

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 marca 2012r

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy -
Odwoławczy w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia: SO Janusz Beim (spr.)

Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera

Sędzia: SR del. Agata Pierożyńska

Protokolant: protokolant sądowy Rafał Bielski

po rozpoznaniu w dniu 13 marca 2012r w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i
Dekoracji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 11 stycznia 2012r (sygn. akt KIO 2750/11)

przeciwko zamawiającemu Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i
Transportu w Krakowie

przy udziale Zakładu Projektowo - Usługowego „RADIX” Spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i
Dekoracji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na
rzecz zamawiającego Zarządu Infrastruktury Komunalnej i
Transportu w Krakowie kwotę 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset
złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od skarżącego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i
Dekoracji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na
rzecz przystępującego Zakładu Projektowo - Usługowego „RADIX”

Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie kwotę
3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów
postępowania skargowego.

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (dalej: Zamawiający) dokonał wyboru oferty Zakładu Projektowo - Usługowego RADIX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: RADIX). Zamówienie ogłoszone zostało pod nazwą „Ręczne oczyszczanie Miasta Krakowa - rejon 3” i oznaczone zostało symbolem 15/X/2011.

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o.o. w Krakowie (dalej: Skarżący) uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty.

Odwołanie dotyczyło;

- 1) czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty Wykonawcy (RADIX)
- 2) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty RADIX zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych (dalej: ustawa PZP)
- 3) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum - Zakład Urządzenia i Utrzymania Zieleni A. Popek, J. Franek Spółka jawna i Zakład Urządzenia i Pielęgnacji Zieleni Kazimierz Ochał (zwane dalej: Konsorcjum) zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2,3 i 4 pzp z zw. z art. 90 ust. 3 pzp.

Skarżący uzasadnił zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

W odwołaniu Skarżący domagał się;

- wykluczenia RADIX z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia tej oferty
- wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia tej oferty

oraz:

powtórzenia przez Zamawiającego czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty z pominięciem ofert RADIX i Konsorcjum.

Skarżący szczegółowo uzasadnił swoje odwołanie podkreślając, że;

- niezgodna z ustawą czynność wyboru oferty RADIX i zarazem niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia tej oferty narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 pzp.

Naruszenie wskazanych norm pzp w ocenie Skarżącego polegało na;

- wyborze oferty, która powinna być odrzucona, gdyż RADIX nie złożył szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 12 grudnia 2011 roku (nr ZIKIT/R/0313/NZ/78219) skierowane w trybie art. 90 ust. 1 pzp, a dotyczące niskich cen zawartych w ofercie. Odpowiedź RADIX była w ocenie Skarżącego wybiórcza, lakoniczna i zawierająca niepełne wyliczenia co do cen

- wyborze oferty podlegającej odrzuceniu, gdyż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, co w sposób oczywisty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu cen skalkulowanych poniżej kosztów usług

- wyborze oferty wykonawcy RADIX, który w postępowaniu powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona, ponieważ nie przedłożył Zamawiającemu odpowiedniego dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 12 grudnia 2011 roku (j.w.) skierowane w trybie art. 26 ust. 3 pzp, natomiast przedłożył pismo, które nie specyfikowało żadnego urządzenia - co stanowi podstawę do stwierdzenia, że RADIX nie spełniał warunków koniecznych do udziału w postępowaniu, uchybiając warunkowi wskazanemu w cz. III pkt. 1 lit. 6 SIWZ.

W ocenie Skarżącego niezgodne z prawem było również zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2,3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 pzp.

Naruszenie wskazanych norm pzp w ocenie skarżącego polegało na;

- nie odrzuceniu oferty Konsorcjum mimo złożenia przez nie lakonicznej i niepełnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie nr ZIKIT 0313/ 1 I/NZ/78215, skierowane w trybie art. 90 ust. 1 pzp

- nie odrzuceniu oferty Konsorcjum, choć zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i w sposób oczywisty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu cen skalkulowanych poniżej kosztów usług

- nie wykluczeniu Konsorcjum z postępowania i nie odrzuceniu jego oferty pomimo tego, że wbrew pisemnemu wezwaniu Zamawiającego (pismo j.w.) nie przedłożyło oryginału dokumentu potwierdzającego zobowiązanie

podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy urządzenia do usuwania gumy, olejów oraz innych zabrudzeń z powierzchni chodników, skierowane do Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b pzp, co stanowi podstawę do uznania, iż Konsorcjum nie spełniło warunków koniecznych do udziału w postępowaniu wskazanych w cz. III pkt. 1 lit. b SIWZ

- nie wykluczeniu Konsorcjum z postępowania i nie odrzuceniu jego oferty, pomimo tego, że Konsorcjum w żaden sposób nie udokumentowało wymaganego wg. Cz. III pkt. 1 lit. A SIWZ oświadczenia, tj. nie przedstawiło dokumentów, o których mowa w cz. III pkt. 2 i cz. IV pkt. 1 lit g SIWZ.

W dalszej części odwołania Skarżący szczegółowo uzasadnił każdy z podniesionych zarzutów. W szczególności w ocenie Skarżącego odpowiedź RADIX w piśmie z dnia 14 grudnia 2011 roku był nierzetelna i w istocie niczego nie wyjaśniała. W kwestii zastosowania niskich cen za świadczone usługi. Wskazał przy tym na stanowisko prezentowane w doktrynie i w orzeczeniach Zespołu Arbitrów. W ocenie Skarżącego ceny usług zaproponowane przez RADIX były rażąco niskie, bowiem były na poziomie 54% wartości zamówienia.

Strona Skarżąca szczegółowo uzasadniła dlaczego jej zdaniem cena zaproponowana przez RADIX był rażąco niska, czyli nierealistyczna i niewiarygodna w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień. Jako ceny rażąco niskie Skarżący wskazał na ceny jednostkowe i łączne wymienione w poz. 1,2, 4, 5, 6, 8, 11, 14, 15 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr. 6 oferty RADIX. Tytułem przykładu Skarżący wskazał na ceny jednostkowe opróżniania koszy na śmieci, zamykania chodników, odśnieżania chodników, likwidację dzikich wysypisk, malowania koszy, ceny wykorzystania samochodu dostawczego, wykorzystania ciągnika widłowego, wykorzystania przyczepy skrzyniowej.

W ocenie Skarżącego, RADIX nie przedstawił na wezwanie Zamawiającego odpowiedniego dokumentu potwierdzającego fakt dostępności do urządzenia służącego do usuwania gumy do żucia, olejów i innych zabrudzeń z powierzchni chodników i placów.

Podobnie ocenił Skarżący odpowiedź udzieloną przez innego uczestnika postępowania, tj. Konsorcjum na zapytanie Zamawiającego. Skarżący szczegółowo wskazał, które z zaproponowanych cen przez Konsorcjum są rażąco niskie. Podobnie jak RADIX, tak i Konsorcjum w ocenie Skarżącego, nie przedstawiło dokumentu potwierdzającego możliwość korzystania z urządzenia wymaganego przez Zamawiającego.

W postępowaniu wywołanym odwołaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił uczestnik - Zakład Projektowo - Usługowy „RADIX” sp. z o. o. w Krakowie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 11 stycznia 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i kosztami postępowania obciążyła Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o. o. w Krakowie.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie KIO w części historycznej uzasadnienia szczegółowo przedstawiła treść odwołania, jak też stanowisko Zamawiającego prezentowane w piśmie z dnia 30 grudnia 2011 roku, w którym domagał się oddalenia odwołania, przytaczając obszernie jego fragmenty wraz z podanymi przez Zamawiającego wyliczeniami i tabelami. Replikę wobec tego stanowiska Zamawiającego, Skarżący zamieścił w piśmie z dnia 3 stycznia 2012 roku, które również szeroko zostało w uzasadnieniu wyroku KIO przytoczone.

W toku postępowania Izba ustaliła m.in., że w dniu 15 grudnia 2011 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty. W postępowaniu złożono 6 ofert, a żadnej nie wykluczono ani nie odrzucono. Wybrano ofertę „RADIX”, której cena wynosiła 707.830,00 zł. Oferty innych podmiotów opiewały na kwoty: 954.100,00 zł, 1.174.700,00 zł, 1.189.700,00 zł, a oferta Skarżącego na kwotę 1.114.550,00 zł. Izba ustaliła, że wartość zamówienia publicznego wyniosła 1.834.791,00 zł, natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.321.050 zł. W ocenie Izby, oferta przystępującego opiewała na 50% wartości przedmiotu zamówienia.

W swoich rozważaniach Izba odniosła się do postanowień zawartych w SIWZ, a dotyczących przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, ustalenia wysokości ceny.

Zdaniem Izby zasadniczym zarzutem zarówno co do oferty „RADIX” jak i oferty Konsorcjum był zarzut podania przez te podmioty rażąco niskiej ceny i popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wskutek złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Izba wskazała, odwołując się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30 grudnia 2011 roku, iż ceny świadczenia usług związanych z przedmiotem zamówienia ulegają znaczącym wahaniom. Tytułem przykładu podano ceny za utrzymanie czystości terenów zielonych, pasów drogowych, wydzielonych torowisk, pętli autobusowych i tramwajowych, które oscylują wokół kwot od 17 do 30 zł za 1 ha, a cena zaproponowana przez Skarżącego wynosiła 18 zł. W ocenie Izby jest to znacząca różnica cen. Również analiza cen za opróżnianie koszy (podanych przez Skarżącego, RADIX i Konsorcjum) prowadzi do wniosku, iż ceny te są porównywalne, bowiem wynoszą odpowiednio: 2,2 zł, 1,7 zł, 2,0 zł i nie są to ceny rażąco niskie. Podkreśliła Izba, iż wysokość ceny letniego utrzymania chodników utrzymuje się na stosunkowo niskim poziomie, a to m.in. z uwagi na użycie sprzętu mechanicznego o dużej wydajności, a jako przykładowe wskazała ceny za utrzymanie czystości na Krakowskich Plantach.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że już w 2010 roku ceny kształtowały się na poziomie zbliżonym do podanych w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby Skarżący nie wykazał zasadności zarzutu nieporównywalności kosztów obsługi rejonu III z rejonem po Zarządzie Budynków Mieszkalnych. Zwróciła Izba uwagę na znaczące różnice w cenach świadczonych usług przez konkurujących wykonawców. Izba przedstawiła porównanie cen za poszczególne usługi w latach 2005-2009. Podkreśliła, iż wyjaśnienia Zamawiającego, że nie ma aktualnie obowiązujących norm pracy i innych zasad, które służyłyby do precyzyjnej wyceny każdej z usług, są przekonujące i mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. W ocenie Izby aktualnie sektor usług sprzątnia opiera się na kalkulacji kosztów za

poszczególne rodzaje prac według wyłącznej inicjatywy oferentów i z oświadczeń wykonawców wynika, że składa się na to wiele czynników takich jak znajomość branży, posiadany lub udostępniany potencjał sprzętowy, efektywność i organizacja pracy, jak też konkurencyjna gra na rynku, na którym zamawiający stosuje jedynie kryterium ceny.

W ocenie Izby nie było podstaw do uwzględnienia odwołania i brak było podstaw do przyjęcia, że strona Skarżąca wykazała czyn nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie ofert, jak też do przyjęcia, że wykonawcy podali rażąco niskie ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 pzp. Również bezzasadny okazał się zarzut nie przedstawienia przez RADIX i Konsorcjum dokumentów potwierdzających dysponowanie niezbędnymi zasobami. W ocenie Izby pisma pochodzące od PUH Profis i firmy Karcher Sp. z o. o. dawały podstawę do przyjęcia, że wykonawcy będą dysponowali niezbędnymi zasobami w rozumieniu art. 26 ust. 2 lit. b pzp. Chybiony był również zarzut niewykazania przez Konsorcjum wymaganego doświadczenia, bowiem wymogi przewidziane w SIWZ zostały wypełnione.

Izba uzasadniła również decyzję o odmowie dopuszczenia części dowodów zgłoszonych przez pełnomocnika Skarżącego tym, że zgromadzony materiał dowodowy był wystarczający do rozstrzygnięcia oraz tym, że niektóre dowody mogły być przedstawione już na rozprawie, a przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego przedłużyłoby niewspółmiernie postępowanie do zgłoszonej potrzeby wyjaśnienia sprawy.

Skarżący w skardze od wyroku KIO zarzucił;

- naruszenie art. 192 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1, art. 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 26 ust. 2 lit. b, art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy pzp wskazując na czym to naruszenie polega powtarzając tę samą argumentację jaka została zamieszczona w odwołaniu

- naruszenie art. 192 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy pzp wskazując na czym to naruszenie polegało, powtarzając te same argumenty jakie zostały zamieszczone w odwołaniu

- naruszenie art. 192 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp polegające na tym, iż KIO nie uwzględniła odwołania mimo, że uznała, że Skarżący słusznie zakwestionował wyjaśnienia RADIX i Konsorcjum

- naruszenie art. 192 ust. 2 pzp polegające na tym, że KIO oparła rozstrzygnięcie wyroku nie na przepisach prawa i należycie ustalonym stanie faktycznym, lecz na:

- a) błędnych lub nierzetelnych twierdzeniach podawanych przez Zamawiającego

- b) błędnej analizie danych na temat kształtowania się oferowanych cen na rynku usług oczyszczania miasta w Krakowie, tak podanych przez Skarżącego jak i Zamawiającego

- c) wewnętrznie sprzecznych lub oczywiście błędnych wnioskach wynikających z analizy, o którym mowa w lit. b oraz błędnej oceny materiału dowodowego i twierdzeń stron - a w szczególności na mechanicznym i

bezkrytycznym przyjęciu za Zamawiającym, że ceny zaproponowane przez wykonawców - RADIX i Konsorcjum nie stanowią ceny rażąco niskiej

- naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik niniejszej sprawy, a to art. 190 ust. 1 zdanie drugie i ust. 3 ustawy pzp poprzez oddalenie wszystkich wniosków dowodowych Skarżącego, jakie miało miejsce na rozprawie w dniu 9 stycznia 2012 roku oraz art. 196 ust. 4 ustawy pzp poprzez niewyjaśnienie legalnych przyczyn, dla których te wnioski oddalono.

Podnosząc powyższe zarzuty Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku KIO w całości i uwzględnienie żądań odwołania i od przeciwników skargi kosztów postępowania odwoławczego i skargowego.

Nadto Skarżący wniósł o przeprowadzenie szeregu dowodów.

W obszernym uzasadnieniu swojej skargi Skarżący w pełni podtrzymał swoje stanowisko prezentowane w odwołaniu i powtórzył zawartą tam argumentację. Odnosząc się do przebiegu postępowania przed KIO Skarżący podkreślił, że Konsorcjum nie przystąpiło do postępowania odwoławczego i w efekcie nie kwestionowało żadnego z podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Wskazał, że RADIX przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, ale do zakończenia postępowania nie złożył żadnego merytorycznego pisma, a swoje stanowisko wywiódł dopiero na rozprawie.

Skarżący zarzucił, że Zamawiający nie podważył poprawności i zgodności z prawdą jakichkolwiek wyliczeń dokonanych przez Skarżącego w odwołaniu i w piśmie z dnia 3 stycznia 2012 roku, a poprzestał jedynie na przedstawieniu swoich danych, w oparciu o które wywodził, że ceny oferowane przez RADIX są rynkowe. Skarżący w szczególności przedstawił, że na rzecz Zamawiającego świadczy usługi od 1995 roku i posiada dogłębną wiedzę o wszelkich aspektach kosztowych realizacji tych usług. W ocenie Skarżącego wyrok KIO stanowi jedynie przejaw bezkrytycznego powielenia twierdzeń Zamawiającego przedstawionych w piśmie z dnia 30 grudnia 2011 roku.

Zwrócił uwagę Skarżący na te fragmenty uzasadnienia wyroku KIO, z treści których wynika, iż KIO podziela częściowo stanowisko Skarżącego bądź nie kwestionuje podanych stawek (cen) za wykonywane usługi. Zarzucił Skarżący, że uzasadnienie wyroku KIO jest błędne, wewnętrznie sprzeczne i oparte nie na przepisach ustawy pzp, lecz na dowolnie przyjętych przesłankach. W ocenie Skarżącego bezzasadnie KIO uznało, że zarzuty zaniechania odrzucenia oferty z powodu niezłożenia wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy pzp, zaniechania wykluczenia z przetargu i odrzucenia ofert z powodu nieprzedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez RADIX i Konsorcjum wymogów SIWZ, są zarzutami drugorzędnymi, bowiem wszystkie zarzuty były równorzędne i uwzględnienie któregośkolwiek z nich musiało skutkować odrzuceniem oferty RADIX i Konsorcjum. To stanowisko strona Skarżąca szeroko uzasadniła przytaczając argumentację zawartą w odwołaniu. Podobnie uzasadniony został zarzut podania rażąco niskiej ceny, a stanowisko KIO w tym przedmiocie było w istocie mechanicznym i bezkrytycznym powtórzeniem twierdzeń Zamawiającego zawartych w jego piśmie z dnia 30 grudnia 2011 roku. Podtrzymując swoje stanowisko, że RADIX i Konsorcjum zaoferowały ceny rażąco niskie, Skarżący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Bogusława

Urzędowskiego, z treści umowy zawartej przez RADIX z podmiotem trzecim, z opinii biegłego z wykazu stawek za usługi i z przesłuchania stron. Skarżący zarzucił, iż to jedynie on dokonał analizy stawek za świadczone usługi, a analizy tej nie zakwestionował ani Zamawiający ani KIO, dlatego też w ocenie Skarżącego wobec tych jego twierdzeń należy stosować zasadę wynikającą z treści art. 230 kpc. Skarżący zarzucił, że samo porównanie cen oferowanych do cen występujących na rynku nie jest wystarczające do ustalenia, czy nastąpiło rażące zaniżenie ceny. Skarżących przedstawił w uzasadnieniu zestawienia i procentowy stosunek cen zaoferowanych przez RADIX w stosunku do wartości zamówienia. Szczegółowo też odniósł się do błędnych w jego ocenie założeń KIO i niepoprawnych metodologicznie analiz.

Naruszenie przepisów w postępowaniu Skarżący upatruje także w oddaleniu jego wniosków dowodowych, co zostało dokonane z oczywistym naruszeniem art. 190 ust. 1 zd. 2 i ust. 3 ustawy pzp.

Strona skarżąca uzasadniła również interes prawny w złożeniu niniejszej skargi.

W odpowiedzi na skargę przystępujący - Zakład Projektowo - Usługowy RADIX sp. z o. o. w Krakowie wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. W uzasadnieniu odpowiedzi podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Zamawiający - Gmina Miejska Kraków - Zakład Infrastruktury i Transportu w Krakowie w odpowiedzi na skargę również wniosła o jej oddalenie w całości i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania.

Po rozpoznaniu skargi Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga jest nieuzasadniona.

W żadnej mierze nie można podzielić stanowiska skarżącego, że naruszone zostały te regulacje ustawy pzp (art. 90), które dotyczą złożenia przez wykonawców wyjaśnień na żądanie zamawiającego. W ocenie Sądu podkreślenia wymaga, iż przedmiotem zamówienia nie była usługa szczególnie skomplikowana, wymagająca wiedzy specjalistycznej, zastosowania wyszukanej technologii, czy też wysoko wyspecjalizowanej kadry pracowniczej. Zamawiający słusznie w odpowiedzi na skargę podkreśla, że zapytanie skierowane do wykonawców nie miało charakteru szczegółowego i nie żądał on udzielenia szczegółowych wyliczeń i analiz. Można przyznać rację Skarżącemu, że odpowiedzi udzielone zarówno przez RADIX jak i Konsorcjum zawierały stwierdzenie o dość znacznym stopniu ogólności. Nie można się jednak zgodzić ze stanowiskiem, że ten stopień ogólności był tak wysoki, że w istocie dyskwalifikował ich merytoryczną wartość. Przekonującym jest np. stanowisko prezentowane w wyjaśnieniu skierowanym do zamawiającego przez RADIX, że odpowiednia organizacja pracy, posiadanie doświadczenia, czy też użycie odpowiednich maszyn pozwala na zaoferowanie stosunkowo przystępnych cen za świadczone usługi. W ocenie Sądu Okręgowego aktualnie nie istnieją w obowiązującym porządku prawnym (w szczególności w regulacji ustawy pzp) sztywne kryteria, jakie winny być spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające.

Stąd oczywistym jest, że ich ocena dokonywana będzie w każdym konkretnym przypadku przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat treści zapytania. Nie ulega wątpliwości, że wykorzystanie instytucji wyjaśnień (art. 90 pzp) objęte jest kontrolą w toku postępowania odwoławczego, czy też następnie skargowego. Obowiązkiem zamawiającego jest sformułowanie zapytania do wykonawców w taki sposób, aby treść wyjaśnienia czyniła zadość warunkom postępowania o udzielenie zamówienia. Prawidłowa ocena złożonego wyjaśnienia ciąży na zamawiającym (takie stanowisko zajęła KIO w orzeczeniu z dnia 2 sierpnia 2011, KIO 1568/11).

Wbrew stanowisku Skarżącego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający przyjmując wyjaśnienia złożone przez RADIX i Konsorcjum nie naruszył wskazanych w odwołaniu i skardze norm ustawy pzp. Subiektywne przekonanie Skarżącego, że wyjaśnienia były nieprawidłowe, nierzetelne i niespójne nie oznacza automatycznie, że wyjaśnienie należało zdyskwalifikować i oferty wskazanych podmiotów odrzucić. Wyjaśnienia te, niewątpliwie zawierające w swej treści pewne uogólnienia, odpowiadają żądaniom Zamawiającego i wbrew twierdzeniom Skarżącego są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Warto w tym miejscu wskazać na stanowisko KIO prezentowane w uzasadnieniach orzeczeń podanych przez zamawiającego w odpowiedzi na skargę (wyrok z dnia 22 lutego 2011, KIO 235/11, wyrok z dnia 12. maja 2011 roku, KIO 896/11, wyrok z dnia 24 czerwca 2010 roku, KIO 1157/10).

Reasumując; przeprowadzone w toku postępowania o udzielenie zamówienia postępowanie wyjaśniające, nie naruszało dyspozycji art. 90 ustawy pzp i zasadnie Izba nie uznała tych zarzutów odwołania za zasadne.

Nie można podzielić stanowiska Skarżącego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszone zostały normy art. 26 ust. 2 lit. b ustawy pzp. Słusznie wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na skargę, że przedstawienie przez wykonawcę pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów jest jedynie jednym ze sposobów przykładowo podanych w regulacji art. 26 ust. 2 lit. b ustawy pzp. Wobec takiej redakcji wskazanej normy, nie do przyjęcia jest pogląd prezentowany w odwołaniu i następnie w skardze, że jedynie dokument zawierający w swej treści precyzyjne dane, parametry techniczne urządzeń, czy też oświadczenia woli rodzące skutek zobowiązaniowy w rozumieniu odpowiednich regulacji kodeksu cywilnego, spełnia wymogi, o których mowa w art. 26 ust. 2 lit. b ustawy pzp. Gdyby taka była intencja ustawodawcy, to zapewne znalazłoby to swoje odbicie w odpowiedniej redakcji wskazanej normy. Wydaje się, iż nie ma przeszkód, aby bardziej rygorystyczne wymogi w tym zakresie zamieszczone były w SIWZ, jednakże w tym konkretnym postępowaniu takich wymogów nie było. Zasadnie zatem Izba nie podzieliła tego zarzutu odwołania.

Niewątpliwie, ściśle powiązaniem z zarzutem naruszenia wskazanych przez Skarżącego norm ustawy pzp w toku postępowania wyjaśniającego jest zarzut podania przez RADIX i Konsorcjum rażąco niskich cen, a tym samym zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji (zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji).

Nie można jednak podzielić stanowiska Skarżącego, że obaj wykonawcy, tj. RADIX i Konsorcjum (ale w szczególności RADIX) podały w ofercie ceny rażąco niskie, a tym samym dopuściły się czynów nieuczciwej

konkurencji, co w efekcie miało stanowić podstawę do dyskwalifikacji wskazanych wykonawców z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jest poza sporem, że przepisy ustawy pzp nie zawierają tzw. legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i w każdym konkretnym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli zajdzie taka potrzeba, należy tę kwestię badać. Kryteria takiego badania winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, z dnia 28 kwietnia 2008 roku, XIX Ga 128/08).

Nie można też podzielić stanowiska Skarżącego, że podanie przez wykonawcę w ofercie ceny rażąco niskiej, nawet w przypadku jednej z wielu usług wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia, wyczerpuje już dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy pzp. Oceniając, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe. Nawet jeśli pewne części oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską, to nie skutkuje to jednak koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską (por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009, KIO/UZP/109/09).

Można zatem zgodzić się z zastrzeżeniami Skarżącego co do niektórych cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy RADIX. Jednakże całościowa wartość oferty nie może być uznana za wyczerpującą znamiona podania ceny rażąco niskiej. Zasadnie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym na rynku świadczenia usług związanych z oczyszczeniem miasta istnieją znaczne rozbieżności cen, a nadto zauważalna jest silna konkurencja i tendencja do obniżania cen. Nie można tracić z pola widzenia i tego faktu, że Zamawiający początkowo podał wartość zamówienia na kwotę 1.834.791,64 zł, a następnie zmniejszył ją przed otwarciem ofert do kwoty 1.321.050 zł, a więc o kwotę ponad 500 tys. Zł. To również stanowi sygnał potwierdzający zasadność tezy o znacznych rozbieżnościach cen w tym sektorze usług. Trafnie Zamawiający wskazuje na przykład wygrania poprzedniego przetargu przez Skarżącego w sytuacji gdy wycena Zamawiającego wynosiła kwotę 5.291.250 zł, a wygrywająca oferta Skarżącego proponowała cenę w wysokości 3.448.9000 zł. Już tylko wskazana okoliczność powoduje, że rozważanie kwestii podania ceny rażąco niskiej za wykonanie takiego przedmiotu zamówienia jak w niniejszym sporze musi uwzględniać tę specyfikę.

Niewątpliwie ceny zaoferowane przez RADIX i Konsorcjum są dość znacznie niższe od wartości przedmiotu zamówienia ustalonej ostatecznie przed otwarciem ofert, ale nie są to ceny rażąco niskie i zasadnie przyjęła Izba, że nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu norm ustawy pzp. Nie jest również zasadny zarzut naruszenia norm regulujących postępowanie przed Izłą (art. 190 pzp). Należy zgodzić się ze stanowiskiem Izby, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wystarczał do starannego rozstrzygnięcia.

Nie można podzielić stanowiska Skarżącego, iż Izba nie uzasadniła w sposób wystarczający swojej decyzji o oddaleniu wniosków dowodowych zgłoszonych w toku postępowania odwoławczego. Przede wszystkim przekonujący był argument, że materiał dowodowy już zgromadzony wystarczał do rozstrzygnięcia. Nie było potrzeby przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka Bogusława Urzędowskiego, pracownika Skarżącego „na okoliczności wskazane poniżej, dotyczące kalkulacji cen Konsorcjum”. Przy

tak sformułowanej tezie dowodowej i w gruncie rzeczy wyczerpującym podaniu argumentacji w pismach Skarżącego bezzasadnym było przesłuchanie świadka na te okoliczności, bowiem logicznym jest wniosek, iż świadek powieliłby argumentację podaną w pismach. Tak samo należy ocenić wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań stron. Ten wniosek dowodowy służyć miał wykazaniu doświadczenia Skarżącego w zakresie obsługi Rejonu 3. To, że Skarżący takie doświadczenie posiada nie było w ogóle kwestionowane i taki dowód dla rozstrzygnięcia był zbędny.

Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Izby, że nie było przeszkód do przedstawienia ewentualnego dowodu z treści umowy z jednostką odbierającą odpady, czy też tzw. stawek obowiązujących dla rejonu 3-8 w latach 2010/2011 już w chwili wniesienia odwołania. Zgodzić się również należy ze stanowiskiem Izby, że dowód z opinii biegłego (wobec zawartości zgromadzonego już materiału dowodowego) prowadziłoby do zbędnej przewłoki w postępowaniu dowodowym. Te same przyczyny legły u podstaw oddalenia wniosków dowodowych zgłoszonych w skardze.

Nie jest zatem zasadny zarzut naruszenia art. 190 ust. 1 zd. 2 i ust. 3 oraz art. 196 ust. 4 ustawy pzp.

Mając na uwadze powyższe należało orzec jak w pkt. I wyroku (art. 198 pkt. 2 ustawy pzp). O kosztach orzeczono w myśl zasady z art. 198 ust. 5 pzp (pkt. II i III wyroku).