Sygn. akt: KIO 2531/14

WYROK
z dnia 17 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2014 r. przez KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. w Ełku, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Ekologiczny Związek Gmin Działdowszczyzna w Działdowie,

przy udziale Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. o.o. w Lidzbarku zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Ekologicznemu Związkowi Gmin Działdowszczyzna w Działdowie przeprowadzenie następujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia na odbieranie, zbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych na terenie Ekologicznego Związku Gmin Działdowszczyzna w okresie od 1.1.2015 r. do 31.12.2016 r., Część 2 – Sektor II – Miasto i Gmina Lidzbark: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. o.o. w Lidzbarku jako najkorzystniejszej, (2) odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. o.o. w Lidzbarku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. Kosztami postępowania obciąża Ekologiczny Związek Gmin Działdowszczyzna w Działdowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. w Ełku tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Ekologicznego Związku Gmin Działdowszczyzna w Działdowie na rzecz KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. w Ełku, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Płocku.

Sygn. akt: KIO 2531/14

UZASADNIENIE

Zamawiający, Ekologiczny Związek Gmin Działdowszczyzna w Działdowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie, zbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych na terenie Ekologicznego Związku Gmin Działdowszczyzna w okresie od 1.1.2015 r. do 31.12.2016 r..

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 20 września 2014 r. w Dz.

Urz. UE Nr 2014/S 181-319556

W dniu 21 listopada 2014 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach w poszczególnych częściach zamówienia, w tym o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. o.o. w Lidzbarku (zwanej dalej „PGK") jako najkorzystniejszej w część 2 zamówienia (Sektor II – Miasto i Gmina Lidzbark).

W dniu 1 grudnia 2014 r. KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. w Ełku wniosła odwołanie względem czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PGK, pomimo iż:
   - oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę
   - Wykonawca podlegał wykluczeniu z tytułu niespełnienia warunków udział w postępowaniu.
2. zaniechaniu wykluczenia PGK pomimo niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, tj.

---

a) w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez niewykazanie na dzień składania ofert, iż dysponuje odpowiednim sprzętem (pojazdami) w ilości niezbędnej do wykonania usługi określonej w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca na potwierdzenie spełniania tego warunku, po wezwaniu Zamawiającego z dnia 4.11.2014 r. złożył załącznik nr 5 oraz nr 9 z datą 10.11.2Q14 r., nie potwierdzającym tym samym, iż spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert 28.10.2014.

b) w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez niewykazanie na dzień składania ofert (28.10.2014 r.), iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę niemniejszą niż 120.000 zł. Wykonawca na potwierdzenie spełniania tego warunku przedstawił niepodpisaną przez niego polisę Nr 1001622391 (na kwotę 20.000 zł), której ważność rozpoczynała się od dnia następnego po dniu składania ofert tj. od 29.10.2014 r., przedstawił również polisę ubezpieczeniową nr 28145409 (na kwotę 100.000 zł), bez dowodu jej opłacenia.

3. zaniechaniu odrzucenia oferty PGK pomimo iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Według odwołującego, powyższe miało stanowić naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 7 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w szczególności przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty PGK pomimo, iż zawierała cenę rażąco niską,
- art 22 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy, 24 ust. 2 pkt 4 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – poprzez wybranie oferty Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenie wykonawcy PGK,
- odrzucenie oferty PGK,
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[…]

Na cześć 2 zamówienia w terminie składania ofert - 28.10.2014 r. wpłynęły 3 oferty z następującymi cenami:

1. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. - 996.000,00 zł;
2. Koma Usługi Komunalne Sp z o.o. (Odwołujący) - 1 382 474,88 zł;
3. Eko-Trans Sp. z o.o. -1 723 651,20 zł;

Ostatnia z ofert została odrzucona, zaś oferta Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., po dwukrotnym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, została wybrana jako najkorzystniejsza w części 2 zamówienia. Zaznaczyć należy, iż Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej, Sp. z o.o. składało ofertę jedynie na część 2 zamówienia.

I. Zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy pomimo niewykazania przez Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., iż dysponuje Przedsiębiorstwo odpowiednim, do realizacji zamówienia, potencjałem technicznym.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej „SIWZ"), w Rozdziale X ust. 1 ppkt 3) lit a) dla Sektora 2, wymagał aby Wykonawca dysponował 5 pojazdami o specyfice tam wskazanej. Natomiast zgodnie z Rozdziałem XI ust. 1 pkt 3, na potwierdzenie spełniania w/w warunku Wykonawca miał dołączyć do oferty wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (załącznik Nr 5 do SIWZ). Wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. do oferty załączył błędnie wypełniony załącznik nr 5 bowiem nie uzupełnił kolumny z informacją o prawie do dysponowania wskazanymi zasobami. Zamawiający pismem z dnia 4,11.2014 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, który pismem z dnia 10.11.2014 r. przedłożył załącznik nr 5 do SIWZ zawierający oświadczenie o posiadanym sprzęcie wraz z informacją o podstawie do dysponowania (w części polegając na zasobach innego podmiotu), datując załącznik na dzień 10.11.2014 r. Podobnie Wykonawca uczynił z uzupełnianym na wezwanie

---

Zamawiającego załącznikiem nr 9 do SIWZ, w którym wskazał w/w datę. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy PZP Wykonawca zobowiązany był do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (tj. 28.10.2014 r.), nie czyniąc tego powinien zostać wykluczony na podstawie art 24 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP. Zamawiający, nie dokonując wobec Wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp, z o.o. czynności wykluczenia pomimo zaistnienia ku temu przesłanek, sam dopuścił się naruszenia powoływanego przepisu.

II. Zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy pomimo niewykazania przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., iż posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę co najmniej 120.000zł.

Zgodnie z Rozdział X ust. 1 pkt 4) lit a SIWZ o zamówienie może ubiegać Wykonawca, który jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż (w przypadku części 2) 120.000 zł. Natomiast zgodnie z Rozdział XI ust. 1 pkt 7) na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie z prowadzonej działalności gospodarczej związanej przedmiotem zamówienia na wartość określoną dla danej części zamówienia. Wykonawca na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu przedstawił polisę ubezpieczeniową nr 28145409 (na kwotę 100.000 zł), z terminem obowiązywania od 15.01.2014 do 14.01.Ż015, nie załączając dowodu jej opłacenia oraz niepodpisaną przez siebie polisę Nr 1001622391 (na kwotę 20.000 zł), której ważność rozpoczynała się od 29.10.2014 r. W konsekwencji zatem Wykonawca ubezpieczony był dopiero od dnia następnego po dniu składania ofert, tym samym w postępowaniu nie potwierdził, iż na dzień składania ofert spełniał ten warunek określony w SIWZ.

W uzasadnieniu do projektu Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane projektodawca wskazał, że: „zapewnienie należytego wykonana zamówienia publicznego, a tym samym ograniczenie ryzyka związanego z nienależytą realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego leży nie tylko w interesie zamawiającego, ale przede

---

wszystkim w interesie publicznym ze względu na fakt, iż poprzez realizacje zamówienia publicznego zaspakajane są często potrzeby o charakterze powszechnym. Stąd też sprawna i niezakłócona realizacja zamówienia publicznego wpływa na zakres i poziom zaspakajania tych potrzeb". Weryfikacja wykonawcy winna następować zatem nie tylko pod względem spełnienia warunków minimalnych i dysponowania potencjałem właściwym dla wykonania zamówienia, w szczególności potencjałem technicznym, finansowym i ludzkim, ale powinna uwzględniać również zamówienia danego wykonawcy realizowane w przeszłości- Winna zatem odpowiadać na pytanie, czy dany wykonawca jest gwarantem właściwego wykonania zamówienia publicznego. Jak wskazuje sam projektodawca: „poprzez badanie wykonawcy i jego dotychczasowych dokonań oraz dostępnego mu potencjału zamawiający winien bowiem dokonywać oceny co do jego przyszłej zdolności do wykonania zamówienia publicznego". Jak bowiem wskazuje projektodawca w uzasadnieniu do rozporządzenia, cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to już nie tylko wybór najkorzystniejszej oferty, ale także wybór wykonawcy, który będzie w stanie należycie wywiązać się ze swych obowiązków.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., pomimo, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na realizację 2 części zamówienia, przeznaczył 2 405 323,00 zł, oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., opiewała na kwotę 996 000 zł stanowiąc zatem zaledwie ok 40% kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację tej części zamówienia. Słusznie zatem, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP pismem z dnia 4.11.2014 r. wystąpił do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny na realizację przedmiotowej usługi. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 10.11.2014 r. Wykonawca udzielił ogólnikowych informacji na temat okoliczności wypływających' na wysokość zaoferowanej ceny, nie spełniając tym samym obowiązku udowodnienia Zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska. Takie zachowanie Wykonawcy dawało Zamawiającemu podstawę do odrzucenia jego oferty, jednakże Zamawiający ponownie zwrócił się do Wykonawcy „o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny",

---

dodając jednocześnie, że przedłożone wyjaśnienia nie spełniają kryteriów dotyczących kalkulacji ceny. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył pismo z dnia 21.11.2014 r., które również nic udowadnia, iż zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż swoje wyjaśnienia Wykonawca oparł o dane z 2012 r. kiedy to realizował zamówienie zbliżone do tego będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Jest to błędne podejście, ponieważ po pierwsze odbiór odpadów w 2012 r. znacznie różnił się od tego będącego przedmiotem obecnego postępowania tj. na 2015 i 2016 r. (w szczególności w zakresie: częstotliwości odbioru odpadów, ilości trakcji, wymagań jakie musi obecnie spełniać przedsiębiorcą odbierający odpady i innych obowiązków wynikających z projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ). Po drugie fakt, iż Wykonawca realizował podobne zamówienie w 2012 r. za cenę ok 165,60 zł netto/tonę odpadów, nie oznacza że była to cena rynkowa, która generowała, zysk przedsiębiorcy (mógł on jako spółka gminna realizować zamówienie za cenę poniżej kosztów usługi). Z istotnych różnic pomiędzy usługą wykonywaną przez Wykonawcę w 2012 r. a tą objęta niniejszym postępowaniem wymienić należy to, że Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w 2012 r. obierało jedynie odpady zmieszane, zaś w ramach niniejszego zamówienia będzie obowiązane odbierać również odpady segregowane. Pochylając się nad wyliczeniami przedstawionymi przez Wykonawcę zauważyć należy pewną nieprawidłowość, a mianowicie przyjęta przez Wykonawcę cena jednostkowa 165,60 zł za tonę, powinna dotyczyć jedynie odpadów zmieszanych (bo takie po tej cenie odbierał w 2012 r.). Jak wynika z SIWZ (zał. nr 2 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) z sektora 2 szacunkowa ilość odpadów zmieszanych to 1210 ton x 165,60.zł - 200.376,00 zł, po podwyższeniu o 20% kosztów transportu do Działdowa (jak to wskazuje Wykonawca) daje 240.451,20 zł, powiększone o zysk daje 264.496,32 zł, zaś o VAT 8% 285.656

zł x 2 lata = 571.312 zł brutto za odbiór odpadów zmieszanych, zatem na odbiór pozostałych w ilości 897 ton zostaje 424.688,00 zł brutto (996.000,00 zł - 571.312,00), Podwykonawcą Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w zakresie odbioru odpadów segregowanych, jak wynika z załącznika nr 9, ma być firma Eko-Trans sp. z o.o. Kwota 424.688,00 zł brutto nie wystarczy na realizację pozostałej części zamówienia (odbiór odpadów gromadzonych selektywnie) ze względów, o których mowa poniżej.

Wykonawcą świadczącym obecnie (tj. od 1.07.2013 r. do 31.12,2014 r.) usługi obioru i transportu odpadów, w 10 z 13 sektorów Ekologicznego Związku Gmin Działdowszczyzna, jest spółka Koma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa, należąca do tej samej grupy kapitałowej dó Odwołujący. W zakresie odbioru odpadów segregowanych posługuje się ona podwykonawcą - Eko Trans sp, z o.o., tym samym, którym zamierza się posłużyć Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Wynagrodzenie Eko Trans sp. z o.o., za realizację usługi odbioru odpadów gromadzonych selektywnie z Miasta i Gminy Lidzbark (obecnie sektor 2) wynosi 22.408,20 zł brutto miesięcznie (potwierdzają to załączone do odwołania faktury VAT). Przyjmując, nawet że spółka Eko- Trans sp. z o.o. zastosuje dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. te same stawki co wobec Koma Sp. z o.o. Sp. K. (choć fakt wzrostu kosztów w 2015 i 2016 w stosunku do okresu 2013-2014 oraz zlecenie mniejszej ilości pracy bo tylko w jednym sektorze, przemawia za zastosowaniem wyżej stawki), to jej wynagrodzenie za odbiór odpadów gromadzonych selektywnie wyniesie: 537.796,80 zł brutto za cały okres zamówienia. Nawet przyjmując, że Wykonawca nie będzie miał zysku z tej części zamówienia to i tak zabraknie mu co najmniej 100.000 zł aby koszty świadczenia usługi zrównać z wynagrodzeniem, które otrzyma od Zamawiającego. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż w/w podwykonawca w przedmiotowym zamówieniu na część 2 zamówienia złożył ofertę z ceną 1 723 651,20 zl, co dodatkowo potwierdza ustalenie przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ceny na świadczenie usługi na nierealnym poziomie.

Z przywoływanych okoliczności wynika, iż zaproponowana przez Wykonawcę cena świadczenia usług objętych zamówieniem nie wystarczy na pokrycie kosztów związanych ze świadczeniem usługi, w konsekwencji zatem cena zaproponowana w ofercie jest rażąco niska.
[…]”

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

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

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

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp

---

strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Natomiast przepisy stanowiące podstawę prawną wykluczenia wykonawcy zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny … *etc.,* materialnie nie odpowiadają wymaganiom

---

zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego. W tym również nie wykazali spełniania warunków w ramach uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu

pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zarzut odwołania dotyczący niewykazania przez PGK dysponowania wskazanymi pojazdami na datę składania ofert jest niezasadny.

W załączniku nr 5 do oferty PGK zatytułowanym „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych", w tabeli „Sprzęt, pojazdy", wskazano pięć pojazdów o różnych funkcjach i przeznaczeniu, co do których niewypełnioną pozostawiono kolumnę „Informacja o podstawie dysponowania tymi pojazdami". Jako datę sporządzenia ww. wykazu podano 27 października br.

Pismem z dnia 04.11.2014 r. Zamawiający wezwał PGK do uzupełnienia ww. wykazu w zakresie podania podstaw do dysponowania wykazywanymi pojazdami.

W dniu 12.11.2014 r. PGK przedstawiła uzupełniony wykaz, w którym w odniesieniu do dwóch z wykazywanych pierwotnie pojazdów, wskazano, że są to pojazdy podwykonawcy. Uzupełniony wykaz datowano na dzień 10 listopada br.

W związku z uzyskaniem tego typu informacji Zamawiający pismem z dnia 17.11.2014 r. zwrócił się do PGK o uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia ww. pojazdów.

Przy piśmie z dnia 21.11.2014 r. PGK przedstawiła zobowiązanie EKO-TRANS Sp. z o.o. w Działdowie datowane na dzień 10 października br., dotyczące udostępnienia ww. pojazdów.

W świetle całokształtu okoliczności sprawy (dokumentów przedkładanych przez wykonawcę w postępowaniu) nie zachodzą żadne wątpliwości co do okoliczności, iż w dacie składania ofert PGK dysponowała pojazdami wskazanymi w przedłożonym wykazie sprzętu.

Oceny powyższego nie zmienia data sporządzenia uzupełnionego wykazu sprzętu uwidoczniona na tym dokumencie. Jest to tylko i wyłącznie prawidłowo podana data sporządzenia oświadczenia wykonawcy, jakie w istocie stanowi wykaz sprzętu, którym dysponuje. Oświadczenie takie było natomiast składana w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a więc na wezwanie do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu na datę składania ofert. Należy więc zakładać i przyjmować, iż okoliczności, do których się odnosiło, wystąpiły materialnie w dacie składania ofert – o ile wykonawca nie zaznaczył inaczej lub nie istnieją inne okoliczności świadczące przeciwnie.

Ponadto o powyższym przesądza data wystawienia zobowiązania EKO-TRANS (10.10.2014 r.), która poświadcza okoliczność, iż przed dniem składania ofert (28.10.2014 r.) PGK dysponowała sprzętem udostępnianym przez ww. podmiot trzeci.

Zarzut odwołania dotyczący niewykazania przez PGK warunku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z brakiem wykazania opłacenia załączonej do oferty polisy ubezpieczeniowej nr 28145409 – uznano za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż okoliczności faktyczne sprawy zostały zgodnie z rzeczywistością opisane w treści odwołania przytoczonej powyżej.

Jednakże Odwołujący pominął okoliczność, iż ważność i obowiązywanie ww. polisy (ubezpieczenia) w dacie składania ofert, zostały potwierdzone w ramach uzupełnienia dokumentów dokonanego przez PGK pismem z dnia 10.11.2014 r. Ponadto na rozprawie Przystępujący przedstawił dowód opłacenia polisy (potwierdzenie dokonania przelewu) dokonanego przed datą 12.12.2013 r., wskazaną w treści polisy jako data płatności.

W związku z powyższym należało uznać, iż wykonawca przedstawił opłaconą polisę – zgodnie z przytoczonymi w odwołaniu wymaganiami SIWZ w tym zakresie, a przede wszystkim potwierdził fakt, iż w dacie składania ofert był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w wynikającym z ww. polisy zakresie.

Zarzut odwołania dotyczący niewykazania przez PGK warunku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z okresem ubezpieczenia, wynikającym z polisy ubezpieczeniowej nr 1001622392 załączonej do oferty, rozpoczynającym się

po dacie składania ofert – uznano za zasadny.

Okoliczności faktyczne sprawy w tym zakresie zostały zgodnie z rzeczywistością opisane w treści odwołania przytoczonej powyżej.

Powołany w odwołaniu warunek udziału w postępowaniu (pkt X ppkt 4 lit b. SIWZ) wyraźnie wymagał wykazania i potwierdzenia, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na określoną kwotę, a nie wykazania, że wykonawca będzie ubezpieczony w przyszłości. W świetle powyższego, wykonawca winien być ubezpieczony w wymaganej wysokości (i tego typu okoliczność wykazać) już w dacie składania ofert.

Tego typu rozumienie warunków udziału w postępowaniu referujących do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Dla przykładu w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 sierpnia 2012 r. (sygn. akt: XIX Ga 460/12) podkreślono, iż nawet kwestię wymagań dotyczących opłacenia polisy rozpatruje się w kontekście istnienia ochrony ubezpieczeniowej i obowiązywania umowy ubezpieczeniowej – wykonawca ma więc przede wszystkim wykazać, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, a ochrona ubezpieczeniowa, której doznaje na podstawie przedkładanej polisy jest ważna i skuteczna w dacie składania ofert.

Powyższej okoliczności PGK nie wykazało. Przeciwnie, z ww. polisy wynika, iż ochrona ubezpieczeniowa („bycie ubezpieczonym") rozpoczyna się w tym przypadku po dacie składania ofert, na którą ocenia się spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przy czym bez znaczenia jest okoliczność czy ochrona ubezpieczeniowa rozpoczyna się dzień czy rok po tej dacie – w rozpatrywanym przypadku w dacie składania ofert wykonawca nie był ubezpieczony na brakującą kwotę 20000 zł.

W związku z powyższym zarzut odwołania uznano za zasadny, jednakże w związku nakazaniem w wyroku odrzucenia oferty PGK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, nie orzeczono wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów

---

potwierdzających spełnianie warunków w opisywanym zakresie, które w przypadku braku odrzucenia oferty byłoby konieczne na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, iż trakcie postępowania PGK nie było wzywane do uzupełnienia polis OC w związku z okresami ubezpieczenia, ale jedynie w związku z wątpliwościami dotyczącymi ich przedmiotu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty PGK jako zawierającej cenę rażąco niską uznano za zasadny.

Ustalenia faktyczne w zakresie porównania cen ofertowych oraz szacunków Zamawiającego zgodnie z rzeczywistością podano w treści odwołania przytoczonej powyżej.

Pismem z dnia 04.11.2014 r. Zamawiający zwrócił się do PGK na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej w części 2 zamówienia, stwierdzając przy tym, iż „Zaproponowana cena wg. zamawiającego jest rażąco niska w stosunku do wartości szacunkowej przewidywanej dla tej części zamówienia jak i w porównaniu z cenami ofert złożonymi przez innych uczestników przetargu".

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 10.11.2014 r. PGK złożyła wyjaśnienia następującej treści:

Zaoferowana cena na odbieranie, zbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli
nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych na terenie Ekologicznego
Związku Gmin Działdowszczyzna na sektor II i jest ceną, która pokryje koszty, jakie poniesie
Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. przy realizacji zadania zgodnie w
wymaganiami SIWZ oraz z obowiązującymi przepisami. Kwota ta zawiera wszystkie, również
nieprzewidziane wydatki, a także obejmuje planowany niewielki zysk dla firmy.. Na

tak
zaoferowaną cenę, wpływa:

- *centralne położenie przedsiębiorstwa w obsługiwanym terenie co zmniejsza koszty dojazdu pojazdów. Transport odpadów do sortowni planuje się po przeładunku na większe pojazdy, własnym sprzętem przeładunkowym, we własnych bazach, na terenie miasta i gminy, w celu zmniejszenia kosztów transportu.*
- *przedsiębiorstwo prowadziło tego typu usługi przez wiele lat na terenie miasta i gminy Lidzbark, prowadzi odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych z tego terenu i pracownicy posiadają doskonałą znajomość terenu miasta i gminy Lidzbark.*
- *Dodatkowo przedsiębiorstwo będzie korzystało z pomocy Urzędu Pracy tj. będzie zatrudniać stażystów oraz pracowników interwencyjnych. Przedsiębiorstwo zatrudnia ponad 50 pracowników i w okresach zmniejszonych zamówień na inne usługi będzie wykorzystywać dotychczasowych pracowników.*
- *Obsługę administracyjno-biurową zapewni obecna kadra posiadamy własne zaplecze warsztatowe co obniża koszty eksploatacji pojazdów,*
- *posiadamy własną stację paliw co obniża koszty paliwa,*
- *przedsiębiorstwo jest spółka komunalną i w swojej działalności kalkuluje zysk na minimalnej wysokości.*
- *zaoferowana cena stanowi około 40% ceny zamówienia i jest to wskaźnik zbliżony łub lepszy od ofert w sektorach IV, VI, VII i VIII.*

Przedsiębiorstwo prowadzi pełna księgowość i zaoferowana cena została ustalona w oparciu o ewidencje kosztów wywozu odpadów z łat ubiegłych i po uwzględnieniu dodatkowych zadań, zmian cen oraz kosztów nieprzewidzianych.
W związku z powyższym stanowczo twierdzę, że przedsiębiorstwo jest w stanie wywiązać się w sposób należyty z zamówienia woferowanej cenie.

Pismem z dnia 17.11.2014 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do PGK o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał przy tym, iż „Przedłożone wyjaśnienia nie mogą stanowić podstawy do podjęcia decyzji akceptującej oferowaną cenę".

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 21.11.2014 r. PGK złożyła wyjaśnienia następującej treści:

2. uprzejmie informuję, że:

przedsiębiorstwo w roku 2012 wykonywało usługi w zakresie zbiórki i wywozu odpadów

---

w tym okresie zebrano 1672.30 ton odpadów
koszt zbiórki i wywozu w tym okresie w zaokrągleniu 165,6 zł netto/ tonę odpadów,
przy wynikającym ze specyfikacji wywozie 2107 ton x 165,6 = 349 tys zł w zaokrągleniu,
po podwyższeniu o 20% kosztów (transport do Działdowa i rezerwa na większą ilość) - 419 tys zł
z zakładanym zyskiem 10% 461 tys zł w zaokrągleniu,
z podatkiem VAT 8 % 498 tys zł w zaokrągleniu,
za dwa lata daje to kwotę 996 000 zł.

W związku z powyższym stanowczo twierdzę, że przedsiębiorstwo jest w stanie wywiązać się w sposób należyty z zamówienia woferowanej cenie

Pojęcie ceny rażąco niskiej używane w przepisach art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, na gruncie ustawy nie jest definiowane. Jego znaczenie oraz zastosowanie ustalane i konkretyzowane są więc w orzecznictwie.

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

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13 wskazano: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”.* Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac*

---

składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

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

Jednakże samo stwierdzone zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, nie wystarcza do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Mianowicie, zgodnie z regulacją art. 90 ustawy, wykonawca ma możliwość niejako wytłumaczenia się z zaniżenia swojej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Zastane obniżenie ceny skutkować będzie odrzuceniem oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej tylko wtedy, gdy wykonawca nie przedstawi stosownych względów, które na takie obniżenie pozwoliły i wyjaśniają realizację zamówienie za cenę niższą niż jego ogólna wartość rynkowa.

Instytucji wyjaśnień ujętej w art. 90 ust. 1 Pzp jako „wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” nie należy interpretować nazbyt dosłownie. W treści

---

powołanego przepisu ustawodawcy chodziło o wyjaśnienie i ustalenie w jaki sposób wyceniono całą ofertę (np. przez wyjaśnienie w jaki sposób wyceniono jej najdroższe elementy), a nie tylko o wyjaśnienie kwestii, co dokładnie jest oferowane. Natomiast ustalenie jakie są rzeczowe elementy oferowanego świadczenia i zamierzony sposób ich wykonania (o ile nie zostały narzucone w treści SIWZ) ma znaczenie jako punkt wyjścia do ich wyceny, co zresztą w wielu przypadkach wcale nie jest potrzebne (np. w sytuacji gdy świadczenia wszystkich wykonawców dostatecznie opisano w treści oferty albo są takie same).

W ramach żądania, składania i oceny rzeczonych wyjaśnień nie należy więc ograniczać się jedynie do wyjaśniania elementów oferowanego świadczenia, ale wyjaśniać wszelkie okoliczności, które rzutują na wycenę oferty danego wykonawcy. Na przykład będą to w szczególności okoliczności wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy. Przede wszystkim jednak, często podawaną w ramach wyjaśnień wykonawców okolicznością uzasadniającą

skalkulowanie ceny ofertowej na określonym poziomie, mogą być informacje na temat kosztów danego wykonawcy, które dla wykonania przedmiotu zamówienia poniesie. Rzeczowe, konkretne i przede wszystkim wiarygodne informacje w zakresie ww. kosztów (lub brak informacji tego typu) przeważnie wystarczą dla przesądzenia charakteru oferowanej ceny.

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, jest nic innego, jak uznanie przez zamawiającego, że dana cena ofertowa jest znacznie niższa niż wartość jego przedmiotu zamówienia. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Sam obowiązek przedłożenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień (w ogóle braku wyjaśnień dotyczących ceny, a nie wyjaśnień lakonicznych czy z innych powodów niesatysfakcjonujących zamawiającego). Natomiast wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne czy niewiarygodne, a więc takie, które nie wykazują możliwości wykonawcy do skalkulowania ceny poniżej wartości przedmiotu zamówienia, powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (co wielokrotnie wskazywano w co najmniej kilkudziesięciu wyrokach sądów okręgowych i KIO). Oczywiście wyjaśnienia tego typu doprowadzą do skutku w postaci możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, tylko w wypadku, gdy

---

rzeczywiście zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia ma miejsce.

Reasumując, dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, zamawiający może zadecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulację jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (vide: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Ewentualnie, w przypadku gdy wyjaśnienia nie zostaną przedłożone, albo z samej ich treści wynika, że cena jest rażąco niska (wykonawca podał tam okoliczności powyższe potwierdzające, np. wskazał, że w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji cenowej jakiejś zasadniczej, ważącej kosztowo części zamówienia lub zaniżył wartość kosztów z nią związanych), zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Natomiast prawidłowość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty, warunkowana będzie przez ocenę całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak też wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Zasadniczą trudność oraz wiele kontrowersji przy ocenie prawidłowości zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, stwarza rozkład ciężaru dowodu, co do ustalenia i wykazania ww. okoliczności, a także ustalenie momentu (postępowanie o udzielenie zamówienia *versus* postępowanie odwoławcze), w którym okoliczności te mogą, czy też powinny być wykazywane.

Generalnie, wskazane wyżej przepisy ustawy i Kodeksu cywilnego dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić powinna więc strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a więc strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi, a nie im przeczy (Ei *incumbit probatio qui dicit, non qui negat).* Przy czym dla stwierdzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, szerokie zastosowanie znaleźć mogą różnorakie domniemania faktyczne z tym związane (żadnych domniemań prawnych adekwatne przepisy w tym zakresie nie przewidują), a więc wnioskowania o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie faktów innych.

Przy czym zaznaczyć należy, iż fakty stanowiące podstawę samego domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej winny wystąpić w stosownym nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania okolicznościami

wskazującymi na wyższą niż cena ofertowa wartość przedmiotu zamówienia, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień wykonawcy, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, *etc…* Najbardziej zaawansowanym i akuratnym sposobem wykazania wartości przedmiotu zamówienia będzie oczywiście analityczne ustalenie zakresu wymaganych przy danym zamówieniu nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych do jego wykonania czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości.

Jak już wskazano, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w przypadku, gdy z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale, same w sobie, bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wyjaśnienia tego typu, zwłaszcza w zestawieniu z innymi „poszlakami" wystąpienia ceny rażąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania ww. przepisu. Przy czym jeszcze raz podkreślić należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania faktycznego nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego wątpliwości, co do charakteru ceny oferowanej (z powodu stwierdzonej przez zamawiającego różnicy w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia) i próbę ich obligatoryjnego wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena – co można stwierdzić bez żadnego postępowania wyjaśniającego – jest horrendalnie zawyżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, również powstawałoby, *contra factum,* domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Idealnym i zupełnym wykazaniem powstania zaniżenia cenowego w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest ceną tego typu, również może polegać na tym samym. Mianowicie – jak już wskazano powyżej – wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do rynkowych kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

Dopiero w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do realnej wartości przedmiotu zamówienia konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia.

Przy czym ze względu na przebieg i specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ocenę różnych czynności przez jego uczestników podejmowanych, różne będę również ich role procesowe w postępowaniu odwoławczym i związana z nimi specyfika prowadzonego postępowania dowodowego. Różna będzie więc rola i cele zamawiającego w tym zakresie, inna rola odwołującego dowodzącego okoliczności wskazujących, że zaoferowana przezeń cena rażąco niska nie jest, a jeszcze inna odwołującego, który wykazuje, że rażąco niska jest cena innego wykonawcy (z dodatkowymi rozróżnieniem sytuacji czy dany wykonawca był już wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp).

Ze względu na bogactwo stanów faktycznych bezcelowe jest tworzenie jednego modelu teoretycznego obejmującego wszystkie ww. okoliczności. Na potrzeby danego rozstrzygnięcia wystarczy więc ujmować powyższe w odniesieniu do rozpatrywanego przypadku i konkretnych okoliczności z nim związanych.

Należy jednak generalnie wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana

właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań… *etc.,* dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie

---

podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO 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 dotyczące kalkulacji ceny, 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 worzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia wtrybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawcówdokonywania 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 wdanej 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 wtoku prowadzonej procedury, o której mowa wart. 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.

Przy czym odnośnie powyższego należy wskazać na rozróżnienie składania przed Izbą nowych wyjaśnień i podawania faktów, które powinny zostać podane już zamawiającemu – i które z opisywanych wyżej względów mogą zostać pominięte na etapie postępowania odwoławczego – od dalszego wyjaśniania i dowodzenia faktów, które zostały już w wyjaśnieniach podane. Informacje czy dowody tego typu, mogą po prostu generalnie wzmacniać wiarygodność wyjaśnień złożonych zamawiającemu, w różny sposób wpływając na ich ocenę. Również nie sposób z góry przesądzić, czy dane dowody wnioskowane w postępowaniu odwoławczym służą wprowadzeniu do oceny informacji, które powinny zostać uprzednio, w ramach procedury wyjaśniającej, przedstawione zamawiającemu, czy też dotyczą jedynie faktów i informacji w wyjaśnieniach już podawanych, a służą wzmocnieniu ich wiarygodności, rozwiewaniu wątpliwości, czy odparciu twierdzeń stron przeciwnych kwestionujących ich prawdziwość czy poprawność. Z tego względu nie można z góry wykluczyć prowadzenie postępowania dowodowego również w kierunku kalkulacji cenowej wykazywania prawidłowości indywidualnej wykonawcy przedstawionej w trybie art. 90 Pzp zamawiającemu.

Reasumując stwierdzić należy, iż w ramach oceny wystąpienia przesłanki

odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, w postępowaniu odwoławczym mogą być badane okoliczności warunkujące w świetle przepisów czynność zamawiającego: wartość przedmiotu zamówienia stanowiąca punkt odniesienia dla badanej ceny, a także złożone zamawiającemu wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie sposobu jej kalkulacji i okoliczności w nich podnoszone.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy zakres wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji 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 wskazanie i powołanie określonych informacji. Przy czym przyjąć można raczej, iż co do zasady, przedmiotem wyjaśnień jest podawanie konkretnych informacji

---

(np. co do sposobu kalkulacji kosztowej), a nie prowadzenie przez wykonawcę postępowania dowodowego. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, *etc…* przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Tymczasem odnosząc powyższe do sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności biorąc pod uwagę wyjaśnienia składane przez PGK Zamawiającemu, należało stwierdzić, iż Przystępujący, na którym ciążył obowiązek wykazania legalnego charakteru oferowanej przez siebie ceny, powyższego nie wykazał. W konsekwencji należało orzec, iż oferowana przezeń cena jest rażąco niska.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, iż w rozpatrywanym przypadku, zaniżenie ceny oferowanej przez PGK w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia wystąpiło. O powyższym świadczy przede wszystkim odniesienie ceny ofertowej do ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Cena przystępującego jest o ok 1/3 niższa od następnej oferty oraz o ok. połowę od trzeciej oferty złożonej na tę część zamówienia. Cena ta drastycznie odbiega również (in minus) od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego.

Tym samym wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp było w tym przypadku jak najbardziej zasadne, a na wykonawcy ciążył w tym przypadku obowiązek wskazania i wykazania dostępnych mu, konkretnych okoliczności – w sposób opisywany powyżej – które pozwoliłyby stwierdzić, iż mógł uczciwie zaoferować cenę na takim poziomie, albo że rynkowa wartość danego

---

zamówienia jest w rzeczywistości niższa niż wynika to z szacunków zamawiającego oraz porównania ofert złożonych w postępowaniu.

Tymczasem PGK nie wywiązała się z powyższego obowiązku ani w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym. Wyjaśnienia i twierdzenia wykonawcy były lakoniczne, ogólne i gołosłowne oraz nie niosły w sobie żadnych konkretnych, weryfikowalnych informacji na temat poziomu kosztów wykonania usługi i wyceny przedmiotu zamówienia. Informacje tego typu, tj. zawierające określone, wymierne wartości kosztowe mogące stanowić podstawę wyceny, zostały podane jedynie w piśmie z dnia 21 listopada 2014 r.. Były to informacje dotyczące kosztów wykonywanej zbiórki odpadów zmieszanych w roku

2012.

Wyliczenia ceny oparte jedynie na tego typu kosztach zostały jednak skutecznie zakwestionowane w odwołaniu przez powołanie kosztów zbiórki odpadów segregowanych, która nie miała miejsca w roku 2012. Wskazanych, i przede wszystkim wykazanych, braków w zakresie pokrycia kosztu odbioru odpadów tego typu, Zamawiający i Przystępujący w sposób przekonujący nie zakwestionowali i nie wyjaśnili. Izba uwzględniła w tym zakresie dowody przedkładane przez Odwołującego (przy odwołaniu i na rozprawie), a dotyczące kosztów odbioru odpadów tego typu w latach ubiegłych generowanych z tytułu współpracy z Eko-Trans Sp. z o.o., wskazanego podwykonawcy Przystępującego.

Bierność dowodowa Przystępującego w zakresie jego kosztów wykonania zamówienia lub możliwości ich ekstraordynaryjnego obniżenia, jest nie do usprawiedliwienia w kontekście deklarowanego w piśmie z dnia 11.10.2014 r. prowadzenia pełnej księgowości, która powinna umożliwić wykonawcy przedstawienie przynajmniej rachunku kosztów zmiennych przedsiębiorstwa związanych z wykonaniem usługi. Ponadto twierdzenia o brakach w doszacowaniu kosztów odbioru odpadów segregowanych sformułowano już w treści odwołania. Przystępujący mógł więc przedstawić Izbie wszelkie niezbędne dowody w przedmiocie ceny tego typu usługi, którą udało mu się uzyskać od jego podwykonawcy.

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

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

……..