**Sygn. akt: KIO 1549/13**

**WYROK**
**z dnia 10 lipca 2013r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz
**Członkowie:** Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013r. przez **wykonawcę:** SITA Południe sp. z o.o. ul. Dębowa 26/28; 42-207 Częstochowa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Koszęcin ul. Powstańców Śląskich 10; 42-286 Koszęcin

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert po uprzednim odrzuceniu oferty złożonej przez W……. S……. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PZOM W…….. S……..…. z siedzibą w Konopiska i oferty złożonej przez Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach

2. kosztami postępowania obciąża Gmina Koszęcin ul. Powstańców Śląskich 10; 42-286 Koszęcin i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł** 00 **gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez SITA Południe sp. z o.o. ul. Dębowa 26/28; 42-207 Częstochowa tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Gmina Koszęcin ul. Powstańców Śląskich 10; 42-286 Koszęcin na rzecz SITA Południe sp. z o.o. ul. Dębowa 26/28; 42-207 Częstochowa kwotę 18.600 **zł**



---



00 **gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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 Częstochowie.

**Przewodniczący: ……**

**……**

**……**



---



**Uzasadnienie**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 03.04.2013r. pod poz. 2013/S 065-109171 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i

zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie ośmiu gmin bezpośrednio ze sobą sąsiadujących w Województwie Śląskim i Opolskim.

Odwołanie pismem z dnia 24.06.2013r. wniosła SITA Południe sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie.

Postępowanie prowadzi Gmina Koszęcin w imieniu takich gmin jak: G. Koszęcin, G. Ciasna, G. Kochanowice, G. Konopiska, M. Kalety, G. Pawonków, M i G Woźniki, G. Dobrodzień.

Zamówienie podzielone jest na dwie części według kryterium terytorialnego.

Odwołanie dotyczy I części.

Odwołujący sformułował następujące zarzuty.

Naruszenie art. 89 ust.1 pkt-y 1,2,4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2010r. nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą", poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali ujemne ceny to jest W…….. S…… prowadzącego działalność gospodarczą pn. Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W……. S……. (firma W…… S…….) oraz wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie: Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. i A.S.A. Lubliniec sp. z o.o. (konsorcjum Remondis) oraz zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Naruszenie art.90 ust.1 ustawy przez zaniechanie wezwania firmy W……..….. S…….. oraz konsorcjum Remondis do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny.



---

Sygn. akt KIO 1549/13

Naruszenie art.7 ust.1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty W……., pomimo że oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona.

Odwołujący przedstawił następujące żądania.

Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, odrzucenia ofert firmy W…….. S…… i konsorcjum Remondis jako niezgodnych z ustawą, nieodpowiadających SIWZ oraz zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przywołał interes w uzyskaniu zamówienia. Bowiem w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy W…….. S…….. i konsorcjum Remondis jego oferta byłaby najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Co do zastosowania ujemnych cen jednostkowych jako niezgodnych z SIWZ (Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia) i ustawą.

W formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ przewidziano zasady rozliczeń za odpady komunalne zmieszane i segregowane wyrażone w złotych za tonę. Zarówno wykonawca W…… S…….. i konsorcjum Remondis podali ceny ujemne za tonę segregowanych odpadów komunalnych. Na tak ustalone ujemne ceny odwołujący wniósł odwołanie, żądając odrzucenia ofert obydwu wykonawców jako sprzecznych z ustawą o cenie oraz SIWZ.

Odwołujący złożył również zarzut nie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny do obydwu powyżej wskazanych ofert oraz zaniechania odrzucenia oferty obydwu wykonawców zawierających rażąco niską cenę.
Zarzut powyższy odwołujący sformułował w oparciu o wycenę zamawiającego przedmiotowego zamówienia na kwotę 8.791.080,00 zł. Odwołujący zaoferował cenę





zbliżoną do wyceny zamawiającego to jest na kwotę 8.371.477,85 zł. brutto. Wykonawca wybrany W……. S……. zaoferował cenę brutto w wysokości 3.491.053,05zł. co stanowi niecałe 40 % wyceny zamawiającego. Konsorcjum Remondis wyceniło na kwotę 5.798.412,00zł. co stanowi ok.65% szacunkowej wartości zamówienia. Wnioski swoje odwołujący wywiódł dokonując również porównań cen w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz do cen w drugiej części postępowania a także cen obowiązujących w RIPOK Kluczbork.
Odwołujący wskazał, że obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy wybranego W……. S…… do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny w związku z różnicą 40 procentową oferty wykonawcy wybranego od następnej oferty podlegającej ocenie. Przy czym cena odwołującego kształtuje się na podobnym poziomie co cena pozostałych ofert. Tak więc już z tego faktu wynikał obowiązek wyjaśnienia przez zamawiającego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
Z powyższych względów w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art.89 ust.1 punkt 4 ustawy. Odwołujący wskazuje, że cena za tonę odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych W……. S…… wynosi 267,75złotych. Przy czym cena za przyjęcie do RIPOK w Suboczynie wynosi 226 zł. brutto. Czyli pozostałe koszty wynoszą 41,75zł. dla W……. S…….. a dla Remondis 152 zl. brutto. Ponadto odwołujący podnosi, że wpływy z surowców wtórnych zostały przeszacowane. Odwołujący podkreśla, że ceny zaoferowane przez W…… S…… nie pokrywają kosztów związanych z realizacją zamówienia.
W świetle powyższego zaoferowane przez PZOM W…….. S……. oraz Konsorcjum Remondis ceny nie pokrywają kosztów realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 4 lipca 2013r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.
Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez PZOM Strach z oferowaną ceną 3.491.053,05 zł. brutto w tym cena 4.487.490,00zl. brutto za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w minimalnej gwarantowanej ilości 16.760 Mg cena jednostkowa 267,75 zl. brutto oraz – 996.436,95zł. (cena ujemna) brutto za odbiór i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych w minimalnej gwarantowanej ilości 4.971 Mg (cena jednostkowa ujemna - 200,45 zl. brutto/Mg).
Zamawiający uznając prawo cen rynkowych oraz związane z nim rozwarstwienie cen wezwał PZOM Strach oraz Konsorcjum Remondis do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy.
W wyznaczonym terminie wyłącznie PZOM S……. złożył wyjaśnienia twierdząc, że zaoferowana przez niego cena jest rynkową i nie ma charakteru rażąco niskiej.





Według argumentacji zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie cena PZOM S…… nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Skład orzekający Izby ustali i zważył co następuje.

Izba ustaliła.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie zmawiającego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza to jest PZOM W……. S…….
Powyższe Izba podjęła z uwagi na przekroczenie trzydniowego terminu do wniesienia przystąpienia, liczonego od daty otrzymania kopii odwołania, przewidzianego postanowieniem art.185 ust.2 ustawy.

Izba również nie stwierdziła przesłanek powodujących odrzucenie odwołania, w myśl art.189 ust.2 ustawy.

Na podstawie protokółu postępowania o udzielenie zamówienia Izba ustaliła, że na część I zamówienia, objętą sporem zostały złożone cztery oferty. W tym oferta wykonawcy wybranego z najniższą ceną. Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14.06.2013r. wynika, że oferta W……. S…… została wybrana jako najkorzystniejsza. Pozostałe ważne dwie oferty zajęły kolejne miejsca w tym oferta odwołującego i oferta zaskarżona konsorcjum Remondis.
Odwołujący postawił zarzut naruszenia przepisów ustawy obydwu ofertom to jest ofercie wybranej W……. S……. i drugiej pod względem wysokości ceny konsorcjum Remondis w związku z zaoferowaniem ujemnych cen na odpady segregowane oraz zarzut rażąco niskiej ceny w związku z obowiązującymi stawkami w RIPOK.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów w sprawie Izba dokonała następujących ustaleń.
Pismem z 14.06.2013r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest W……. S…… Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta z siedzibą w Konopiskach.
Z protokółu postępowania zamawiającego wynika, że wartość zamówienia została wyszacowana na kwotę 8.791.080,00zł.
Bezpośrednio przed otwarciem ofert na przedmiotową część I zamówienia przeznaczono kwotę 3.454.000,00zł. brutto w roku 2013r.
W części I zamówienia wybrano ofertę W……. S……. na kwotę 3.491.0534,00zł.
Na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ustalono jak poniżej.
Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują



---



mieszkańcy, powstałych na terenie ośmiu gmin bezpośrednio ze sobą sąsiadujących w Województwie Śląskim i Opolskim z podziałem na dwie części.
W rozdziale V Transport i zagospodarowanie – Wykonawca jest zobowiązany do:
„Przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów biodegradowalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych lub do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami na zasadach określonych w ustawie z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (…).”
W rozdziale XIV Opis sposobu obliczenia ceny.
Cena ofertową jest kwota podana w załączniku nr 1 lub 1 a do SIWZ - Formularz ofertowy wynikający z załącznika nr 2 lub 2a do SIWZ - formularz cenowy (w zależności od Części zamówienia, na które Wykonawca składa ofertę).
Cena jest ustalona za 1 tonę za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych i za 1 tonę za odbiór i zagospodarowanie odpadów segregowanych.
W cenie powinny być uwzględnione wszelkie niezbędne koszty dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu umowy.
Zamawiający nie dopuszcza ingerencji w treść przekazywanych załączników nr 2 i 2a do SIWZ dotyczy to samowolnego dopisywania pozycji i zmiany opisów.
Cena w poszczególnych pozycjach tabeli – załącznik nr 2 i nr 2a oraz cena oferty winny być wyrażone w złotych. Cena musi być zaokrąglona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w ten sposób, że końcówkę poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówkę 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.
Przywołano definicję ceny zawartą w ustawie o cenach to jest wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę art.3 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach.
Z analizy formularzy załączników wynika co następuje.
Formularze Załącznik nr 1 i 1 a formularz ofertowy zawiera cenę ofertową brutto złotych.
Formularz cenowy załącznik nr 2 i 2a do SIWZ.

Formularz cenowy w tabeli zawiera następujące pozycje: zmieszane odpady komunalne, segregowane odpady komunalne w cenach jednostkowych brutto (zł/Mg) oraz wartość brutto z uwzględnieniem minimalnej gwarantowanej ilości odpadów w okresie trwania umowy. Załącznik nr 9 umowa generalna (ramowa) na świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów przewiduje ceny jednostkowe za 1 tonę odpadów zmieszanych brutto obowiązujący przez cały okres wykonywania usługi i tak samo za cenę 1 tony odpadów segregowanych ( § 3 umowy).



---



Wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania wszystkich warunków umowy i zapisów wynikających z SIWZ.
Z umowy wykonawczej wynika, że rozliczenie za przedmiot umowy następować będzie miesięcznie na podstawie faktur częściowych. Przed wystawieniem faktury wykonawca przedłoży zamawiającemu 2 egzemplarze rozliczenia przygotowanego zgodnie z wzorem kalkulacji kosztów stanowiącym załącznik nr 2 i nr 2a do SIWZ wykazującym szczegółowo kwoty do których otrzymania wykonawca uważa się za uprawnionego ( § 7 ust.1 lit. a ).

Z ofert wynika, ze wykonawca PZOM S…….. i konsorcjum Remondis zaoferowali następujące ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych i segregowanych:
PZOM S……..:
Cena 4.487.490,00zł brutto za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w minimalnej gwarantowanej ilości 16.760 Mg (cena jednostkowa 267,75 zł. brutto/Mg) oraz -996.436 zł. (cena ujemna) brutto za odbiór i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych w minimalnej gwarantowanej ilości 4.971 Mg (cena jednostkowa ujemna – 200,45 zł. brutto/Mg).
Konsorcjum Remondis Tarnowskie Góry:
Cena 5.798.412,00zł brutto za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w minimalnej gwarantowanej ilości 16.760 Mg (cena jednostkowa 378 zł. brutto/Mg) oraz -536.868,00zł. (cena ujemna) brutto za odbiór i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych w minimalnej gwarantowanej ilości 4.971 Mg (cena jednostkowa ujemna – 108,00 zł. brutto/Mg).

W dniu 1 lipca 2013r. zamawiający wystosował do obydwu wykonawców to jest W…….. S…… i Konsorcjum Remondis Tarnowskie Góry wezwania na podstawie przepisu art.90 ust.1 ustawy o wyjaśnienie ceny jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz ceny jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych ustalonej na poziomie ujemnym. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępne dla firm, które miały wpływ na zaoferowanie ceny całkowitej na która składała się suma wartości wszystkich jej elementów. Również zamawiający wezwał do podania oszacowania kosztów w zakresie uzyskanej ceny jednostkowej brutto na poziomie ujemnym. Zamawiający pouczył, że brak wyjaśnień lub nieprzekonujące wyjaśnienia będą podstawą do odrzucenia oferty.
Zamawiający dla obydwu wykonawców ustalił termin udzielenia odpowiedzi do dnia 3 lipca 2013r.
Wykonawca konsorcjum Remondis w wyznaczonym terminie nie udzielił odpowiedzi.



---



Natomiast wykonawca W…… S…….. w wyznaczonym terminie udzielił następującej odpowiedzi.
Uwzględnił wszelkie koszty przewidziane przez zamawiającego. Przewidział obowiązujące zasady gromadzenia odpadów, ceny surowców wtórnych bardzo się wahają, obowiązuje tajemnica handlowa w tym zakresie. Ceny za odpady segregowane zawierają zysk oraz koszty przygotowania odpadów do sprzedaży firmom skupującym surowce wtórne. Zauważył również, ze moce przerobowe wyznaczonych RIPOK są wyczerpane i w związku z tym przewiduje składowanie odpadów do własnej instalacji zastępczej znajdującej się miejscu

siedziby jego zakładu. Wykonawca ten uzasadnia niski poziom zaproponowanych cen posiadaniem własnych instalacji zastępczych oraz korzystnymi umowami z odbiorcami surowców wtórnych. Reasumując wykonawca wybrany uważa, że jego wyjaśnienia świadczą o nie zaoferowaniu rażąco niskiej ceny.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Izba nie znalazła podstaw formalnych i prawnych uwzględnienia zaoferowanych przez wykonawcę wybranego jak i konsorcjum Remondis Tarnowskie Góry ujemnych cen jednostkowych za odpady segregowane (art.2 pkt 1 i13 ustawy). Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że ujemne ceny jednostkowe są elementem kalkulacji ceny całkowitej. Bowiem ceny jednostkowe za tonę odpadów segregowanych stanową w myśl powyżej cytowanej umowy podstawę do rozliczeń pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.
Świadczenia regulowane ustawą mają charakter odpłatny. W związku z powyższym w myśl ustawy jak i przywołanej ustawy o cenach rozliczenie za świadczone usługi ma charakter odpłatny. Propozycje cenowe zarówno wykonawcy wybranego jak i konsorcjum Remondis w zakresie odpadów segregowanych takiego charakteru nie mają. W związku z powyższym żądanie odwołującego odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy jest uprawnione w świetle postanowień SIWZ.
Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu rażąco niskiej ceny, ponieważ odwołujący jej nie wykazał. Samo porównanie cen czy to zamawiającego, czy to pozostałych wykonawców ze wskazaniem różnic procentowych podstawy takiej nie stanowi.
Również wskazywanie jako koniecznego elementu ceny składowania do RIPOK nie stanowi także takiego uzasadnienia, ponieważ wykonawca wybrany oświadczył, że posiada własną instalację zastępczą.
Po wniesieniu odwołania zamawiający wezwał wykonawców o wyjaśnienie zastosowanych cen jednostkowych, czym uwzględnił zarzut odwołującego co do naruszenia art.90 ust.1



---



ustawy. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszenie art.89 ust.1 pkt 1 ustawy ma wpływ na wynik postępowania.
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 pkt 1) i 2) lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 zł. i 3.600,00 zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

**Przewodniczący: ……**

**……**

**……**