowadzonego pod syng. DT 12/2015
Nie sposób jest się zatem zgodzić z Zamawiającym, że działaniom podjętym przez Odwołującego można przypisać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Nie można bowiem uznać za sprzeczne z prawem kalkulowanie ceny

oferty w taki sposób, że wykonawca ma zagwarantowany zysk z tytułu realizacji całej umowy a jednocześnie zapewnia osiągnięcie zamierzonego przez Zamawiającego celu, przy ograniczeniu ryzyk spoczywających na Zamawiającym w toku procesu inwestycyjnego, proponując mu korzystne warunki dla bieżącego finansowania kosztów jej realizacji i przejmując ciężar tych kosztów w czasie na siebie lub kształtując te warunki w oparciu o warunki, jakie pozyskał od potencjalnych podwykonawców.

Ad. 2 – w zakresie rażąco niskiej ceny

Mając na uwadze regulację ujętą w art. 90. ust. 3 ustawy, podejmowanie przez Zamawiającego działań w kontekście powyższej regulacji musi mieć swoje obiektywne uzasadnienie w stanie faktycznym sprawy. Celem usunięcia wątpliwości, w dalszej części tego przepisu, ustawodawca wskazał przesłanki, kiedy takie działanie będzie miało swojej uzasadnienie, tj. w szczególności, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Jakkolwiek powyższe stanowi tylko przykład, wątpliwości te winny być uzasadnione w stanie faktycznym danej sprawy oraz mieć obiektywny charakter. Celem właściwej wykładni tego przepisu, a dalej identyfikacji przypadków, kiedy winien znaleźć zastosowanie w pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę, iż w jego treści odwołano się do relacji, jaka zachodzi pomiędzy ceną oferty a przedmiotem zamówienia. Dopiero właściwa identyfikacja tych pojęć i ich znaczenia w odniesieniu do stanu faktycznego sprawy, daje podstawę do właściwej oceny na dalszym etapie zachodzących między nimi relacji - w kontekście ekonomicznym.

Pojęcie ceny zostało wprost zdefiniowane w treści ustawy w art. 2 ust. 1 pkt 1 i w tym zakresie mamy do czynienia z definicją legalną. W myśl tego przepisu przez cenę należy rozumieć - cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Uwzględniając dalsze odwołanie w tym przepisie, przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych,

---

którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Co istotne, w kontekście regulacji ujętej w art. 90 ust. 1 ustawy, cenę należy odnieść do przedmiotu zamówienia. Ten zaś należy interpretować z perspektywy postanowień ustawy ujętych w szczególności w art. 2 ust. 1 pkt 13, art. 29 - 31 a także art. 36 ust. 1 pkt 3). W tym ostatnim ustawodawca przyjął, iż obowiązek jego opisania spoczywa na Zamawiającym i opis ten ujęty jest w SIWZ, która jest dokumentem rozstrzygającym dla jego określenia.

Uwzględniając powyższe oraz przenosząc na grunt regulacji art. 90 ust. 1 ustawy wskazać należy, że procedura obejmująca wystąpienie do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów może mieć miejsce i zostać zastosowana tylko w sytuacji, gdy wątpliwości odnoszą się do ceny w kontekście przedmiotu zamówienia. Tyko w takich przypadkach powyższe znajdzie zastosowanie i mieć będzie swoje uzasadnienie z perspektywy podstaw przyjęcia do systemu prawnego instytucji rażąco niskiej ceny oraz jej konsekwencji. Powyższa procedura nie może mieć miejsca w sytuacji, kiedy wątpliwość odnosi się do wybranych elementów składowych ceny. Te bowiem nie będą mieć żadnego znaczenia, zwłaszcza w sytuacji, kiedy cena ma charakter ryczałtowy. W istocie bowiem elementy, które przyjął Wykonawca do jej konstrukcji rozpatrywane w oderwaniu od samej ceny nie mają większego znaczenia. W konsekwencji rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 ustawy, formułowanie względem Wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny względnie nieudzielenie wyjaśnień może mieć miejsce, (1) gdy wątpliwości budzi cena oferty Wykonawcy, zaś na dalszym etapie, (2) gdy wykonawca nie wyjaśnił w sposób racjonalny przyjętych przez siebie założeń i nie przedstawił dowodów potwierdzających poczynione założenia, pozwalające mu, z uwzględnieniem jego warunków, na zaoferowanie określonej ceny.

W stanie faktycznym sprawy formułowanie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, względnie nieudzielenie racjonalnych wyjaśnień pozwalających na przyjęcie w ofercie wartości dla Zadania 2 na wskazanym w ofercie poziomie, jest obarczone błędem. Podkreślić bowiem należy, że w stanie faktycznym sprawy:

przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowe wykonanie zarówno budowę −

kompostowni odpadów biodegradowalnych jak i też przebudowę istniejącej linii sortowniczej i tak określony przedmiot powinien być rozpatrywany łącznie, nie zaś każdy z elementów z osobna. Podział na zadania przyjęty przez Zamawiającego i

wyróżnienie Zadania 1 - Budowa kompostowni odpadów biodegradowalnych oraz Zadania 2 - Przebudowa istniejącej linii sortowniczej ma nie ma znaczenia w sprawie. O powyższym decyduje wprost opis ujęty w SIWZ: a) w rozdziale 2 - Opis przedmiotu zamówienia, b) rozdziale 3 - Oferty częściowe - gdzie Zamawiający wyłączył możliwość składania ofert częściowych, c) wzorze umowy-załącznik 8 do SIWZ, d) dokumentacji projektowej,
ceną oferty, jest łączna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, tak jak stanowią − o tym postanowienia ujęte w rozdziale 18 SIWZ a dalej mające rozwinięcie we wzorze formularza oferty, który stanowił załącznik 1 do SIWZ w postępowaniu oraz postanowienia wzoru umowy, ujęte w załączniku 8. Ceną w rozumieniu ustawy będzie zaś wartość odrębnie oceniana dla zadania 1 i dla zadania 2.
Dowód: SIWZ w aktach postępowania

W tym stanie rzeczy formułowanie przez Zamawiającego poglądów o rażąco niskiej cenie w ofercie Wykonawcy tylko w oparciu o składową ceny, nie znajduje odzwierciedlenia w regulacji art. 90 ustawy a także wbrew twierdzeniom Zamawiającego, także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Z daleko posuniętej ostrożności podniósł Odwołujący, że nie zachodzą jakiekolwiek przesłanki pozwalające w ogóle powziąć wątpliwość, iż cena zaoferowana przez Odwołującego może stanowić cenę rażąco niską. Jak wynika bowiem z informacji przekazanych przez Zamawiającego przy otwarciu ofert, cena zaproponowana przez Wykonawcę stanowi blisko 93 % kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizacje zamówienia oraz przeszło 97% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert Postępowaniu.
Dowód: Oferta Wykonawcy, Protokół z postępowania w aktach postępowania

Nie sposób się też zgodzić, że Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu wyjaśnień, które pozwoliły na zaoferowanie przyjętej wartości dla zadania 2 lub też, aby przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia były ogólnikowe i niekonkretne. W tym miejscu podnieść należy, że przy piśmie z dnia 12 listopada 2015 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia a także poparł je dowodami.
Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 12 listopada 2015 r. w aktach postępowania

Odwołujący wskazał, że z uwagi na powyższe wyjaśnienia jak i też ich treść, brak jest podstaw do odwoływania się do tez wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21 maja

2008 r. (X GA 127/08). Abstrahując od stanu prawnego, w jakim zapadł powyższy wyrok, wskazać należy, że podmiot, względem którego formułowany był taki zarzut, poprzestał na ogólnikowych twierdzeniach w zakresie pomocy publicznej, z jakiej miał korzystać, nie wykazując przy tym jej skali jak i też znaczenia dla realizacji zamówienia, o jakie się ubiegał. Przez to też w żaden sposób nie można było zidentyfikować oraz określić znaczenia tego czynnika dla ceny zaproponowanej w ofercie tego Wykonawcy. Taki też tok rozumowania przyjęty przez wykonawcę, względem którego został sformułowany ten zarzut, przesądził o wyniku sprawy.
W swoim stanowisku Zamawiający nie dostrzega jednak, że Odwołujący nie tylko powołał się na szczególne okoliczności dla przyjętej przez siebie wartości zadania 2, ale także poparł swojej stanowisko stosownymi dowodami.
Uwzględniając fakt iż złożone przez Odwołującego w postępowaniu wyjaśnienia zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego jak i też fakt, że Odwołujący nie posiada podstaw do przyjęcia, aby powyższe dokumenty zostały ujawnione i były znane innym podmiotom niż Zamawiającemu, podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie. Formułowaną w tym zakresie dalszą argumentację Odwołujący przedstawił w załączeniu do Odwołania. Jednocześnie wskazuję, że powyższe stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwołującego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i nie wyraził zgody na jej ujawnienie także w toku postępowania odwoławczego.

Ad. 3 – w zakresie naruszenia uczciwej konkurencji

Naruszenia, o których mowa powyżej potwierdzają także, iż w postępowaniu została naruszona naczelna zasada ustawy, w myśl której Zamawiający winien przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak wynika z Protokołu postępowania, Zamawiający nie występował do żadnego z pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu z wnioskiem o wyjaśnienie ceny, czy też składników ceny poprzestając, tylko na podjęciu takich działań względem Odwołującego. Tymczasem przyjmując istnienie ograniczeń w kształtowaniu wartości zadania 2, Zamawiający winien żądać złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów także w stosunku do pozostałych wykonawców. Brak takiego działania ze strony Zamawiającego potwierdza, że powyższa okoliczność nie ma znaczenia w sprawie i przyjęty sposób postępowania znalazł zastosowanie tylko względem Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 listopada 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego LIMBA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

- dowód nr 1 (29 kart) dokumenty z unieważnionego postępowania o udzielenie zamówienia,
- dowód nr 2 (2 karty) oferty (dokument z 3 listopada 2015 rokuLUXOR - Maszyny do odpadów z Lublina oraz dokument z 5 listopada 2015 roku Technika Środowiskowa Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze) realizacji przedmiotu zamówienia dla zadania 2,
- dowód nr 3 (1 karta) opracowanie własne Odwołującego (1 karta),
- dowód nr 4 (1 karta) opracowanie własne Odwołującego zawierające symulację wyliczeń,
- dowód nr 5 (2 karty) pismo Kompost sp. z o.o. z 16 listopada 2015 roku (jawne).

Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2015 roku pismo z dnia 27 listopada 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie* wnosząc o oddalenie odwołania oraz obciążenie odwołującego kosztami postępoania, w tym kosztami

zastępstwa prawnego.

Odwołujący złożył na posiedzeniu pismo z dnia 1 grudnia 2015 roku *Pismo procesowe Odwołującego* wnosząc zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*
Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:
Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 90 ustawy czytamy:
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.
Art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy *Ilekroć w ustawie jest mowa o: cenie – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U.. poz. 915)*

Zgodnie z ustawą z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014r. poz. 915): art. 3 ust.1 pkt 1 - *Użyte w ustawie określenia oznaczają: cena – wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę* oraz art. 1 ust. 2 - *W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.*

W art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy czytamy: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*
W ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.) w art. 3 ust. 1 - *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy

– Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez

Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*
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.*

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2015 roku wezwał Odwołującego do złożenia *wyjaśnień oraz złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dla Zadania 2 – Przebudowa istniejącej linii sortowniczej. W opinii Zamawiającego oferta wykonawcy w wysokości 1,23 zł na wykonanie Zadania 2 budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego w SIWZ, jak również jest niższa o ponad 30% od* średniej *arytmetycznej cen na to zadanie wszystkich złożonych ofert (…).*

Odwołujący pismem z 11 listopada 2015 roku złożył do Zamawiającego wyjaśnienia, pismo wraz z załącznikiem, dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zaznaczyć również należy, że zgodnie z rozdziałem 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) – Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:
Realizacja przedmiotu zamówienia będzie przebiegała z podziałem na zamówienia:
Zadanie 1- Budowa kompostowni odpadów biodegradowalnych

(…)
Zadanie nr 2 – Przebudowa istniejącej linii sortowniczej
(…)
W przypadku obu zadań Zamawiający w SWIZ zawarł opis oraz w dalszej części wskazał między innymi, że wykonawca zobowiązany jest zrealizować oba zadania a szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera: dokumentacja projektowa, szczegółowe specyfikacje techniczne. Wskazał również, że zakres rzeczowy i jakościowy przedmiotu zamówienia określa odpowiednio SWIZ i dokumentacja projektowa wymieniona w załącznikach nr 14A, 14B, 14C do SWIZ obejmująca rysunki i część opisową określającą standardy użytych materiałów.

Zgodnie z rozdziałem 6 SWIZ – Termin realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:
Wymagany termin wykonania zamówienia:

Zadanie nr I – Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia do dnia 31.05.2016r.
Zadanie nr II - Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia w ciągu trzech miesięcy od zawarcia umowy.

W rozdziale 18 SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał między innymi:
2.Wykonawca określi cenę oferty netto z określeniem stawki VAT oraz cenę brutto łącznie z podatkiem. Cenę należy podać w złotych polskich w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
3. Podana cena oferty będzie stanowiła wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy.

Rozdział 19 SWIZ – Opis kryterium jakim Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz sposób obliczenia ceny Zamawiający podał:
Kryterium oceny oferty:
Zadanie 1 – cena (C) 95%, okres gwarancji (G) 5%,
Przy obliczeniu liczby punktów w kryterium okres gwarancji i rękojmi (G) Zamawiający zastosuje następujące wyliczenie:
- okres gwarancji i rękojmi 36 miesięcy od odbioru robót – 0 pkt;
- okres gwarancji i rękojmi 48 miesięcy od odbioru robót – 2 pkt;
- okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy od odbioru robót – 5 pkt;

Ocena oferty dla zadania oznaczona literą W1 stanowi sumę uzyskanych punktów w poszczególnych kryteriach jej oceny.
W1=C+G

Zadanie 2 – cena (C) 95%, okres gwarancji (G) 5%.
Ocena oferty dla zadania oznaczona literą W1 stanowi sumę uzyskanych punktów w poszczególnych kryteriach jej oceny.
Przy obliczeniu liczby punktów w kryterium okres gwarancji i rękojmi (G) Zamawiający zastosuje następujące wyliczenie:
- okres gwarancji i rękojmi 36 miesięcy od odbioru robót – 0 pkt;
- okres gwarancji i rękojmi 48 miesięcy od odbioru robót – 2 pkt;
- okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy od odbioru robót – 5 pkt;
Ocena oferty dla zadania oznaczona literą W2 stanowi sumę uzyskanych punktów w poszczególnych kryteriach jej oceny.
W2=C+G

Ocena oferty- suma punktów z Zadania I i II:
O= W1 + W2
Za najkorzystniejszą uważać się będzie ofertę, która uzyska najwyższą ilość punktów.
Wszystkie obliczenia będą dokonywane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
Ocena w zakresie tego kryterium zostanie dokonana na podstawie wypełnionego „Formularza oferty" i złożonej w nim deklaracji Wykonawcy.

W załączniku nr 1 do SWIZ – Formularz ofertowy Zamawiający wymagał podania:
1. Łączna cena ofertowa brutto ……. w tym:
Lp. Opis Wartość brutto
1 Zadanie 1 – Budowa instalacji do stabilizacji tlenowej dla odpadów ulegających biodegradacji
2 Zadanie 2 – Przebudowa istniejącej linii sortowniczej
3 ***Ogółem 1 + 2***

(…)
4.Udzielam …….miesięcy gwarancji i rękojmi na wykonane roboty i urządzenia składające się na przedmiot zamówienia (co najmniej 36 miesięcy)

W załączniku nr 1A do SWIZ – Formularz cenowy Zamawiający wymagał podania wartości

netto w wyszczególnionych tam pozycjach z podziałem na Zadania 1 i 2, w wierszach tabeli opatrzonych numerami (pozycjami) od 1 do 6 (w tym dla Zadania nr 1 wiersz z numerem 1 – Instalacja stabilizacji tlenowej – roboty budowlane określono dodatkowo podpozycje od 1.1 do 1.9; wiersz z numerem 2 – instalacja kanalizacji technologicznej; wiersz z numerem 3 – instalacja wodociągowa; wiersz z numerem 4 – instalacja stabilizacji tlenowej – technologia określono dodatkowo podpozycje od 4.1 do 4.4; wiersz z numerem 5 – linie i instalacje elektryczne i teletechniczne w tym instalacja CCTV; dla Zadania nr 2 Przebudowa istniejącej linii sortowniczej wiersz z numerem 6 – Przebudowa linii technologicznej). Natomiast w wierszu z numerem (pozycją) 7 tej tabeli Zamawiający wymagała podania – *suma pozycji 1, 2, 3, 4, 5, 6;* w wierszu z numerem (pozycją) 8 tabeli wymagał podania *podatek VAT 23% od sumy z poz.7;* a w wierszu z numerem (pozycją) 9 wymagał: *Ogółem brutto – suma poz. 7 i 8.*

Zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWIZ – Umowa (projekt), § 5:

1. Za wykonanie przedmiotu Umowy, określonego w § 1 strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości:

Zadanie 1

Cena netto…….zł
Plus należny podatek VAT ……..zł
Wartość brutto oferty ……...zł
Słowenie złotych……..

Zadanie 2

Cena netto…….zł
Plus należny podatek VAT ……..zł
Wartość brutto oferty ……...zł
Słowenie złotych……..
(…)

4. Zapłata wynagrodzenia za przedmiot umowy nastąpi na podstawie faktur częściowych do 90 % zaawansowania robót. Pozostała część kwoty ryczałtowej zostanie opłacona na podstawie faktury końcowej wystawionej po odbiorze końcowym robót i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie.

Zgodne z Protokołem ZP – PN w postępowaniu zostało złożonych sześć ofert:

1. ZPUH GRAJAN J. G.:
   Zadanie nr 1 - 3 402 180,00 zł brutto,
   Zadanie nr 2 – 142 680,00 zł brutto
   okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy
2. LIMBA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:
   Zadanie nr 1 – 3 989 998,78 zł brutto,
   Zadanie nr 2 – 1,23 zł brutto
   okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy
3. AK NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu
   Zadanie nr 1 – 4 009 800,00 zł brutto,
   Zadanie nr 2 – 173 563,11 zł brutto
   okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy
4. Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy
   Zadanie nr 1 - 3 905 611,62 zł brutto,
   Zadanie nr 2 – 139 179,42 zł brutto
   okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy
5. Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku
   Zadanie nr 1 – 4 253 340,00 zł brutto,
   Zadanie nr 2 – 174 660,00 zł brutto
   okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy
6. AWBUD S.A. z siedzibą Fugasówka
   Zadanie nr 1 – 4 388 763,49 zł brutto,
   Zadanie nr 2 – 225 756,40 zł brutto
   okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy

Izba na wstępie wskazuje, że zasadniczy problem będący podstawą orzeczenia w tej sprawie stanowi o dopuszczalności dokonania badania i oceny oferty w zakresie zaoferowanej ceny w jednym Zadaniu (tu w Zadaniu nr 2). W orzecznictwie Izby jak również sądów powszechnych przyjmuje się, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia, jednakże należy uznać za prawidłowe również stanowisko, że w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych elementów – cen składowych stanowiących składniki ceny ofertowej jeżeli jest to

uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, sposobem ukształtowanych wymagań i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy (porównaj: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 7/13; wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 53/15). Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w każdym przypadku, niezależnie od uwarunkowań konkretnego postępowania, wymagane jest wzywanie do wyjaśnienia ceny całej oferty. Wręcz przeciwnie, zamawiający powinni wyjaśniać te elementy oferty, które wydają się im rażąco niskie i budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.
W rozpoznawanej sprawie wbrew twierdzeniom Odwołującego postanowienia SWIZ w zakresie sposobu obliczenia ceny odnosiły się do sposobu obliczenia tzn. wskazywały w jaki sposób wykonawca ma obliczyć cenę oferty, co jednocześnie nie przesądza o tym, że wyartykułowany przez Zamawiającego sposób obliczenia nie ma zastosowania do dokonanego wyliczenia dla poszczególnych zadań. Wynika to z treści formularza oferty gdzie Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał podania łącznej ceny ofertowej brutto z rozbiciem na cenę brutto dla każdego z dwóch zadań stanowiących przedmiot zamówienia. Również w formularzu cenowym Zamawiający wymagał podania wartości netto dla poszczególnych pozycji wchodzących w skład poszczególnych zadań. W ocenie Izby wywodzenie w odwołaniu jak również na rozprawie przez Odwołującego, że postanowienia SWIZ odnosiły się do ceny ofertowej jako całości (czyli łączenie) i dlatego tylko cena łączna może podlegać ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny są z gruntu chybione. Izba wskazuje, że cena łączna w tym postępowaniu stanowiła sumę dwóch składników, w cenie łącznej zawierały się ceny realizacji dwóch zadań tj. zadania nr 1 i zadania nr 2. Sposób obliczenia ceny (czy to łącznej, czy też składowej) z punktu widzenia obowiązujących przepisów, wartość netto, VAT i brutto jest taki sam. Zawarty w SWIZ formularz cenowy wprost wskazuje, że wykonawcy obowiązani byli podać wartości netto dla poszczególnych pozycji, w tym dla zadania nr 2. Jednocześnie w projekcie umowy Zamawiający również zaznaczył odrębne wynagrodzenie dla każdego z zadań oraz odrębne sposób wynagradzania dla każdego z zadań.
Nie znajduje w ocenie Izby uzasadnienia argumentacja Odwołującego, że przyjęty przez odwołującego sposób wyliczenia wynikający z dokonanego podziału na zadania przy wskazanych przez Zamawiającego kryteriach oceny sugerował wprost, że oczekuje rozwiązań Zamawiający, które pozwolą Zamawiającemu na zminimalizowanie ryzyk finansowych w toku realizacji inwestycji przed jej zakończeniem. W ocenie Izby niczego takiego nie sposób wyczytać z postanowień SWIZ, jest to jedynie interpretacja Odwołującego

poczyniona jedynie na okoliczność uzasadnienia podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Izba wskazuje, że wszyscy wykonawcy z wyłączeniem Odwołującego w sposób prawidłowy i zgodny z treścią odczytali postanowienia SIWZ. Wskazywana przez Odwołującego minimalizacja ryzyk finansowych w zasadzie stanowi swoistą „inżynierię cenową", która ma na celu sztuczne wskazanie nieadekwatnej do realiów ceny realizacji danego zadania, aby przy uwzględnieniu kryteriów oceny oferty stosowanych w postępowaniu doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej. Każde z zadań oceniane było w ramach dwóch kryteriów: ceny i okresu gwarancji i rękojmi, i zgodnie z SIWZ suma punktów uzyskanych w ramach tej oceny stanowiły podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej. W piśmie procesowym przedstawionym przez Odwołującego sam Odwołujący wyjaśniał na podstawie przykładu, hipotetycznie prowadzonych obliczeń, że najkorzystniejsza będzie oferta, która dla zadania nr 2 zaproponuje najkorzystniejsze warunki finansowe. Taki też mechanizm zastosował

w swojej ofercie oferując realizację zadania nr 2 w kwocie 1,23 zł brutto. Drugi z przykładów odnosi się do różnych zaoferowanych cen i na tej podstawie Odwołujący wywodzi, że oferta najtańsza nie jest równoznaczna z ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i warunków handlowych, przy czym najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami ponownie jest ta, która przewiduje najniższą kwotę dla zadania nr 2. W obu przypadkach jednakże pomija Odwołujący oferowane warunki gwarancji i rękojmi. Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że rozkład ciężaru finansowania – czyli w ocenie Izby manewrowaniem kwotami pomiędzy zadaniami nr 1 i 2 w sposób nieodnoszący się do ich realnej wartości – stanowił przedmiot konkurencji pomiędzy wykonawcami. Można zgodzić się z tym, że Zamawiający oczekiwał konkurencji w postępowaniu, jednakże nie można jej utożsamiać ze sztucznym manewrowaniem cenami za realizację poszczególnych zadań, sprowadzającą się do zaoferowania realizacji zadania nr 2 za 1,23 zł brutto. Nie można zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego, który wskazując na rozdział 18 SWIZ i wzory dokumentów, podniósł że Zamawiający nie wprowadził żadnych ograniczeń dla dokonywanego rozkładu ciężaru finansowego pomiędzy zadaniami, bowiem tak interpretacja Odwołującego wypacza w sposób oczywisty realność wysokości kosztów jakie miały być ponoszone przez wykonawców za realizację poszczególnych zadań, a jakich podania wymagał Zamawiający. Argument Odwołującego wskazany w odwołaniu, że Zamawiający nie wymagał wyceny poszczególnych zadań, tak by zawierały one realne ceny, odpowiadające danym kosztom danego zamówienia i tworzenie takiego wymagania na etapie oceny ofert jest spóźnione w ocenie Izby nie znajduje żadnego uzasadnienia. Obowiązkiem każdego z wykonawców składających oferty w postępowaniu jest rzeczywista i realna wycena danego zamówienia,

jego części, bądź poszczególnych pozycji. Sam sposób argumentacji Odwołującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający miał wpisać do SWIZ, że wykonawcy są obowiązani rzetelnie wycenić każde zadanie i podać jego realne koszty wykonawca, jednakże takie wnioskowaniu nie można przyznać słuszności, tym samym nie można uznać za słuszny argumentu podnoszonego przez Odwołującego. Zaznaczyć należy, że wykonawcy zobowiązani są do rzetelności w swoim działaniu i jako podmioty profesjonalne zobowiązani są do należytej staranności. Izba wskazuje odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dokumentów (dowód nr 1), że już z treści dokumentów dotyczących wskazywanego przez Odwołującego a unieważnionego postępowania w tym samym przedmiocie wykonawca GRAJAN Sp. z o.o. z siedzibą w Margoninie już w tamtym postępowaniu dokonał wyceny dla zadania nr 2 na poziomie 110,700,00 zł brutto, jednakże oferta została odrzucona z powodu niezgodności z treścią SWIZ. Odwołujący złożył również ofertę w postępowaniu, jednakże po upływie czasu na jej złożenie w związku z czym nieznana była jej treść. Izba wskazuje, że Odwołujący miał możliwość w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia, o ile miał takie wątpliwości jako profesjonalista, do złożenia pytania odnośnie sposób wyceny i tego czy Zamawiający wymaga wyceny rzetelnej i realnej dla każdego z wyszczególnionych przez siebie zadań, czy też wymaga manewrowania cenami w obrębie tych zadań w celu, jak twierdzi Odwołujący, rozkładu ciężaru finansowego. Dokumenty (kserokopie) przedstawione przez Odwołującego jako dowód nr 1 na okoliczność wykazania, że nie istnieje czyn nieuczciwej konkurencji w ofercie złożonej przez Odwołującego w ocenie Izby w żaden sposób nie potwierdzają tego. Dokumenty te, w zakresie dokumentów dotyczących przedmiotowego postępoania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią dokumentację postępoania (protokół ZP), natomiast kserokopia formularza oferty i formularza cenowego oferty GRAJAN Sp. z o.o. z siedzibą w Margoninie potwierdza jedynie dane zawarte w protokole. Natomiast dokumenty, kserokopie z dokumentacji dotyczącej postępoania unieważnionego a prowadzonego uprzednio przed obecnie prowadzonym postępowaniem w części formularza oferty i formularza cenowego oferty GRAJAN Sp. z o.o. z siedzibą w Margoninie wskazują na sposób wyceny poszczególnych zadań, odmienny od twierdzeń Odwołującego na co wskazano już powyżej; w pozostałej części kserokopii dokumentów w ocenie Izby nie sposób przypisać mocy dowodowej z uwagi na to, że nie odnoszą się one ani do oferty Odwołującego, ani nie wynikają z nich jakiekolwiek okoliczności mające znaczenie dla oceny w bieżącym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oferty Odwołującego.

Niezmiennie, jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielnie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji. *Celem te zasady jest chronienie sprawnie funkcjonującego rynku, „ma ona na celu zapobieżenie ograniczeniu swobody dostępu do rynku i przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej na rynku, sprzyjające efektywnemu wydatkowaniu* środków *publicznych. Konkurencja realnie sprzyja tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty i pobudza uczestników do wzajemnego konkurowania. Gwarantuje podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych najszerszą z możliwych swobodę działania i dokonywania wyboru". (Przemysław* Szustakiewicz *Zasady prawa zamówień publicznych* str. 135).
Zaznaczyć należy w tym miejscu, że *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). W rozpoznawanej sprawie słusznie dokonał oceny Zamawiający wskazując, że oferowana przez wykonawcę LIMBA Sp. z o.o. cena za realizację zadania nr 2 w kwocie 1,23 zł brutto znajduje się całkowicie w oderwaniu od realiów rynku a takie oszacowanie wysokości ceny ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów. Izba wskazuje, że w piśmie procesowym złożonym przez Zamawiającego przedstawił on tabelę z wyliczeniami poszczególnych ilości punktowych dla poszczególnych ofert w obu zadaniach, z czego wynika, że przy zaoferowanej kwocie 1,23 zł brutto za zadanie 2 wykonawca Odwołujący otrzymałby w sumie 186 pkt, przy czym w zadaniu nr 2 w kryterium cena – 95 pkt a wszyscy pozostali wykonawcy otrzymaliby 0 pkt w tym kryterium dla zadania nr 2. To prowadzi do zaoferowania ceny realizacji zamówienia w zadaniu nr 2 o około 11500% niższą od następnej najniższej zaoferowanej ceny w postępowaniu. W ocenie Izby działanie Odwołującego - profesjonalisty obowiązanego do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowiło działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - *czynem* nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. *Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie* ścisłym) *od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (…). Bezprawnymi w sensie szerszym są*

więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (…), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006).* Pojęcie „dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje *nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (…) oraz ustalone zwyczaje(…) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą* (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010).*
Prawidłowość oceny oferty przez Zamawiającego potwierdzają przedstawiane na rozprawie przez Odwołującego dowody (dowód nr 2) tj. oferty (dokument z 3 listopada 2015 rokuLUXOR - Maszyny do odpadów z Lublina oraz dokument z 5 listopada 2015 roku Technika Środowiskowa Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze) realizacji przedmiotu zamówienia dla zadania 2, które potwierdzają, że koszt realizacji zadania jest wielokrotnie wyższy niż podany w ofercie. Wskazane oferty obejmują koszt 21 000,00 zł netto i 19 500,00 zł netto co w sposób zasadniczy odbiega od zaoferowanej kwoty 1,00 zł netto za realizację zadania 2 przez Odwołującego. Odnosząc się do symulacji (dowód nr 4) przedstawionej przez Odwołującego Izba wskazuje, że przyjęta tam kwota za realizację zadania nr 2 jest hipotetyczna i nie wynika z żadnych obliczeń poza twierdzeniem Odwołującego, tym samym fakt, że w obliczu oceny kryteriów w postępowaniu nadal oferta Odwołującego miałaby

najkorzystniejszą ilość punktów również jest tylko hipotetyczny i zarazem niewiarygodny, bowiem kwota za realizację zadania nr 2 przyjęta w tym dokumencie na poziomie 126 000,00 zł brutto, została przyjęta przez Odwołującego na etapie postępowania odwoławczego, w sytuacji gdy zna on już wszystkie inne kwoty w poszczególnych ofertach i jest w stanie tak obliczyć kwotę, która pozwoli mu nadal uzyskiwać największą ilości punktów. Izba zaznacza, że skoro jak wskazywał na rozprawie Odwołujący – a czego nie udowodnił, nawet nie uprawdopodobnił – jest to maksymalna kwota za realizację tego zadania to nie stało na przeszkodzie nic, aby taką kwotę realną zawarł w ofercie, czego nie uczynił, a co w ocenie Izby ponownie potwierdza świadome działanie Odwołującego (potwierdza to również argumentacja z pisma procesowego Odwołującego, odnosząca się do zminimalizowania kosztów za zadanie nr 2, o czym była już mowa). Dodatkowo Izba zaznacza, że skoro 126 000,00 zł brutto za realizację zadania nr 2 stanowiło wartość

maksymalną, to niewątpliwie realizacja zadania za 1,23 zł brutto zaoferowana przez Odwołującego nie mogła być realna. Izba wskazuje, że zestawienie złożone jako dowód nr 3 przygotowane przez Odwołującego odnoszące się do zaoferowanych w postępowaniu cen przez poszczególnych wykonawców dla określonych przez zamawiającego zadań stanowi jedynie zbiorcze zestawienie i nie sposób mu przypisać jakąkolwiek moc dowodową. Zaznaczając, że Zamawiający dokonywał oceny poszczególnych zadań w zakresie określonych przez siebie kryteriów oceny ofert, czyli każda z cen w poszczególnych zadaniach, odrębnie podlegała ocenie punktowej to argumentowanie i odwoływanie się przez Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu z takimi cenami z uwagi na pozyskaną ofertę od podwykonawcy (dowód nr 5) jest co najmniej nieprofesjonalne. To wykonawca składający ofertę w postępowaniu odpowiada za jej wycenę, skalkulowanie i złożenie jej Zamawiającemu. W obliczu wymagań Zamawiającego dokonania wyceny poszczególnych zadań w żaden sposób nie sanuje działania Odwołującego powołanie się na ofertę podwykonawcy. Oferta podwykonawcy wskazuje jedynie na warunki jakie ten zaproponował wykonawcy – w zakresie zadania nr 2 to realizację za kwotę 1,00 zł netto – jednakże nie odnosi się ona ani do wymagań SWIZ ani do kryteriów ani tym bardziej nie jest ofertą dla Zamawiającego.

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwienie Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę

dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 gdzie wskazano: „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, pokreślono 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.
Izba, mając na uwadze wstępną część uzasadnienia wyroku odnoszącą się do możliwości żądania wyjaśnień nie tylko całkowitej (łącznej) ceny oferty ale jak w tym przypadku ceny za realizację konkretnego zadania, podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie procesowym jak również wskazane w piśmie z dnia 17 listopada 2015 roku Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty / wykonawcy, którego oferta została odrzucona. Charakter prowadzonego postępowania, ocena w zakresie kryteriów oceny ofert w poszczególnych zadaniach prowadzi do wniosku, ze Zamawiający nie tylko mógł ale był obowiązany w tym przypadku do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał realności realizacji zamówienia za kwotę 1,23 zł brutto w zadaniu nr 2 - przebudowa instalacji linii sortowniczej, w które to zadanie wchodzi uzupełnienie linii sortowniczej o dwa przenośników w celu możliwości wyodrębnienia frakcji biodegradowalnych zgodnie z wymaganiami dokumentacji. Wyjaśnienia Odwołującego były ogólnikowe, odnoszące się między innymi nie do zaoferowanej ceny ale innych argumentów leżących u podstaw takiego skalkulowania ceny w zakresie zadania 2, jednocześnie Odwołujący zastrzegł niejawność tych dokumentów. Odwołujący wskazując na ofertę podwykonawcy (dowód nr 5) w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny poczynionych przez niego wyjaśnień; dowód ten jedynie potwierdza, że Odwołujący uzyskał od podwykonawcy daną ofertę.

Reasumując, w ocenie Izby nie doszło do naruszeń wskazanych przez Odwołującego jak również nie zostały naruszone zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy, Zamawiający

w sposób prawidłowy, zgodnie z SWIZ oraz ustawą dokonał czynności badania oferty Odwołującego.

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. 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 ze zmianami).

Przewodniczący: ……