

WYROK
z dnia 28 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa oraz SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **PPHU LEKARO J. Z., Wola Ducha 70A, 05-408 Glinianki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa oraz ATF Sp. z o.o. sp. k, Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża odwołującego Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa oraz SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa, i:**

- 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa oraz SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 417/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie od 01.01.2019 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 września 2018 r., nr 2018/S 173-392688. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części 3-ciej zamówienia. Pismem z dnia 22 lutego 2019 r. (wysłanym wykonawcom w dniu 26 lutego 2019 r.) zamawiający poinformował, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w części 3-ciej uzyskali w kryteriach oceny ofert następującą liczbę punktów:

1. PPHU LEKARO J. Z. – 94,56 pkt,
2. BYŚ W. B. – 94,51 pkt,
3. Konsorcjum Remondis Sp. z o.o. i SUEZ Sp. z o.o. sp. k. – 84,89 pkt,
4. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie – 84,88 pkt.

Za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę wykonawcy PPHU LEKARO J. Z.

W dniu 8 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa oraz SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu przez:
 - a. J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. w Woli Duckiej,
 - b. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W. B. w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Mirosławcu,pomimo, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji w przeprowadzonej przez zamawiającego aukcji cenami ryczałtowymi brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla poszczególnych odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes odwołującego i zamawiającego,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Lekaro i Konsorcjum Byś do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy ceny zaofertowane przez Lekaro za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 10 km i dla odległości powyżej 20 km do 40 km i powyżej oraz przez Konsorcjum Byś za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości powyżej 20 km do 40 km i powyżej, oraz ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w siwz.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„a) Ceny w ofertach prezentowane były w następującej tabeli:

	Odległość*	Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN]	Waga stawki do obliczenia	Stawka ważona (kol. 2x3) [PLN]
	1	2	3	4
1	do 10 km		41%	
2	powyżej 10 km do 20 km		32%	
3	powyżej 20 km do 40 km		27%	
4	Suma:			

- b) Do każdej z cen Zamawiający przypisał procentową wagę stawki, na podstawie której jest ustalana stawka ważona dla każdej z cen. Ocenie podlega suma stawek ważonych (wiersz 4 tabeli). Zgodnie z zamieszczoną w pkt 1 Formularza ofertowego instrukcją - iloczyn najwyższej stawki i maksymalnego strumienia odpadów będzie stanowił kwotę do porównania czy wartość oferty nie przekracza kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Wartość ta jednocześnie będzie stanowić wartość maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy, o którym mowa w §6 Umowy.
- c) Zamawiający przewidział różne wagi stawki dla poszczególnych odległości w celu zniwelowania spodziewanej różnicy pomiędzy ceną za odległość do 10 km (stawka ta powinna być najniższa - najkrótsza odległość od granicy Zadania), a ceną dla odległości powyżej 20 km do 40 km, która ze względu na największą odległość od granicy zadania powinna być ceną najwyższą. Dla najkrótszego odcinka została bowiem przypisana waga stawki 41%, dla najdłuższego zaś waga tylko 27 %, dla pośredniego odcinka (od 10 km do 20 km) waga stawki została określona na poziomie 32%.
- d) Wysokość poszczególnych cen jednostkowych przekłada się zatem na określenie stawek ważonych dla poszczególnych odległości, a w efekcie na wartość maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy.
- e) Zgodnie z § 6 wzoru umowy w przypadku wskazania przez Zamawiającego jako właściwej instalacji położonej w odległości powyżej 40 km od granicy Zadania 3, ustalenie ceny jednostkowej za odbiór 1 Mg odpadów będzie następowało na podstawie wzoru, którego podstawą jest cena jednostkowa stosowana dla odległości między 20 km a 40 km, tj.:
- „dla odległości powyżej 40 km w wysokości obliczonej wg wzoru: $C_{20-40} + 0,2\% \times C_{20-40} \times (L - 40)$, gdzie: C_{20-40} jest równe stawce określonej w lit. c (dla odległości między 20 a 40 km - dopisek własny autora), a L jest równe odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej”.
5. W dniu 23 stycznia 2019 r. o godz. 10:00 dla Zadania nr 3 przeprowadzona została aukcja elektroniczna, do której zaproszenie uzyskali wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty na to zadanie tj. Lekaro, Konsorcjum Byś, Odwołujący i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. (dalej: „MPO”). Była to pierwsza aukcja prowadzona przez Zamawiającego w ramach postępowania (aukcje dla pozostałych zadań odbywały się w dniu 23 stycznia, ale o późniejszych godzinach oraz w kolejnych dniach - 24 i 25 stycznia 2019 r.). Zestawienia wiążących postąpień złożonych przez wykonawców w toku aukcji w postaci wydruku z platformy stanowią załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia i w związku z tym zgodnie z dyspozycją art. 96 ust. 3 Pzp, zostały udostępnione przez Zamawiającego dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.
- a) W złożonych ofertach wykonawcy zaoferowali następujące ceny ryczałtowe:

	Odległość	Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN]			
		Lekaro	Konsorcjum Byś	Odwołujący	MPO
1	do 10 km	830,52	972,00	702,00	549,00
2	powyżej 10 km do 20 km	872,64	1188,00	756,00	569,00
3	powyżej 20 km do 40 km	872,64	1512,00	810,00	589,00

- b) W toku prowadzonej aukcji ceny uległy znaczącej zmianie i w momencie jej zakończenia prezentowały się w następujący sposób:

	Odległość	Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN]			
		Lekaro	Konsorcjum Byś	Odwołujący	MPO
1	do 10 km	270,00	324,00	325,00	396,00
2	powyżej 10 km do 20 km	361,00	369,00	385,00	397,00
3	powyżej 20 km do 40 km	290,00	312,00	393,00	300,00

6. Analizując ceny zaoferowane przez wykonawców w złożonych ofertach dla Zadania 3 (przed aukcją) należy zwrócić uwagę na pewną prawidłowość - ceny ryczałtowe brutto na odbiór 1 Mg odpadów komunalnych rosły liniowo wraz ze wzrostem odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w §38 OPZ. Po aukcji w przypadku cen zaoferowanych przez Lekaro i Konsorcjum Byś prawidłowość ta już nie występuje, a porównanie cen sprzed aukcji i po aukcji prowadzi do następujących wniosków:

7. Lekaro:

- a) W przypadku Lekaro najniższą spośród zaoferowanych cen zarówno przed aukcją jak i po aukcji jest cena za odbiór odpadów w odległości do 10 km (odpowiednio 830,52 zł brutto i 270 zł brutto). Przed aukcją cena za odległość powyżej 10 km do 20 km i powyżej 20 km do 40 km była taka sama. Po aukcji występuje duży

rozdźwięk pomiędzy tymi cenami. Cena za odbiór dla odległości powyżej 10 km do 20 km jest najwyższą spośród zaoferowanych przez tego wykonawcę cen. Cena za odbiór odpadów na odległość powyżej 20 km do 40 km jest od niej o ponad 70 zł niższa (pomimo dwukrotnego wzrostu odległości) i pozostaje wyższa od ceny zaoferowanej za odległość do 10 km o 20 zł. Taki rozdźwięk cen a zwłaszcza przypisanie cen za odbiór odpadów dla odległości powyżej 10 km do 20 km najwyższej wartości prowadzi do wniosku, że Lekaro ustalało ceny w sposób mający na celu zmanipulowanie wyników aukcji (poprzez uzyskanie wysokiej punktacji w ramach kryterium cenowego).

- b) W § 38 ust. 3 OPZ Zamawiający wskazał w tabeli listę instalacji i stacji przeładunkowych przypisanych do poszczególnych Zadań i frakcji w pierwszym roku trwania Umowy, oraz odległość instalacji i stacji przeładunkowych, stanowiącą podstawę do obliczenia wynagrodzenia, zgodnie z §6 Umowy. Zgodnie z tą tabelą dla

Zadania 3 Zamawiający podał:

- Lekaro - jako RIPOK (instalację) i punkt przeładunkowy przyjmujący 6 frakcji odpadów (odpady zmieszane, metale i tworzywa sztuczne, papier, szkło, bio, odpady wielkogabarytowe) oraz
- MPO - Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Radiowo przyjmujący odpady zielone,

dla obu tych podmiotów odległość została określona jako od 10 do 20 km.

- c) Tym samym, Lekaro zaoferowało najwyższą cenę za odbiór odpadów, w tym ich transport do własnej instalacji/stacji przeładunkowej, gdzie w roku 2019 będzie trafiała przeważająca większość odpadów (o ile nie wszystkie) z Zadania 3, a zatem osiągnie najwyższy zysk, jednocześnie oferując najniższą cenę dla odległości do 10 km oraz dla odległości powyżej 20 do 40 km cenę niższą niż dla odległości 10-20 km, co w niebagatelny sposób przekłada się na sumę stawek ważonych.

- d) Jeżeli w kolejnych latach Lekaro uzyska zamówienie na zagospodarowanie odpadów, to również w kolejnych latach obowiązywania Umowy będzie odbierało i transportowało odpady do własnej instalacji. Biorąc pod uwagę, że Lekaro zakładało, że będzie realizowało zagospodarowanie odpadów przez cały okres obowiązywania umowy na odbiór odpadów komunalnych to należy dojść do wniosku, że ukształtowało poszczególne ceny za odbiór odpadów w sposób mający na celu nieuzasadnione zawyżenie punktacji przyznanej mu w ramach kryterium cenowego, a zatem dopuściło się manipulacji kryteriami oceny ofert ze szkodą dla Odwołującego. Ponadto ww. ukształtowanie ceny za transport odpadów do własnej instalacji pozwoli Lekaro na zaoferowanie niskich cen w przyszłym przetargu na zagospodarowanie odpadów z Zadania 3, dzięki możliwości kompensacji kosztów zagospodarowania środkami pochodzącymi z wynagrodzenia za odbiór odpadów z Zadania 3.

- e) Warto również prześledzić i porównać zachowanie tego Wykonawcy podczas aukcji dla innych zadań:

Odległość		Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN] wskazana w ofercie				
		Zadanie 2	Zadanie 3	Zadanie 5	Zadanie 6	Zadanie 8
1	do 10 km	830,52	830,52	754,92	765,72	830,52
2	powyżej 10 km do 20 km	872,64	872,64	797,04	807,84	872,64
3	powyżej 20 km do 40 km	872,64	872,64	797,04	807,84	872,64

Dla wszystkich zadań najniższą z zaoferowanych cen ryczałtowych była cena za odbiór odpadów dla odległości do 10 km, ceny dla odległości powyżej 10 km do 20 km i powyżej 20 km do 40 km były identyczne. Wstępowała liniowa zależność pomiędzy ceną za odbiór dla odległości do 10 km i cenami za odbiór odpadów na dwóch pozostałych odległościach.

Po aukcji zaoferowane przez Lekaro ceny dla poszczególnych odległości przedstawiały się następująco:

Odległość		Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN] zaoferowane w toku aukcji				
		Zadanie 2	Zadanie 3	Zadanie 5	Zadanie 6	Zadanie 8
1	do 10 km	450,00	270,00	351,00	765,72	830,52
2	powyżej 10 km do 20 km	450,00	361,00	339,00	780,00	872,64
3	powyżej 20 km do 40 km	400,00	290,00	470,00	735,00	872,64

Z przekazanej przez Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że spośród zadań na które Lekaro złożyło ofertę, oferta Lekaro została uznana za ofertę najkorzystniejszą w zakresie Zadania 3 i Zadania 5.

Dla Zadania 3 i dla Zadania 5 Zamawiający wskazał te same instalacje/ stacje przeładunkowe z przypisanymi takimi samymi frakcjami przyjmowanych odpadów, czyli instalacje Lekaro i MPO. Jedyna różnica jest taka, że dla Zadania 3 w obu przypadkach odległość od granic Zadania 3 do instalacji Lekaro wynosiła od 10 do 20 km, a dla Zadania 5 wynosi dla instalacji Lekaro powyżej 20 km, dla Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów MPO odległość dla Zadania 5 wynosi poniżej 10 km. Analiza cen dla Zadania 5 pokazuje, że Lekaro również w tym przypadku zaoferowało najwyższą cenę za odbiór i transport odpadów do własnej instalacji, z kolei najniższą cenę zaoferowało za sytuację która wg założeń Lekaro nie wystąpi (opiera się to na założeniu, że Lekaro uzyska zamówienie na zagospodarowanie odpadów pochodzących z Zadania 5). Co znamienne cena za odbiór i transport dla odległości powyżej 10 km do 20 km jest niższa od ceny za odbiór i transport do 10 km, co przeczy logice gdyż oznacza, że wykonawca otrzyma niższe wynagrodzenie za odbiór i transport odpadów na dalszą odległość.

8. Konsorcjum BYŚ:

- a) Również w przypadku tego wykonawcy cena za transport dla odległości od 10 do 20 km budzi wątpliwości, zwłaszcza w kontekście sposobu kształtowania przez tego wykonawcę cen dla innych Zadań, w których Byś złożył ofertę samodzielnie lub w ramach Konsorcjum.

Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN] wskazana w ofercie	

	Odległość	Zadanie 1 Byś	Zadanie 3 Konsorcjum Byś	Zadanie 8 Byś	Zadanie 9 Byś
1	do 10 km	972,00	972,00	972,00	972,00
2	powyżej 10 km do 20 km	1188,00	1188,00	1188,00	1188,00
3	powyżej 20 km do 40 km	1512,00	1512,00	1512,00	1512,00

Po aukcji zaofertowane przez Byś lub Konsorcjum Byś ceny dla poszczególnych odległości przedstawiały się następująco:

	Odległość	Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN]			
		Zadanie 1 Byś	Zadanie 3 Konsorcjum Byś	Zadanie 8 Byś	Zadanie 9 Byś
1	do 10 km	445,00	324,00	420,00	660,00
2	powyżej 10 km do 20 km	455,00	369,00	430,00	710,00
3	powyżej 20 km do 40 km	550,00	312,00	430,00	760,00

d) Analiza cen ustalonych w wyniku aukcji pokazuje, że tylko w przypadku Zadania 3 nie występuje liniowa zależność pomiędzy ceną i odległością, która to zależność występuje w przypadku pozostałych zadań, na które Byś złożył ofertę. Najwyższą cenę ryczałtową brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla Zadania 3 Konsorcjum Byś zaofertowało za odbiór i transport odpadów dla odległości pomiędzy 10 km a 20 km, a zatem dla odległości, która dzieli instalację Byś od granic Zadania 3. Ukształtowanie ceny za transport odpadów do własnej instalacji na najwyższym poziomie pozwoli Byś na zaofertowanie niskich cen w przyszłym przetargu na zagospodarowanie odpadów z Zadania 3, dzięki możliwości kompensacji kosztów zagospodarowania środkami pochodzącymi z wynagrodzenia za odbiór odpadów z Zadania 3.

e) Z kolei, okoliczność że cena zaofertowana przez Konsorcjum Byś za odbiór i transport odpadów dla odległości do 10 km jest wyższa niż cena zaofertowana przez tego wykonawcę za odbiór odpadów dla odległości powyżej 20 km do 40 km (a zatem dla dwukrotnie większej odległości) wskazuje, że ceny zaofertowane przez Konsorcjum Byś dla poszczególnych odległości są cenami nieuzasadnionymi ekonomicznie i nakierowanymi na uzyskanie w sposób nieuzasadniony maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium cenowego.

f) Taki sposób ukształtowania cen nie może znajdować uzasadnienia w fakcie, że np. jeden z członków konsorcjum posiada własną stację przeładunkową. W odpowiedzi na pytanie nr 1 z zestawu 22 (wyjaśnienia treści SIWZ z 29 listopada 2018 r.), Zamawiający potwierdził bowiem argumentację prezentowaną przez wykonawcę zadającego pytanie zgodnie z którą w przypadku korzystania z własnych stacji przeładunkowych, dla potrzeb ustalenia stawki wynagrodzenia za 1 Mg odebranych odpadów, należy wziąć pod uwagę wyłącznie odległość pomiędzy danym Zadaniem a instalacją lub stacją przeładunkową wskazaną przez Zamawiającego zgodnie z §38 OPZ, a ewentualne korzystanie z własnej stacji przeładunkowej (oraz jej położenie) nie ma znaczenia dla ustalenia stawki wynagrodzenia.

Ceny zaofertowane przez Lekaro i Konsorcjum Byś jedynie pozornie są bardziej korzystne od ceny zaofertowanej przez Odwołującego. Manipulując ceną za odbiór odpadów na określonej odległości w zależności od tego czy jest w niej położony RIPOK/ stacja przeładunkowa wykonawcy Konsorcjum Byś i Lekaro zapewnili sobie maksymalizację zysku (odbiór odpadów po najwyższej cenie) przy jednoczesnym zapewnieniu niskiej ceny dla pozostałych odległości co przełożyło się na stawki ważne, sumę stawek ważonych, a w efekcie na niską cenę oferty.

j) W świetle powyższej argumentacji nie może budzić wątpliwości, że działania podejmowane przez Lekaro i Konsorcjum Byś wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uzk. Działania podejmowane przez tych wykonawców są sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz naruszają interes Odwołującego, a także innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiającego. (...)

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaofertowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie określonym w tym przepisie.

W ramach aukcji dla Zadania 3 Lekaro za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 10 km zadeklarowało kwotę 270 zł brutto zaś dla odległości powyżej 20 km do 40 km kwotę 361 zł brutto. Konsorcjum Byś za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości powyżej 20 km do 40 km zaofertowało kwotę 312 zł brutto. W zakresie ww. cen oferowanych przez tych wykonawców dla Zadania 3 uwagę Zamawiającego powinny zwrócić już następujące okoliczności:

- ceny zaofertowane w aukcji dla Zadania 3 przez Lekaro za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych i) dla odległości do 10 km i ii) dla odległości powyżej 20 km do 40 km i powyżej 40 km oraz przez Konsorcjum Byś za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości powyżej 20 km do 40 km i powyżej 40 km są cenami najniższymi (w poszczególnych odległościach) z cen oferowanych przez tych wykonawców w odniesieniu do wszystkich zadań, dla których złożono oferty. Cena zaofertowana przez Lekaro za odbiór odpadów dla odległości do 10 km w pozostałych zadaniach kształtuje się na poziomie od 450 zł - zadanie 2 do 830,52 dla Zadania 8. Z kolei ceny zaofertowane za odbiór odpadów dla odległości powyżej 20 km do 40 km dla pozostałych zadań kształtują się na poziomie od 400 zł - zadanie 2 do 872,44 zł dla Zadania 8. Ceny zaofertowane przez Konsorcjum Byś za odległość powyżej 20 km do 40 km dla pozostałych zadań dla tej odległości kształtują się na poziomie od 430 zł (dla zad. 8) do 760 zł (dla zad. 9).
- Ceny zaofertowane przez Lekaro oraz Konsorcjum Byś w Zadaniu 3 dla odległości od 20 do 40 km są niższe niż ceny zaofertowane przez tych wykonawców dla odległości do 10 km, co pozostaje w sprzeczności z logiką i doświadczeniem życiowym. Powyższe przełoży się także na wysokość cen za odbiór odpadów z terenu Zadania 3 w przypadku wskazania przez Zamawiającego jako właściwej instalacji położonej w odległości powyżej 40 km od granic

Zadania 3 (jak wskazano powyżej zgodnie § 6 wzoru umowy ustalenie ceny jednostkowej za odbiór 1 Mg odpadów będzie następowało na podstawie wzoru, którego podstawą jest cena jednostkowa stosowana dla odległości między 20 a 40 km).

c. Kwestionowane ceny są zdecydowanie niższe, niż ceny odbioru odpadów komunalnych z terenu Zadania 3 określone w obecnie wykonywanej umowie na odbiór odpadów z Mokotowa, jaką Zamawiający zawarł z MPO. Co istotne ani Lekaro ani Byś nie realizują obecnie odbioru odpadów komunalnych z terenu tego zadania.

Już wskazane powyżej okoliczności powinny były spowodować u Zamawiającego powstanie wątpliwości, które zobowiązywały go do wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego ww. ceny są rażąco niskie, tj. nierealistyczne, nierynkowe, a co za tym idzie, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w tych cenach.

Analiza cen zaoferowanych w toku aukcji przez Lekaro i Konsorcjum Byś prowadzi do wniosku, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawców - Lekaro dla odległości do 10 km (270 zł brutto) oraz dla odległości powyżej 20 km do 40 km (290 zł brutto) oraz Konsorcjum Byś dla odległości powyżej 20 km do 40 km (312 zł brutto) niezależnie od przyjętych zmiennych nie pokryją kosztów należytej realizacji Zadania 3 w przeliczeniu na 1 Mg odebranych odpadów komunalnych w przypadku odbioru odpadów odpowiednio: dla odległości do 10 km lub powyżej 20 km (wszystkie koszty związane z realizacją zadania - ze względu na ukształtowanie wynagrodzenia należnego wykonawcy - powinny być przeliczone na 1 Mg odbieranych odpadów) w całym okresie realizacji zamówienia. Ww. stawki nie wystarczą na pokrycie pełnych kosztów związanych z:

- zapewnieniem odpowiedniej ilości pojazdów (bezpylnych, hakowych i skrzyniowych) spełniających określone wymagania wraz z kosztami ich eksploatacji i amortyzacji oraz wyposażeniem ich w systemy niezbędne do realizacji zamówienia,
- zatrudnianiem pracowników i świadczeniem przez nich pracy (w tym kosztów wynagrodzenia i świadczeń ZUS) oraz zapewnieniem odzieży roboczej,
- zakupem pojemników, ich oznakowaniem (naklejka frakcyjna, naklejka identyfikująca MGO i RFID oraz transponder RFID), w tym kosztem ich amortyzacji, ich zinwentaryzowaniem oraz umieszczeniem w systemie wykonawcy oraz ich rozstawieniem,
- utrzymaniem należytego stanu technicznego, sanitarnego i porządkowego pojemników,
- zakupem i dystrybucją worków,
- zapewnieniem systemu informatycznego (w tym m.in. zapewnieniem odpowiednich funkcjonalności systemu, udostępnienie systemu z danymi bieżącymi, archiwizacja zdjęć z aplikacji mobilnych oraz udostępnienie i utrzymanie serwera komunikacyjnego, udostępnienie modułu planowania harmonogramów i tras wraz z wtyczką umożliwiającą udostępnienie wyszukiwarki harmonogramów mieszkańcom (poprzez stronę www) oraz aplikacji umożliwiającej wydruk naklejki identyfikacyjnej, zapewnienie gotowości 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu),
- obsługą wniosków, zgłoszeń i reklamacji związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w tym zamówień na usługi (np. wymiany pojemników, zmiany Planu Odbiorów, wywozu odpadów wielkogabarytowych),
- kosztem transportu oraz w odpowiednich sytuacjach przeładunku odpadów,
- zapewnieniem pozostałej infrastruktury niezbędnej do należytego wykonania zamówienia.

Ww. ceny zaoferowane zarówno przez Lekaro jak i Konsorcjum Byś są cenami nierealnymi, uniemożliwiającymi należyłą realizację zamówienia. W przypadku gdyby jeden z tych wykonawców świadczył usługę objętą przedmiotem zamówienia transportując odpady odpowiednio na odległość do 10 km i od 20 do 40 km oraz powyżej 40 km (Lekaro) oraz na odległość od 20 do 40 km oraz powyżej 40 km (Konsorcjum Byś) wówczas umowa byłaby realizowana nie tylko z pominięciem zysku wykonawcy za realizację zamówienia, ale poniżej rzeczywistych kosztów.

Jak wyżej wskazywano, ceny zaoferowane przez Lekaro i Konsorcjum Byś w ramach Zadania 3 dotyczące odbioru odpadów dla odległości do 10 km oraz dla odległości od 20 km do 40 km budzą poważne wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Z tego powodu, Zamawiający zobligowany był do skierowania do wyżej wymienionych wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny."

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia ofert złożonych przez Lekaro i Konsorcjum Byś, ewentualnie:
4. wezwania Lekaro i Konsorcjum Byś do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 13 i 14 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły pisma:

- 1) wykonawcy PPHU LEKARO J. Z., Wola Ducha 70A, 05-408 Glinianki (dalej: „przystępujący Lekaro”) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
 - 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa oraz ATF Sp. z o.o. sp. k, Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec (dalej: „przystępujący BYŚ”), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
- Izba uznała, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 25 marca 2019 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której w szczególności podniósł, co następuje.

„1A. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: uznk) w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu przez:

a) J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. w Woli Duchej (dalej: "Lekaro").

W pierwszej kolejności podnieść należy, że wobec braku zakwestionowania przez Odwołującego wysokości poszczególnych cen jednostkowych oraz relacji pomiędzy nimi, w ofercie, którą Lekaro wygrało aukcję elektroniczną przeprowadzoną w dniu 23 stycznia 2019 roku, w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp liczoną od w/w dnia, kwestionowanie ich na obecnym etapie postępowania jest spóźnione.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 91 c ust. 3 Pzp udostępniał w toku aukcji elektronicznej informacje o pozycji złożonej przez Odwołującego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty - w zakresie i formie zgodnej z poniższym formularzem przygotowanym dla identycznej aukcji na potrzeby przedmiotowej

argumentacji. Ponadto, zgodnie art. 91 c ust. 5 Pzp w zw. z art. 80 ust. 2 Pzp Zamawiający bezpośrednio po zamknięciu aukcji elektronicznej podał pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem elektronicznym informację o nazwie i adresie Wykonawcy, który wygrał aukcję. Potwierdzają to dokumenty zgromadzone w toku przedmiotowego postępowania. Odwołujący bezpośrednio po zakończeniu aukcji - w dniu 23 stycznia 2019 r. - miał pełną wiedzę co do wysokości cen w poszczególnych przedziałach cenowych zaoferowanych przez Lekaro w Zadaniu 3 oraz faktu, że to Lekaro wygrało przedmiotową aukcję elektroniczną. (...)

1B. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: uznk) w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu (...).

Wobec powyższego, Zamawiający wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, w swoim odwołaniu, na czym miałyby polegać poniesiona przez niego szkoda.

Odwołujący nie wykazał również, że działanie Wykonawców Lekaro lub Byś-ATF polegające na zaoferowaniu konkretnej ceny w aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 23 stycznia 2019 r. na Zadanie 3, po pierwsze było sprzeczne z prawem bądź dobrymi obyczajami, a po drugie, w jaki sposób doszło poprzez ich złożenie do naruszenia interesu innych przedsiębiorców działających na rynku. Jest to podstawowy obowiązek Odwołującego, który stawiając taką tezę zobligowany był w świetle prawa do udowodnienia swojego twierdzenia. (...)

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Lekaro i Konsorcjum Byś do złożenia wyjaśnień (...).

Zamawiający wskazuje ponadto, że Lekaro świadczył w zakresie Zadania 3 (obszar Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy) usługę polegającą na odbiorze odpadów komunalnych w latach 2014 - 2018. Zamawiający wskazuje, że Wykonawca ten poznał doskonale obszar, uwarunkowania oraz specyfikę tego zadania. Zamawiający wskazuje również, że latach 2014-2018 cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych zaoferowana przez Lekaro dla Zadania 3 wynosiła 98,28 zł, podczas gdy cena zaoferowana przez Wykonawcę Remondis Sp. z o.o. wynosiła 213,84 zł brutto. Mając to na uwadze, Zamawiający nie znalazł podstaw faktycznych do nabrania podejrzeń i wszczęcia procedury wyjaśniającej ewentualne zaoferowanie rażąco niskiej ceny przez Lekaro.

Ponadto wskazać należy, iż regulacja zawarta w art. 90 ust. 1a Pzp precyzyjnie określa poziom cen ofert oraz odniesienia porównawcze ceny oferty, w których Zamawiający musi zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie, czy cena zaoferowana w ofercie nie jest rażąco niska. Zgodnie z dyspozycją wskazaną w w/w przepisie nie można uznać cen zaoferowanych przez Lekaro oraz Konsorcjum Byś-ATF za „rażąco niskie”, ani w stosunku do przedmiotu i wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, ani w stosunku do cen zaoferowanych przez innych Wykonawców w tym postępowaniu, ponieważ:

a) zgodnie z informacją zawartą w SIWZ, Zamawiający oszacował wartość Zadania 3 na kwotę: 78 477 658,30 zł netto, 96 527 519,71 zł brutto, co przy maksymalnym strumieniu odpadów przewidzianym do odbioru, daje kwotę nie wyższą niż 269,95 zł brutto / Mg odpadów. Zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w Formularzu oferty iloczyn najwyższej stawki i maksymalnego strumienia odpadów będzie stanowił kwotę do porównania czy wartość oferty nie przekracza kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Wartość ta jednocześnie będzie stanowić wartość maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w par. 6 Umowy. Każda ze stawek wskazanych w ofertach Lekaro i Konsorcjum Byś-ATF, przewyższa najwyższą stawkę przyjętą przez Zamawiającego do oszacowania wartości zamówienia. Jednocześnie wartość oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o kwotę: 32 558 085,22 zł brutto. Wartość oferty Konsorcjum BYŚ- ATF przewyższa tę kwotę o 35 418 708,05 zł brutto a wartość oferty Odwołującego przekracza budżet o 44 000 576,52 zł brutto (46%).

b) ceny zaoferowane zarówno przez Lekaro, jak i Konsorcjum Byś-ATF nie odbiegają znacząco od cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców w tej samej aukcji. Zamawiający dokonał wnikliwego badania i porównania cen zaoferowanych w aukcji przez wszystkich Wykonawców nie tylko łącznie, ale też w poszczególnych przedziałach cenowych (odległościowych). Tabela przedstawia porównanie cen zaoferowanych przez wszystkich Wykonawców, biorących udział w aukcji elektronicznej w zakresie Zadania 3:

Wykonawca	Ranking	Cena C1	Cena C2	Cena C3	Średnia Cena ważona	Kryterium PŚ	Kryterium PJ	Punktacja łącznie
PPHU LEKARO	1	270,00	361,00	290,00	304,52	19,00	15,56	94,56
BYŚ	2	324,00	369,00	312,00	335,16	20,00	20,00	94,52
REMONDIS/SUEZ	3	325,00	385,00	393,00	362,56	14,50	20,00	84,90
MPO	4	396,00	397,00	300,00	370,40	20,00	15,56	84,89
Średnia złożonych ofert		328,75	378,00	323,75	343,16			
Wskaźnik RNC (70%×średnia)		230,13	264,60	226,63	240,21			

Wobec argumentacji podniesionej powyżej oraz wobec braku wątpliwości co do cen zaoferowanych przez Lekaro i Konsorcjum Byś-ATF, Zamawiający uznał, że nie ziszcili się przesłanki do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie naruszył zatem swoim działaniem dyspozycji przedmiotowego przepisu, w związku z czym niniejszy zarzut należy uznać w całości za bezzasadny. (...).

Pismem z dnia 27 marca 2019 r. odwołujący odniósł się do argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący wskazał, że podniesione przez niego w odwołaniu zarzuty nie są spóźnione, ponieważ ocena ofert nie kończy się w momencie zamknięcia aukcji elektronicznej, a w momencie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem dopiero w dniu poinformowania o wyborze oferty odwołujący dowiedział się o nieodrżuceniu ofert wykonawców Lekaro i BYŚ.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że nie istnieją jakiegokolwiek okoliczności faktyczne, które mogłyby usprawiedliwiać, w świetle obowiązku działania zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami, oferowanie najwyższych cen za odbiór odpadów i transport do instalacji położonej w odległości 10 – 20 km oraz najniższych dla odległości powyżej 20 km do 40 km. Fakt, że dla odległości 20 – 40 km nie są przewidziane RIPOK dla odpadów zmieszanych, nie uprawniał wykonawcy do oceny scenariusza konieczności transportowania odpadów na taką odległość jako mniej realnego i wskazywania niższej ceny niż dla mniejsze odległości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że fakt, że nie występuje 30% różnica między cenami oferowanymi przez Lekaro i BYŚw stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej ofert, nie oznacza, że zamawiający nie posiada uprawnień i obowiązku wezwania wykonawców do wyjaśnień. Dodał, że zamawiający nie może wiedzieć, bez wezwania Lekaro do wyjaśnień, jakie okoliczności właściwe temu wykonawcy zostały przyjęte do kalkulacji ceny. Zauważył też, że aktualnie na terenie objętym zadaniem nr 3 usługę świadczy MPO Sp. z o.o. (na podstawie umowy zawartej w trybie z wolnej ręki) i obowiązująca stawka wynosi 630,00 zł za 1 Mg w okresie od 1 stycznia do 31 marca 2019 r. oraz 590 zł za 1 Mg w ramach prawa opcji w okresie od 1 kwietnia do 31 sierpnia 2019 r. Powyższe, zdaniem odwołującego, obok innych argumentów podniesionych w odwołaniu, przemawia za koniecznością wezwania wykonawców Lekaro i BYŚ do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 27 marca 2019 r. przystępujący Lekaro przekazał swoje stanowisko, w którym w szczególności zaprzeczył stosowaniu inżynierii cenowej w ofercie Lekaro i wskazał, że nie może być mowy o „przerzucaniu kosztów”, skoro każda z cen samodzielnie pokrywa koszty z tytułu realizacji odnoszącej się do niej usługi. Dodał, że w siwz nie przewidziano obowiązku kształtowania cen w sposób liniowy. Podniósł też, że odwołujący nie wykazał, aby sposób ukształtowania cen ofertowych naruszał dobre obyczaje.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie od 01.01.2019 r.

Zamawiający przewidział trzy kryteria oceny ofert:

- cena – 60%,
- kryterium środowiskowe – 20%,
- kryterium jakościowe – 20%.

Zamawiający miał przyznawać punkty za zaoferowaną w formularzu oferty cenę brutto, wyrażoną jako suma stawek ważonych (wiersz 4 tabeli, w pkt 1 formularza oferty).

W pkt 1 formularza oferty zamawiający przewidział następującą tabelę na wpisanie ceny:

	Odległość*	Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN]	Waga stawki do obliczenia	Stawka ważona (kol. 2x3) [PLN]
	1	2	3	4
1	Poniżej 10 km		41%	
2	Powyżej 10 km do 20 km		32%	
3	Powyżej 20 km do 40 km		27%	
4	Suma:			

W pkt 27.9. siwz zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej.

W § 6 ust. 1 – 3 projektu umowy zamawiający zawarł następujące postanowienia:

1. Zamawiający określa, że za prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy zapłaci Wykonawcy, w sposób określony w ust. 2, łączne wynagrodzenie nie wyższe niż brutto (słownie złotych:).
2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 wypłacane będzie Wykonawcy od dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy i stanowić będzie, za dany okres rozliczeniowy, w zależności od odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej po najkrótszej drodze w linii prostej, z zastrzeżeniem ust. 3, iloczyn ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych oraz Masy Bezspornej tych odpadów, wyrażonej w Mg, tj.:
 - 1).....zł za 1 Mg (słownie złotych:.....) - odległość do 10 km,
 - 2).....zł za 1 Mg (słownie złotych:.....) - odległość powyżej 10 do 20 km,
 - 3).....zł za 1 Mg (słownie złotych:.....) - odległość powyżej 20 do 40 km,
 - 4) dla odległości powyżej 40 km w wysokości obliczonej wg wzoru: $c_{20-40} + 0,2\% \times c_{20-40} \times (L - 40)$, gdzie: c_{20-40} jest równe stawce określonej w pkt 3, a L jest równe odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej.
3. W przypadku gdy instalacja lub stacja przeładunkowa znajduje się w granicach Zadania, przyjmuje się, że odległość do miejsca zagospodarowania wynosi do 10 km.

W § 38 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał:

- 1) Wykonawca będzie przekazywać odpady komunalne odebrane z terenu poszczególnych Zadań do instalacji przetwarzania odpadów komunalnych lub stacji przeładunkowych zorganizowanych na ich terenie.
- 2) W przypadku awarii instalacji, obowiązek transportu odpadów do instalacji zastępczej spoczywa na właścicielu instalacji. Zamawiający wskazał listę instalacji i stacji przeładunkowych, przypisanych do poszczególnych Zadań i frakcji w pierwszym roku trwania Umowy, oraz odległość instalacji i stacji przeładunkowych, stanowiącą podstawę do obliczenia wynagrodzenia, zgodnie z § 6 Umowy, w tabeli poniżej:

Miejsce wytworzenia odpadów (numer Zadania)	Nazwa ¹¹	Adres ²¹	Frakcja przyjmowanych odpadów (kod)	Zakontraktowany strumień	Limit przyją ³¹	Odległość ⁴¹	dni i godziny przyjmowania odpadów
Zadanie 3 - Mokotów	PPHU LEKARO J. Z. instalacja RI POK/punkt przeładunkowy	Wola Duka 70A, 05-408 Glińianka, gm. Wiązowna	odpady zmieszane (20 03 01), metale i tworzywa sztuczne (15 01 06), papier (15 01 01), szkło (15 01 08), odpady wielkogabarytowe (20 03 07)	bez limitu	n.d.	ad 10 do 20 km	przyjęcie odpadów w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach 6:00-22:00 oraz w soboty w godzinach 6:00-22:00

MPO w m.st. Warszawie Sp. z o.o. - Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Radiowo	ul. Kampinowska 1, 01- 934 Warszawa	odpady zielone (20 02 01)	bez limitu	n.d.	od 10 do 20 m
---	---	------------------------------	------------	------	------------------

3) Zamawiający wskazuje Wykonawcy instalacje lub stacje przeładunkowe, obowiązujące w kolejnych latach obowiązywania Umowy, w terminie wskazanym w § 5 ust. 2 pkt 6 OPZ. Dla każdego zadania i frakcji zostanie wskazana odległość od instalacji lub stacji przeładunkowej, stanowiąca podstawę do obliczenia wynagrodzenia, zgodnie z § 6 Umowy.

W części 3-ciej zamówienia przystępujący Lekaro złożył ofertę z następującymi cenami:

	Odległość*	Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN]	Waga stawki do obliczenia	Stawka ważona (kol. 2x3) [PLN]
	1	2	3	4
1	do 10 km	830,52	41%	340,51
2	powyżej 10 km do 20 km	872,64	32%	279,24
3	powyżej 20 km do 40 km	872,64	27%	235,61
4	Suma:			855,36

W wyniku aukcji elektronicznej przystępujący Lekaro zaoferował następujące ceny:

1	do 10 km	270,00
2	powyżej 10 km do 20 km	361,00
3	powyżej 20 km do 40 km	290,00

W części 3-ciej zamówienia przystępujący BYŚ złożył ofertę z następującymi cenami:

	Odległość*	Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych [PLN]	Waga stawki do obliczenia	Stawka ważona (kol. 2x3) [PLN]
	1	2	3	4
1	do 10 km	972,00	41%	398,52
2	powyżej 10 km do 20 km	1188,00	32%	380,16
3	powyżej 20 km do 40 km	1512,00	27%	408,24
4	Suma:			1186,92

W wyniku aukcji elektronicznej przystępujący BYŚ zaoferował następujące ceny:

1	do 10 km	324,00
2	powyżej 10 km do 20 km	369,00
3	powyżej 20 km do 40 km	312,00

Pismem z dnia 22 lutego 2019 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w części 3-ciej zamówienia oferty przystępującego Lekaro. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazł się przystępujący BYŚ, a na trzecim miejscu – odwołujący.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Odnosząc się do argumentów zamawiającego, w myśl których podniesienie przez odwołującego zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, jest spóźnione, należy zauważyć, że czynność zamknięcia aukcji elektronicznej nie jest tożsama z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty i nie przesądza o tym, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający może bowiem kontynuować ocenę ofert, w tym np. dokonać odrzucenia oferty z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny zaoferowanej w toku aukcji. Oznacza to, że dopiero zawiadomienie wykonawców o wyborze oferty daje im podstawę do zakwestionowania tego wyboru w drodze odwołania. Tym samym w niniejszej sprawie nie ma zastosowania powołany przez zamawiającego art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, ale art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł odwołanie w terminie określonym w ostatnim z ww. przepisów, co oznacza, że podniesione przez niego zarzuty nie są spóźnione i podlegają rozpatrzeniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia ofert przystępujących z powodu dopuszczenia się przez nich czynu nieuczciwej konkurencji, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W przedmiotowej sprawie odwołujący podnosi w odwołaniu, że złożenie ofert przez przystępujących jest sprzeczne zarówno z prawem, jak i dobrymi obyczajami (str. 2 odwołania pkt III.1. i str. 11 odwołania pkt 10). Jednocześnie odwołujący wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji w wykonaniu przystępujących polega na manipulowaniu w przeprowadzonej aukcji cenami ryczałtowymi brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla poszczególnych odległości. Odwołujący nie wskazuje natomiast, jaki konkretny przepis prawa lub jaki konkretny obyczaj zostały przez ww. manipulację cenami naruszone (abstrahując na tym etapie, czy w ogóle doszło do manipulacji

cenami). Innymi słowy: odwołujący nie sprecyzował, jaki to dobry obyczaj i który przepis obowiązującego prawa został naruszony w wyniku podania przez przystępujących takich, a nie innych cen w toku aukcji elektronicznej. Nie należy bowiem utożsamiać działania, którego dopuścił się wykonawca (w tym wypadku – zarzucane manipulowanie cenami) z przepisem lub dobrym obyczajem, które zostają przez to działanie naruszone. W przedmiotowej sprawie odwołujący zdefiniował działanie przystępujących, nie zdefiniował natomiast obyczaju, jak też nie wskazał przepisu naruszonego w wyniku ww. działania. Tym samym w przedmiotowej sprawie nie został wykazany jeden z podstawowych czynników niezbędnych do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk.

Niezależnie od powyższego, w niniejszej sprawie nie można uznać, aby doszło do zarzucanego w odwołaniu manipulowania cenami. Należy zauważyć, że to zamawiający przewidział w siwz taki sposób obliczenia ceny, wg którego należało podać odrębne ceny dla różnych odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej, a następnie wyliczyć sumę stawek ważonych. Należy też zauważyć, że zamawiający podał w siwz informacje o tym, które instalacje i stacje przeładunkowe są przypisane do poszczególnych zadań i jaka jest ich odległość od granicy zadania. W świetle ww. reguł obowiązujących w postępowaniu, wykonawca miał prawo do wyceny oferty z uwzględnieniem innych czynników niż tylko odległość od granicy zadania do instalacji / stacji przeładunkowej, jeżeli czynniki te, w jego ocenie, miały wpływ na maksymalizację zysku. Dążenie do maksymalizacji zysku jest bowiem normalnym rynkowym zachowaniem wykonawcy i nie może być automatycznie, bez dokonania oceny towarzyszących mu okoliczności faktycznych, uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, jak wskazano powyżej, reguły stworzone w postępowaniu dawały wykonawcom możliwość takiego kształtowania cen, który będzie dla nich najbardziej korzystny finansowo w toku realizacji zamówienia. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu w części 3-ciej te reguły wykorzystali, poza odwołującym, co nie znaczy, że tylko oferta odwołującego została wyceniona zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępujących do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Obowiązek wezwania do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp zachodzi, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której wezwanie do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, byłoby obligatoryjne, tj. ceny ofert złożonych przez przystępujących nie są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Powyższe nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa wezwać wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Aby jednak takie wezwanie było uzasadnione, cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe, muszą wydawać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powstaje zatem pytanie, czy w niniejszej sprawie zachodzą takie okoliczności, które uzasadniałyby wątpliwości zamawiającego co do cen ofert przystępujących i ich wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W trakcie rozprawy odwołujący przedstawił kalkulację własną kosztów, jakie powinni w jego ocenie, ponosić przystępujący realizując przedmiotowe zamówienie. Izba dostrzega ogromną pracę, jaką wykonał odwołujący zbierając dane do ww. kalkulacji, zbierając dowody, z których te dane wynikają, dokonując stosownych obliczeń i przedstawiając swoje wnioski w przejrzysty i czytelny sposób. Należy jednak zauważyć, że o ile część danych zawartych w ww. kalkulacji oparta jest na informacjach ogólnie dostępnych i dotyczących w takim samym stopniu każdego wykonawcy (m.in. treść siwz, mapy, prognozy inflacji wg NBP, komunikaty GUS, uchwała Rady Miasta Stołecznego Warszawy, rozporządzenie Ministra Środowiska), o tyle druga część tych danych oparta jest na cenach konkretnych firm lub innych podmiotów, np.:

- cena podwozia pojazdu bezpylnego (śmieciarki) z napędem na olej napędowy oparta jest na ofercie Mercedes-Benz Sp. z o.o.,
- cena podwozia pojazdu bezpylnego (śmieciarki) z napędem na gaz CNG oparta jest na ofercie Scania Polska S.A.,
- cena podwozia do pojazdu hakowego oparta jest na ofercie MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o.,
- ceny pojemników o pojemnościach od 120 l do 1100 l oparte są na ofercie ESE Sp. z o.o.,
- ceny kontenerów o pojemnościach od 5000 l do 36000 l oparte są na ofercie Metbud-Gończyce Sp. z o.o.,
- koszty podstawienia i zabrania pojemników, oznakowania ich naklejkami i etykietami RFID oraz sparowania z danymi adresowymi oparte są na ofercie East West Plastics Sp. z o.o.,
- koszty mycia pojemników, kontenerów i dzwonów oparte są na informacjach pochodzących ze strony internetowej Urzędu Miasta Kołobrzeg,
- koszty mycia i dezynfekcji pojazdów oparte są na informacjach pochodzących ze strony internetowej myjni PKS Gdańsk,
- koszty transportu odpadów na określone odległości oparte są na ofercie Nowa Ekologia Sp. z o.o.

Izba nie kwestionuje prawdziwości ww. informacji i ich przydatności do oszacowania kosztów wykonania usługi odbioru odpadów, niemniej jednak należy zauważyć, że po pierwsze, nie wiadomo, iloma pojazdami określonego rodzaju czy pojemnikami obecnie dysponuje każdy z przystępujących i ile w związku z tym musi dodatkowo nabyć, aby wykonać usługę, po drugie, należy wziąć pod uwagę, że przystępujący mogą w ogóle nie kupować pojazdów, ale np. wziąć je w leasing, po trzecie, żaden z przystępujących nie ma obowiązku nabywać rzeczy lub usług od wskazanych w kalkulacji podmiotów, a nawet nabywając je może mieć możliwość wynegocjowania korzystniejszych cen niż podane na stronach internetowych.

Należy także zwrócić uwagę, że różnice cenowe pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie w części 3-ciej w zakresie kwestionowanych przez odwołującego odległości nie są duże:

- dla odległości do 10 km cena przystępującego Lekaro jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich cen o ok. 17 %,
- dla odległości powyżej 20 km do 40 km cena przystępującego Lekaro jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich cen o ok. 10 %,
- dla odległości powyżej 20 km do 40 km cena przystępującego BYŚ jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich cen o ok. 4 %.

Tak małe różnice cenowe między przystępującymi i pozostałymi wykonawcami (zwłaszcza w przypadku przystępującego BYŚ) mogą wynikać z różnic w zakresie np. stosowanej logistyki, posiadanych zasobów, współpracujących dostawców i oferowanych przez nich cen, zastosowanej marży czy zakładanego zysku, czyli m.in. z tych czynników, które w przedstawionej przez odwołującego kalkulacji zostały oparte na danych pochodzących od konkretnych podmiotów bez znajomości indywidualnej sytuacji każdego z przystępujących i jego indywidualnych możliwości.

W związku z powyższymi ustaleniami, Izba nie stwierdziła zaistnienia okoliczności, które dawałyby podstawę do powzięcia wątpliwości co do cen zaoferowanych przez przystępujących dla odległości do 10 km oraz powyżej 20 km do 40 km. Tym samym Izba stwierdziła, że nie zachodzi konieczność wezwania przystępujących do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący