

WYROK

dnia 28 marca 2008 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2008 roku odwołania wniesionego przez Jana Klapczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Ziieleńców Jan Klapczyński” w Kościerzynie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Miejską Kościerzyna protestu z dnia 25 lutego 2008r. przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego Konsorcjum: SITA Kościerzyna Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie i Zielen Serwis Polbud Piotr Olszewski z siedzibą w Kiełpinie, po stronie zamawiającego

orzeka:

I. Oddala odwołanie;

II. Kosztami postępowania obciąża Jana Klapczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Ziieleńców Jan Klapczyński” w Kościerzynie i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez

Jana Klapczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Ziieleńców Jan Klapczyński” w Kościerzynie

2) dokonać wpłaty kwoty 4.201,78 (słownie: cztery tysiące dwieście jeden złotych 78/100) stanowiącej uzasadnione koszty zamawiającego z tytułu pomocy prawnej i

dojazdu 3) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Jana Klapczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

„Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Ziieleńców Jan Klapczyński” w Kościerzynie.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miejską Kościerzyna na „utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Kościerzyna wraz z pielęgnacją i konserwacją zieleni miejskiej” wykonawca Jan Klapczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Ziieleńców Jan Klapczyński” z siedzibą w Kościerzynie w dniu 25.02.2008r. wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum firm: SITA Kościerzyna Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie i Zielen Serwis Polbud Piotr Olszewski z siedzibą w Kiełpinie.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 7 ust. 1 i 3 pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający

zachowania warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez wybór oferty Konsorcjum SITA z naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień

publicznych 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 4 pzp, poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum SITA pomimo, że jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pkt. VII 1.2 i pkt. XVI 1., złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz oferta

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia 3) art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej:

uznk), poprzez wybór oferty, która jest działaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami,

4) art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 uznk, poprzez wybór oferty, która zawiera usługi poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

5) art. 90 ust. 3 pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum SITA, pomimo że zawierała rażąco niską cenę.

Wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenie czynności oceny oferty protestującego i uznania jej za najkorzystniejszą.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp).

Zamawiający w dniu 06 marca 2008r. rozstrzygnął protest przez oddalenie. W uzasadnieniu wskazał, że wyboru oferty Konsorcjum firm: SITA Kościerzyna Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie i Zieleń Serwis Polbud Piotr Olszewski z siedzibą w Kielpinie dokonał po uprzednim przeprowadzeniu postępowania w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym celu skierował do Konsorcjum zapytania odpowiednio w dniu 05.02.2008r. i 12.02.2008r., na które otrzymał pisemne odpowiedzi. Na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez Konsorcjum nie jest rażąco niska. Ustalił, że członek Konsorcjum - SITA Kościerzyna Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej SITA Polska, dzięki czemu korzysta z kapitału całej grupy tak w zakresie finansowym, jak zarówno materiałowym, sprzętu, know-how, możliwościami korzystniejszego nabywania towarów i usług, znacznej minimalizacji kosztów własnych. Z powyższych względów wysokość ceny wskazanej w ofercie Konsorcjum jest konkurencyjna

w stosunku do innych usługodawców, a jednocześnie zapewnia wykonawcy stosowną rentowność.

Ponadto Zamawiający zauważył, że protestujący wykonawca świadczy na rzecz Gminy Kościerzyna usługi tożsame z usługami będącymi przedmiotem zamówienia za cenę o ponad 10% niższą niż oferowana przez Konsorcjum SITA. W świetle powyższego uznał za niezasadny zarzut wyboru oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum z treścią SIWZ, Zamawiający uznał, że wykonawca wskazał, iż dysponuje wydzierżawionym pojazdem do opróżniania koszy o masie całkowitej do 3,5t., natomiast nie miał podstawy prawnej żądania od wykonawcy dołączenia do oferty umowy dzierżawy pojazdu. Zamawiający nie uznał również zarzutu, jakoby podczas zbiórki odpadów przez Konsorcjum mogłoby dojść do niedozwolonego ich mieszania z tego powodu, że Konsorcjum obsługuje jednocześnie inny podmiot GDDKiA Rejon w Kościerzynie.

W dniu 11.03.2008r. Wykonawca - Jan Klapczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Zieleńców Jan Klapczyński” złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopie odwołania Zamawiającemu. Odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym z art. 184 ust. 2 pzp. zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji: Skarżący

1) art. 7 ust. 1 i 3 pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez wybór oferty Konsorcjum SITA z naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych

2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 4 pzp, poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum SITA pomimo, że jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pkt.

VII 1.2 i pkt. XVI 1., złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

3) art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez wybór oferty, która jest działaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami,

4) art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 uznk, poprzez wybór oferty, która zawiera usługi poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

5) art. 90 ust. 3 pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum SITA, pomimo że zawierała rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że oferta Konsorcjum SITA jest o 35% niższa od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego. Podniósł, że w przetargu na lata 2004-2007 również uczestniczyło Konsorcjum SITA i złożona wówczas przez nie oferta była wyższa od szacunkowej wartości przyjętej przez Zamawiającego. W

ocenie Odwołującego stanowi to o złożeniu oferty z rażąco niską ceną. Działanie Konsorcjum jest celowe i ma na uwadze ograniczenie i utrudnienie dostępu do rynku innym podmiotom. Wniósł, o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2. powtórzenia czynności oceny ofert, 3. nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum SITA, 4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum firm: SITA Kościerzyna Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie i Zieleń Serwis Polbud Piotr Olszewski z siedzibą w Kielpinie, uprzednio przystępując do postępowania protestacyjnego. Wniosło o oddalenie odwołania w całości podnosząc, że oferta Konsorcjum jest zgodna z

treścią SMWZ oraz, że nie zawiera rażąco niskiej ceny, lecz cenę skalkulowaną z uwzględnieniem wszystkich czynników cenotwórczych. Podniósł nadto, że do oferty załączone zostały wszystkie formularze wymagane przez Zamawiającego i wypełnione zgodnie z jego zaleceniem. Przystępujący odparł zarzuty dotyczące supozycji jakoby w trakcie wykonywania przedmiotowego zlecenia wybrane Konsorcjum mogłoby naruszać prawo poprzez niedozwolone mieszanie grup odpadów o różnych kodach w związku z jednoczesnym odbieraniem ich od dwóch zleceńodawców: Miasto Kościerzynę i GDDKiA. Wskazał na renomę firmy Grupy SITA działającej od wielu lat na rynku, przestrzegając przepisów prawa. Na rozprawie przed Krajową Izbę Odwoławczą strony podtrzymał dotychczas prezentowane stanowiska.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności dokumentów i oświadczeń stron postępowania, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
W dniu 20.10.2007r. Zamawiający Gmina Miejska Kościerzyna ogłosił przetarg nieograniczony na usługi „utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Kościerzyna wraz z pielęgnacją i konserwacją zieleni miejskiej” (ogłoszenie o zamówieniu nr 2007/S 203- 247016). Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający ustalił w dniu 15.10.2007r. na kwotę 1.665.288,23 zł., tj. odpowiednio dla Strefy I: 575.211,80zł, Strefy II: 616.081,28zł, Strefy III: 473.955,15 zł. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na podstawie kalkulacji własnej Zamawiającego w oparciu o ceny oferty z przetargu na oczyszczania miasta za lata 2004-2007 oraz okres luty- marzec z uwzględnieniem wskaźników wzrostu cen tj. koszty nabycia materiałów, paliwa, i innych (dowód: wyjaśnienia pełnomocnika złożone na rozprawie). W przetargu wzięło udział dwóch wykonawców: Jan Klapczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Zieleńców Jan Klapczyński” z siedzibą w Kościerzynie oraz Konsorcjum firm: SITA Kościerzyna Sp. z o.o. z siedzibą w Kościerzynie i Zieleń Serwis Polbud Piotr Olszewski z siedzibą w Kiełpinie. Wykonawca - „Zakład Usługowy Urządzania i Utrzymywania Zieleńców Jan Klapczyński” złożył ofertę z ceną brutto dla Strefy I; 584.137,24 zł. Strefy II: 734.826,02zł., Strefy III: 496.612,48zł. Wykonawca – Konsorcjum firm złożył ofertę z ceną dla Strefy I; 340.571,70 zł. Strefy II: 460,218,04 zł., Strefy III: 347.290,68zł. Śadna z ofert nie została odrzucona jako sprzeczna z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przeprowadził postępowanie w przedmiocie sprawdzenia, czy oferta wykonawcy – Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 05.02.2008r. zwrócił się do lidera Konsorcjum o wyjaśnienie ceny dla wszystkich stref wraz z podaniem szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych w zakreślonym terminie. Konsorcjum pismem z dnia 08.02.2008r. udzieliło żądanych wyjaśnień, jednocześnie wskazało, że przyjęte ceny jednostkowe zapewniają wykonawcy rentowność przy realizacji zadania. Zawarte w ofercie ceny stosowane są przez lidera przy świadczeniu usług na rzecz innych kontrahentów, za wynagrodzeniem analogicznym do wskazanego w ofercie. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 12.02.2008r. Konsorcjum złożyło dodatkowe wyjaśnienia w zakresie oferowanych cen, z uwzględnieniem poszczególnych podpunktów budzących wątpliwości

zamawiającego, tj. ceny opróżniania koszy ulicznych w okresie zimowym, szczegółowego kosztorysu dla usług związanych z pielęgnacją i konserwacją zieleni miejskiej oraz wskazania form zatrudnienia pracowników do realizacji zadania (pismo z dnia 12.02.2008r. z załącznikiem w postaci kosztorysu). Ponadto w wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało, że Sita Kościerzyna Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej SITA Polska, jednej z największych grup kapitałowych na rynku usług komunalnych. Dzięki temu korzysta z kapitału całej grupy w zakresie środków pieniężnych oraz know-how, materiałów, sprzętu, korzystniejszemu nabywaniu towarów i usług po kosztach niższych niż mniejsza konkurencja. Zamawiający dokonał pozytywnej oceny wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum SITA i dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Jedyne kryterium oceny ofert stanowiła bowiem cena (pkt. XVII SMWZ).

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje: Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem strona odwołująca się nie wykazała naruszenia w niniejszym postępowaniu dyspozycji art. 7 ust. 1 i 3 pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 4 pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 uznk, art. 90 ust. 3 pzp. Zarzuty Odwołującego grupują się de facto wokół przesłanki „rażąco niskiej ceny” oraz

przesłanki niezgodności treści oferty wybranego wykonawcy z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pkt. VII 1.2 i pkt. XVI 1, które skutkują odrzuceniem oferty. Izba zważyła, że pomimo wskazania w treści zarzutów naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 uznk

Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu w celu wykazania, że wybrany wykonawca składając ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Sformułowanie zarzutu w tym zakresie przez Odwołującego zawiera również błąd logiczny, albowiem to nie oferta jest sprzeczna z prawem lub dobrymi obyczajami (vide: zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), lecz jej złożenie ma stanowić choćby jeden z czynów nieuczciwej konkurencji, które zawiera ustawa z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w rozdziale 2, w art. 5-17 albo inny czyn, który wyczerpywałby znamiona dyspozycji art. 3 ust. 1 uznk. Treść art. 3 ust. 1 uznk zawiera bowiem definicję czynu nieuczciwej konkurencji stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 przywołanego przepisu zawiera przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji, który następnie podlega rozwinęciu w części szczególnej ustawy w rozdziale 2 zatytułowanym „czyny nieuczciwej konkurencji”. Jeżeli zatem zamiarem Odwołującego było wykazanie, że złożenie przez Konsorcjum oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 uznk, inny niż w katalogu czynów zawartym w rozdziale 2 ustawy, to winien był ten czyn nazwać i udowodnić, że wyczerpuje przesłanki z art. 3 ust. 1 uznk. Za nie udowodniony uznać należy również zarzut naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 3

ppz, poprzez nie odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 uznk. Stosownie do dyspozycji art. 15 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący powinien wykazać, że ceny oferowane przez Konsorcjum są poniżej kosztów świadczenia, zaś Konsorcjum działa umyślnie z zamiarem kierunkowym wyeliminowania innego przedsiębiorcy. Tymczasem sam fakt, że ceny oferowane przez Konsorcjum na usługi obejmujące okres 2008-2010 r. są niższe od cen oferowanych przez to samo przedsiębiorstwo

na okres 1 miesiąca (marzec 2008r.) nie stanowi jeszcze o wyczerpaniu znamion deliktu z art. 15 ust. 1 uznk. Powszechną wiedzą jest, że ceny usług świadczonych przez krótki okres czasu dla danego usługobiorcy nie muszą pokrywać się z cenami takich samych usług, ale trwających przez okres kilku lat dla tego podmiotu. Pozostałe twierdzenia Odwołującego i powoływanie się przez niego na wycenienia w oparciu o własne koszty ponoszone w związku ze świadczeniem podobnych usług jest również niereprezentatywne, tym samym nie zmierza do wykazania, że Konsorcjum dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 uznk. Nadmienić należy, że swoista walka o pozycję na określonym rynku pomiędzy przedsiębiorcami w tej samej branży jest naturalnym elementem gospodarki rynkowej i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Bezsporne jest i zgodne z doświadczeniem życiowym, że wykonawca będący członkiem grupy, dysponuje większymi możliwościami w zakresie obniżania kosztów własnych, nabycia materiałów, sprzętu, korzysta bowiem z wypracowanego przez grupę know-how i pozostałych dobrodziejstw własności przemysłowej, np. rozpoznawalność znaku towarowego.

Zgodnie z art. 90 pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przeprowadza postępowanie wyjaśniające zwracając się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, sprzyjające warunki wykonania zamówienia przez danego wykonawcę, oryginalność projektu. W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania Zamawiający przeprowadził postępowanie, stosownie do dyspozycji art. 90 pzp. Skierował do Wykonawcy – Konsorcjum firm dwa zapytania w formie pisemnej, na które otrzymał stosowne odpowiedzi w określonych terminach. Przeprowadził następnie ocenę złożonych wyjaśnień, analizując ich treść oraz treść oferty. Postępowaniu Zamawiającego nie sposób zatem zarzucić naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, gdyż wypełnił jej literalne zapisy. Tym samym nie naruszył normy z art. 90 ust. 3 pzp.

Zamawiający uznał otrzymane wyjaśnienia za pełne i wyczerpujące. W sposób logiczny, spójny, zgodny z doświadczeniem życiowym dokonał oceny złożonych wyjaśnień odnośnie wszystkich elementów. W szczególności uznał argumentację Konsorcjum opierającą się na korzystaniu z kapitału finansowego, materiałowego, osobowego oraz know-how Grupy SITA, co pozwala na znaczące obniżenie kosztów własnych, co w następstwie znajduje proste przełożenie na wskazaną cenę oferty. Ponadto, za przekonującą uznać należy argumentację, że istnieją szczególnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia w Stefie I z uwagi na świadczenie przez Konsorcjum tożsamyh usług na tym terenie dla innego podmiotu – GDDKiA, co spowoduje zmniejszenie kosztów własnych. W ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie sprawdzające w zakresie rażąco niskiej ceny i jego wynik nie został podważony przez Odwołującego. Okoliczność, że ceny zaproponowane w ofercie przez Konsorcjum są niższe od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego nie świadczy o rażąco niskiej cenie oferty. Przede wszystkim podnieść należy, że wartość szacunkowa zamówienia jest kwotą netto i została ustalona przez Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący porównał ceny oferty wybranej w strefach I, II, III z „szacunkową wartością zamówienia” (str. 4 odwołania), która nie stanowi wartości ustalonej przez Zamawiającego powiększonej o VAT (protokół druk ZP-1). Dlatego nie są precyzyjne wyliczenia Odwołującego w zakresie różnic procentowych cen dla poszczególnych stref w ofercie wybranego wykonawcy w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia. Cena niższa niż wartość szacunkowa zamówienia może wyłącznie

skutkować wszczęciem przez Zamawiającego postępowania w trybie art. 90 pzp, nie stanowi natomiast przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp.

Ponadto, Izba zauważa, że Zamawiający szacując wartość przedmiotowego zamówienia miał na uwadze koszty ponoszone przez niego obecnie na utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta, zatem *de facto* za podstawę szacunków przyjął ceny Odwołującego, ponieważ to właśnie przedsiębiorstwo świadczy dotąd przedmiotowe usługi na tym terenie. Niecelowe jest, z uwagi na upływ czasu i zmianę okoliczności faktycznych, odnoszenie się i porównywanie – jak żąda Odwołujący – cen z ofert Konsorcjum SITA na przetarg z roku 2004 (za lata 2004-2007) z cenami zaoferowanymi w niniejszym przetargu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotyczącym przesłanki rażąco niskiej ceny oferty, „za taką cenę nie można uznać tylko na tej podstawie, że jest niższa o ponad 10% od cen przyjętych przez innych wykonawców, czy też od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego” (por. wyr. ZA z dnia 21.01.2005r., UZP/ZO/ 48/05). Za ofertę z ceną rażąco niską może być natomiast uznana taka oferta, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów. Ze stanowiska przystępującego do postępowania Wykonawcy – Konsorcjum firm, wprost wynika, że taka sytuacja w niniejszym przetargu nie ma miejsca. Odwołujący tymczasem nie udowodnił, że jest przeciwnie.

Stosownie do reguły z art. 6 kc, to na Odwołującym ciążył dowód wykazania naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp. Dowodu na poparcie twierdzenia o złożeniu przez

Konsorcjum SITA oferty z rażąco niską ceną, Odwołujący nie przeprowadził.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum z treścią SIWZ, Izba podziela stanowisko Zamawiającego i przystępującego. W istocie analiza treści oferty i zapisów SIWZ

w zakresie pkt. VII 1.2 i pkt. XVI 1 prowadzi do wniosku, że wykonawca nie uchybił ww. zapisom. Do oferty zostały załączone wymagane formularze (Załączniki nr 5 i nr 6),

wypełnione stosownie do wzoru. W treści Specyfikacji nie ma wymogu, aby pracownicy wykonawcy zatrudnieni byli na podstawie wskazanych rodzajowo umów (o pracę, zlecenia, o

dzieło lub innych), podobnie nie ma wymogu, aby sprzęt którym dysponuje wykonawca stanowił jego własność. W Specyfikacji nie ma również wymogu wskazywania cen

poszczególnych elementów cenotwórczych, tj. marża wykonawcy. Izba podziela stanowisko, że Zamawiający nie mógł żądać od wykonawcy w trybie art. 26 ust.

3 pzp dołączenia do oferty umowy dzierżawy pojazdu, ponieważ taki dokument nie mieści się w katalogu dokumentów z art. 25 pzp.

Z przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego, w szczególności oświadczeń stron i pełnomocników wynika, że w istocie istnieje niebezpieczeństwo, że powstanie

trudność w ważeniu odpadów odbieranych jednocześnie na zlecenie Zamawiającego i GDDKiA, a przez to w czytelnym wypełnieniu karty przekazania odpadów zebranych w

trakcie realizacji zamówienia wraz z fakturą. Jednakże podnieść należy, że przez tę okoliczność nie można uznać

oferty Konsorcjum za sprzeczną w treścią SIWZ. Wykonanie zadania jest etapem po zawarciu umowy i na obecnym etapie postępowania przetargowego nie podlega badaniu. Natomiast cena jednostkowa za ten element zadania nie ma bezpośredniego i istotnego przełożenia na cenę oferty jako całości. Za nie udowodniony uznać należy zarzut naruszenia dyspozycji art. 7 pzp. tj. nierównego traktowania podmiotów uczestniczących w postępowaniu. Odwołujący, poza przywołaniem wskazanego zarzutu w *petitum* odwołania, nie udowodnił na czym miało polegać naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 1 pzp orzeczono jak w pkt. I wyroku. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp. Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....