Sygn. akt: KIO 321/17

WYROK
z dnia 7 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm M.P.G.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) i Z.O.S.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **K.H.K. Spółka Akcyjna w K., (...)**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm M.E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.C.F.H.U.A. z siedzibą w O., (...)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 321/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy i

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm M.E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.C.F.H.U.A. z siedzibą w O., (...) do złożenia wyjaśnień następujących elementów oferty mających wpływ na cenę:

- kosztów pracy ze wskazaniem, czy skalkulowane wynagrodzenie kierowców, pracowników, obsługi ciągu technologicznego, pracowników nadzoru uwzględnia wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę i w jakiej

wysokości przystępujący skalkulował koszty absencji pracowników z powodu urlopów, chorób i zabezpieczenia bhp,
- wyjaśnienia, w jaki sposób przystępujący zamierza zapewnić zamawiającemu wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu 12 pojazdów w okresach zwiększonego odbioru odpadów i jakie przyjął założenia do kalkulacji tego kosztu, w jakiej wysokości,
- wyjaśnienia sposobu kalkulacji kosztów komponentów,
- wyjaśnienia w jaki sposób nowa receptura wpływa na organizację pracy, w tym ilość pracowników i ich zaangażowanie i jak się przekłada na ilość używanego sprzętu, w tym spycharek i ładowarek,
oraz Izba nakazuje zamawiającemu sprawdzenie złożonych wyjaśnień pod względem rachunkowym,

1.2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm M.E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.C.F.H.U.A. z siedzibą w O., (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm M.P.G.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) i Z.O.S.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...)** tytułem wpisu od odwołania, 2.2. zasądza od

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm M.E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i J.C.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.C.F.H.U.A. z siedzibą w O., (...) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm M.P.G.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) i Z.O.S.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **K..**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt 321/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywny odbiór (wywóz i zagospodarowanie) odpadów powstających w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych w Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów (ZTPO) przez okres 12 miesięcy zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 listopada 2016r. za numerem 2016/S 227-413559.
W dniu 9 lutego 2017r. zamawiający podał informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 postępowania Konsorcjum firm M.E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.C.F.H.U.A. z siedzibą w O., (...). Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm M.P.G.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) i Z.O.S.M.
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) – dalej odwołującego.
W dniu 20 lutego 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu M.P.G.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. M.P.G.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. działało na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 stycznia 2017r. udzielonego przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i podpisanego za M.P.G.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. jak wyżej, zaś za drugiego wykonawcę przez prezesa zarządu i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołanie została przekazana zamawiającemu w dniu 20 lutego 2017r.
Odwołanie zostało wniesione wobec czynności dotyczącej wyboru w części 2 postępowania jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez wykonawców M.E. S.A.i J.C. działającego pod firmą J.C.F.H.U.A. (dalej jako „Konsorcjum M.E.") oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) – dalej PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.E. mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, a jej zaniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż

---

chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej w związku z jego realizacją, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków zadeklarowanych w ofercie,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.; dalej: „ZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.E. mimo faktu, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców, w szczególności odwołującego
3. art. 89 ust. 1 pkt. 7b PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.E. mimo tego, że wniesione przez nie wadium jest nieprawidłowe
4. art. 7 ust. 1 PZP przez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu, w tym wyjaśnień Konsorcjum M.E.
Wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu, w tym dokumentacji z postępowania, jak i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez tego samego zamawiającego, a oznaczonego znakiem KHK/ZP/PN/1/2015 (dalej jako „Poprzednie Postępowanie") na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie części 2 postępowania polegających na (a) badaniu i ocenie ofert i (b) wyborze oferty Konsorcjum M.E. jako najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum M.E., nakazanie zamawiającemu dokonania w zakresie części 2 postępowania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jego konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania
odwoławczego
Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania, a to dlatego, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego odwołujący doznał uszczerbku (szkody) związanego z niemożliwością realizacji zamówienia publicznego i osiągnięcia z tego tytułu zysku. Zamawiający w zakresie drugiej części postępowania nie odrzucił bowiem oferty zawierającej rażąco niską cenę, a to oferty, która została złożona przez Konsorcjum M.E.. Gdyby Zamawiający postąpił prawidłowo, oferta złożona przez odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu (w zakresie jego części 2.), co pozwoliłoby mu na realizację niniejszego zamówienia, a tym samym osiągnięcie zakładanego zysku. W konsekwencji w wyniku błędnych czynności na etapie badania i oceny

---

ofert doszło do wyboru oferty Konsorcjum M.E. jako najkorzystniejszej (mimo, iż to oferta odwołującego winna być za taką uznana), jak i możliwości poniesienia z tego tytułu szkody przez odwołującego (w postaci nieuzyskania zamówienia publicznego i niemożliwości osiągnięcia z tego tytułu zakładanego zysku). W przypadku uwzględnienia odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, to oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Oznacza to zdaniem odwołującego, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, jak i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na dwie części — pierwsza dotyczyła odbioru i zagospodarowania odpadów stałych i popiołów lotnych, część druga odbioru i zagospodarowania żużli (pkt 3.2 SIWZ). Dopuszczalne było zarazem składanie ofert częściowych. W ramach drugiej części zamówienia w załączniku nr 1 do siwz wskazane zostało, iż do wywozu i zagospodarowania przewidziane jest 70.000 Mg (ton) żużla i popiołów innych niż określone kodem odpadu 19 01 11 (dalej wspólnie jako „żużle" lub „odpady"). W konsekwencji zadaniem wykonawcy było odebranie określonej ilości odpadów z miejsca wskazanego w siwz (Zakład Termicznego Przekształcania Odpadów, K. (...)), a następnie ich zagospodarowanie. Wskazana ilość odpadów została określona jako maksymalna, przy czym zamawiający żądał wskazania w ofertach ceny za 1 Mg (tonę) „odbioru i zagospodarowania" żużla, którą należało przemnożyć przez maksymalną liczbę Mg (ton), czyli 70.000.
Jednocześnie w pkt 3.6 siwz zamawiający wskazał, iż „Zamawiający wymaga aby 100% odebranych odpadów zostało zagospodarowane w sposób inny niż poprzez składowanie". Usługa ma być realizowana przez okres kolejnych 12 miesięcy, licząc od dnia dokonania pierwszego odbioru. W konsekwencji zdaniem odwołującego oznacza to średnio 5.833 tony

odpadów do odbioru i zagospodarowania miesięcznie (wynik dzielenia 70.000/12). Niniejsze postępowanie jest kolejnym postępowaniem prowadzonym przez zamawiającego
dotyczącym tej samej usługi, polegającej na systematycznym odbiorze i zagospodarowaniu odpadów z Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów. Wcześniejsze postępowanie było ogłoszone przez zamawiającego pod koniec roku 2015 i było oznaczone numerem KHK/ZP/PN/1/2015 (dalej jako „poprzednie postępowanie").
Poprzednie postępowanie obejmowało tożsamy zakres przedmiotowy usługi (tak samo jak obecne było podzielone na dwie części, druga część analogicznie odnosiła się do odbioru i zagospodarowania żużla i popiołów paleniskowych innych niż wymienione w 19 01 11).
Było ono rozpisane na 8 miesięcy i 46.700 Mg (ton) odpadów [żużli] (por. załącznik nr 1 do siwz poprzedniego postępowania, jak i pkt 4.1 siwz).
Według odwołującego oznacza to średnio 5.837,5 tony odpadów do odbioru i zagospodarowania miesięcznie (wynik dzielenia 46.700/8). W ramach postępowania, w

---

odniesieniu do drugiej części, a to odbioru i zagospodarowania żużli, swoje oferty złożyło 5 wykonawców, którzy przedstawili następujące ceny:
1 E. Sp. z o.o., F.H.U. M.A.M. z ceną 3 847 900,00 zł
2 P.H.P.O. z ceną 4 900 000,00 zł
3 M. SA. z ceną 3 764 600,00 zł
4 M.P.G.O. sp. z o. o, Z.O.S.M. Sp. z o.o. z ceną 3 250 800,00 zł
5 M.E. S.A., J.C.F.H.U.A. z ceną 2 548 000,00 zł
Wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną (Konsorcjum M.E.) zaoferował cenę na poziomie 2,548 mln zł za wykonanie zamówienia (czyli 36,40 zł brutto za tonę), przy czym cena ta była niższa o 30% od średniej arytmetycznej ofert pozostałych wykonawców.
Pozostali wykonawcy złożyli bowiem oferty, których średnia cena wynosiła 3.940.825,00 zł.
Proste porównanie ceny złożonej przez Konsorcjum M.E. a średniej arytmetycznej pozostałych ofert wskazuje, iż cena Konsorcjum M.E. wynosiła ok. 64% ww. średniej.
W konsekwencji zamawiający wezwał Konsorcjum M.E. w myśl art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP do złożenia wyjaśnień i przedstawienia stosownych dowodów, co w związku z art. 90 ust. 2 PZP spowodowało, iż Konsorcjum M.E. winno było wykazać, iż jego cena nie jest rażąco niska (po stronie Konsorcjum M.E. leży w tym zakresie ciężar dowodu). Konsorcjum M.E. przedstawiło wyjaśnienia w dniu 16.01.2017 r., w których wskazało, iż cena zaoferowana przez nich jest w ich ocenie ceną rynkową, przedstawiając w jej mniemaniu wszystkie koszty, które składają się na wykonanie zadania. Zamawiający pomimo faktu, iż z przedmiotowych wyjaśnień jednoznacznie wynikało, że Konsorcjum M.E. pominęło określone koszty w swoim wyliczeniu, jak i mimo błędów przedstawionych w wyjaśnieniach, uznało, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum M.E. nie jest ceną rażąco niską i zaniechało tym samym odrzucenia ich oferty.
Z wyjaśnień zdaniem odwołującego wynikało, że cena ofertowa netto za tonę odbioru i zagospodarowania odpadów wynosiła 33,70 zł (36,40 zł brutto), z czego koszty (podzielone
na trzy rodzaje — tj. transportu, przetworzenia oraz pracy „nadzoru") wynosiły w sumie 28,17 zł netto (30,43 zł brutto), a marża wynosiła 5,53 zł netto (5,97 zł brutto).
W dniu 9 lutego 2017 r. zamawiający w ramach drugiej części postępowania dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej uznając za taką ofertę złożoną przez Konsorcjum M.E., gdzie cena za odbiór oraz za zagospodarowanie żużla została wskazana na kwotę 36,40 zł brutto za tonę.
W ramach poprzedniego postępowania swoją ofertę złożyło również Konsorcjum, gdzie liderem było M.E. S.A., przy czym z uwagi na fakt, iż Konsorcjum to nie udowodniło, iż jego oferta nie ma rażąco niskiej ceny, oferta ta została przez zamawiającego odrzucona.
Odwołujący wskazał, iż zgodnie z ofertą jak i wyjaśnieniami składanymi przez ww. Konsorcjum, cena za obiór oraz zagospodarowanie jednej tony odpadów w ramach

---

Poprzedniego Postępowania została wskazana przez M.E. na kwotę 65,88 zł brutto (na tonę), z czego koszt netto wynosił 46.5 zł (50.22 zł brutto) za tonę [przy czym zakres usługi w Poprzednim Postępowaniu był taki sam, jak jest w obecnym Postępowaniu],
W szczególności w wyjaśnieniach M.E. pokazując rozbicie tego kosztu wskazało, iż kwota pozyskania odpadów (w szczególności transportu, ale także zakupu — o czym dalej)

wynosiła 37,00 zł netto (39,96 zł brutto), koszt pracy instalacji przetwarzającej odpady wynosił 8,10 zł netto (8,75 zł brutto), koszt obsługi tej instalacji wynosił 0,90 zł netto (0,97 zł brutto). Do tego dochodził jeszcze koszt dzierżawy terenu 0,14 zł netto (0,15 zł brutto) oraz amortyzacja na poziomie 0,35 zł netto (0,38 zł brutto).
Odwołujący zauważył, iż Konsorcjum M.E. przedstawiło w obecnie prowadzonym postępowaniu ofertę, której cena całkowita jest znacząco niższa od kwoty kosztów wskazanych w poprzednim postępowaniu. Podkreślił, że nie występują jakiekolwiek okoliczności, które powodowałyby, iż koszt mógłby zmaleć.
Zdaniem odwołującego nie może być uznane za właściwe wskazywanie w ofercie ceny, która nie pokrywa kosztów wykonania usługi („cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową” — vide opinia UZP w przedmiocie rażąco niskiej ceny). Składanie ofert z taką ceną uderza w istniejącą na rynku konkurencję powodując jej zachwianie, a wręcz i jej unicestwienie. Przedsiębiorcy występujący na rynku, którzy działają na zasadach rynkowych nie są bowiem w stanie konkurować z podmiotami, które stosują ceny niepokrywające chociażby kosztów wykonania zamówienia.
Jednocześnie wykonawca, który przedkłada ofertę z taką ceną po uzyskaniu zamówienia szuka oszczędności, które może osiągnąć jedynie przez niską, nieodpowiadającą potrzebom zamawiającego, jakość świadczonej usługi. Prowadzi to w konsekwencji do naruszenia interesu zamawiającego, który jest w tym miejscu utożsamiany z interesem publicznym, co
nie może być działaniem akceptowanym w państwie prawa.
Okoliczności te, znane ustawodawcy, doprowadziły do wprowadzenia w art. 89 ust. 1 PZP punktu 4-go, który wskazuje, iż zamawiający winien odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W aktualnie obowiązującym porządku prawnym, z uwagi na treść art. 90 ust. 2 PZP, to po stronie podmiotu, który złożył ofertę istnieje obowiązek wykazania, iż jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Aktualizuje się to w momencie otrzymania wezwania, które zamawiający winien skierować do wykonawcy w przypadkach wskazanych w art. 90 ust. 1a PZP.
Konsorcjum M.E. złożyło wyjaśnienia, na podstawie których, po dokonaniu ich rzetelnej oceny, zdaniem odwołującego zamawiający powinien był stwierdzić, iż cena jest rażąco niska. Mimo szeregu błędów (w tym ominięcia istotnych kosztów, jak i błędów

obliczeniowych, nie przedstawienia dowodów na wysokość kosztów) zamawiający w ocenie odwołującego bezkrytycznie podszedł do przedmiotowych wyjaśnień, zaakceptował je, co w konsekwencji spowodowało wybranie oferty Konsorcjum M.E. jako najkorzystniejszej (i to mimo nieudowodnienia przez Konsorcjum M.E. określonych pozycji kosztowych — przykładowo Konsorcjum M.E. nie wykazało kosztu pracowników — kierowców, które przyjęło na poziomie [jako koszt pracodawcy] 3.117 zł, [koszt pracy innych pracowników wykazywało natomiast przez wskazanie danych z GUS])
Prawidłowe działanie zamawiającego zdaniem odwołującego winno bowiem skutkować uznaniem, iż Konsorcjum M.E. złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę (cenę niepokrywającą kosztów wykonania usługi), a tym samym jej odrzucenie.
Odwołujący wskazał, iż cena złożona przez Konsorcjum M.E. jest zdecydowanie niższa od ceny, jaka (za wykonanie tej samej usługi) została przez M.E. podana w poprzednim postępowaniu. W poprzednim postępowaniu M.E., działający jako lider Konsorcjum, wyjaśnił, iż sam koszt wykonania przedmiotowej usługi to kwota netto 46,5 zł za tonę (50,22 zł brutto za tonę). W obecnym postępowaniu w ramach wyjaśnień Konsorcjum M.E. wskazało, iż koszty zamykają się w kwocie 28,17 zł netto (30,43 zł brutto), a cena oferty wraz z marżą wskazywała na kwotę 33,70 zł netto (36,40 zł brutto).
W konsekwencji koszt wskazany przez M.E. w poprzednim postępowaniu znacząco przewyższa nie tylko obecnie podawany koszt, ale całkowicie konsumuje również i marżę, którą, jak twierdzi Konsorcjum M.E. jest w stanie osiągnąć w obecnym postępowaniu.
Odwołujący przedstawił, że proste wyliczenia matematyczne wskazują, iż wedle obecnych wyjaśnień koszty zmniejszyły się o blisko 40% (z kwoty 50,22 zł na kwotę 30,43 zł), a porównując ówczesne koszty do obecnej oferty (zakładającej marżę na poziomie blisko 6 zł brutto za tonę) wskazać należy, iż ówczesne koszty są o blisko 30% wyższe niż obecna wysokość całej oferty. Odwołujący wyjaśnił, iż zakres prac do wykonania w ramach poprzedniego postępowania jest taki sam, jak w obecnym postępowaniu — jedyne zmiany powinny tylko ewentualnie

podwyższyć poziom kosztów (a nie obniżać, o czym dalej szerzej). Ponadto oba postępowania (obecne i poprzednie) dzieli niewielki odstęp czasu, a Konsorcjum M.E. wskazało to samo miejsce, do którego będzie dostarczało odpady z Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów (położonego w K., przy (...)). W obu postępowaniach M.E. posługuje się bowiem zezwoleniem na przetwarzanie odpadów wydanym przez Prezydenta Miasta Jaworzna na terenie miasta Jaworzna — vide decyzja z dnia 18 czerwca 2014 r. o zezwoleniu na przetwarzanie odpadów znak OŚ- ŚR.6233.8.2014, zmienioną następnie decyzją Prezydenta Miasta Jaworzna z dnia 22 marca 2016 r. znak OS-ŚR.6233.12.2016. Jednocześnie w obecnym postępowaniu wyraźnie zostało wskazane, że przetwarzanie

---

będzie miało miejsce na terenie Miasta Jaworzna, a dokładniej miejsce zostało to określone jako „rekultywacja wyrobiska odkrywkowego na terenie miasta Jaworzno" (str. 9 oferty). Zdaniem odwołującego trudno uznać, by Konsorcjum M.E. mogło w przeciągu tych paru miesięcy znaleźć oszczędności dotyczące kosztów w ten sposób, by koszt za tonę został zminimalizowany o blisko 40%. Podkreślił, iż przeciętna ilość odpadków do odbioru i przetworzenia jest w obu postępowaniach na tym samym poziomie (ok. 5.385 ton miesięcznie — por. pkt 1.1 i 1.2 odwołania), cena paliwa (oleju napędowego) wzrastała w tym okresie, jak i również wzrastały wynagrodzenia pracowników.
Nie sposób zdaniem odwołującego również nagle uznać, iż obecnie Konsorcjum M.E. korzysta z pojazdów, które mają tak niskie spalanie lub iż tak obniżono koszt obsługi maszyn wykorzystywanych do zagospodarowania (przetwarzania) odpadów, że możliwe było takie zejście z poziomem (wysokością) kosztów.
W zakresie paliw odwołujący posłużył się danymi ze strony lotos.pl, które pokazuje wzrastający trend w zakresie cen oleju napędowego (dostępnymi pod adresem: https://www.lotos.pl/145/type.oil eurodiesel/poznaj lotos/dla biznesu/hurtowe ceny paliw/archiwum cen paliw).
Analogicznie wzrastały wynagrodzenia pracowników.
Przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw wynosiło (brak jeszcze danych za IV kwartał 2016) — źródło: www.wynagrodzenia.pl/gus:
III kwartał 2016 4.254 zł
II kwartał 2016 4.246 zł
I kwartał 2016 4.202 zł
W ocenie odwołującego, pokazuje to jednoznacznie, iż koszty powinny wzrosnąć, a nie maleć.
Zamawiający zdaniem odwołującego rozpatrując czy oferta złożona przez Konsorcjum M.E. w Postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny zdaje się,

że w ogóle nie zauważył i nie rozważył kwestii różnicy w cenach tego samego wykonawcy w postępujących po sobie postępowaniach (mimo oczywistej i zasadniczej różnicy między wykazywanymi przez M.E. kosztami, przy tym samym zakresie usługi świadczonej w nieodległym okresie czasu). Zamawiający już w tym zakresie postąpił w sposób nieprawidłowy, nie dokonując ustaleń czemu koszty podane przez M.E. w postępowaniu są niższe o blisko 40% od kosztów wykazanych w poprzednim postępowaniu.
Zdaniem odwołującego koszty wskazane przez Konsorcjum M.E. zostały zaniżone, jedynie po to, aby mogło uzyskać ono przedmiotowe zamówienie. Odwołujący przeprowadził analizę wyjaśnień Konsorcjum M.E. i podniósł, że analiza będzie prowadzona na podstawie cen wskazanych przez Konsorcjum M.E. bez ich podważania (mimo faktu, iż zdaniem odwołującego są one w wielu miejscach zaniżone).

Tak samo jak w poprzednim postępowaniu ilość odpadów do odbioru (transportu), a następnie do zagospodarowania (przetworzenia), wynosiła ok. 5.835 tony miesięcznie. W niniejszym postępowaniu przewidzianym na 12 miesięcy świadczenia usługi dawało to 70.000 ton rocznie. Do przewożenia odpadów Konsorcjum M.E. będzie korzystało, jak wskazało, z pojazdów, które mają ładowność do maksymalnie 25 ton. Z uwagi na odległość od miejsca odbioru do miejsca przetworzenia dla Konsorcjum M.E. możliwe są, nie więcej niż 2 przejazdy jednym pojazdem na dzień. Daje to więc możliwość transportu 1 pojazdem w

ciągu dnia maksymalnie 50 ton.
Jak wynika z wyjaśnień Konsorcjum M.E. przyjęli oni (zasadnie), iż czynności będą wykonywane w dni robocze, których wedle ich ustaleń jest 252 w skali roku.
Aby 70.000 ton mogło zostać odebrane we wskazaną ilość dni roboczych dziennie, średnio powinien nastąpić odbiór 277 ton odpadów (70.000/252)
W konsekwencji zasadne jest przyjęcie, iż co do zasady do wykonania usługi potrzebnych jest 6 pojazdów z 6 kierowcami (takie też założenia poczyniło Konsorcjum M.E. wskazując, iż przeznaczona liczba pojazdów do transportu odpadów 6/7 pojazdów — str. 2 wyjaśnień — ich wyliczenia oparte są już jednak na innej metodologii, o czym dalej szerzej).
Po przetransportowaniu odpadów konieczne staje się ich przetworzenie. Oznacza to połączenie żużla wraz z innym kruszywem (Konsorcjum M.E. wskazało w swoich wyjaśnieniach dwa warianty — pierwszy, iż żużel w ilości 70.000 ton jest łączony z 85.000 ton komponentów skalnych (kod odpadu: 01 04 12), albo (drugi wariant) żużel jest łączony z 28.000 ton tych samych komponentów skalnych (kod: 01 04 12) i dodatkowo 57.000 ton innych komponentów mineralnych — tzw. ubocznych produktów spalania (kod 10 01 82). W drugim wariancie daje to też połączenie 70.000 ton żużla z 85.000 tonami komponentów (gdyż 28,000 ton 01 04 12 i 57.000 ton 10 01 82 daje sumarycznie 85.000 ton).
Przetworzenie jest dokonywane, jak wskazuje Konsorcjum M.E., za pomocą „ciągu technologicznego do wytwarzania mieszanek mineralno-skalnych". Urządzenie to zwane potocznie mieszalnikiem kruszywa składa się, jak wskazało Konsorcjum M.E. z (dalej następuje cytowanie z wyjaśnień Konsorcjum M.E.):
a. podajnika ślimakowego przystosowanego do podawania materiałów sypkich przez urządzenie ładujące typu ładowarka
b. mieszalnika wałowego poziomego
c. podajnika materiałów sypkich
d. przenośnika taśmowego transportującego gotowy produkt z mieszalnika wałowego na pryzmę odstawczą
e. instalacji zraszającej, eliminującej pylenie materiałów sypkich

---

Oznacza to zdaniem odwołującego, że konieczna jest koparko-ładowarka, która poda żużel i komponent do podajnika, jak i konieczny jest spychacz, który przesunie gotowy produkt z pryzmy odstawczej, tak aby urządzenie mogło prawidłowo pracować.
Odwołujący przedstawił przykładowe zdjęcie mieszalnika kruszyw.
Do całości zadania konieczne są jeszcze osoby zarządzające i nadzorcze z punktu widzenia ochrony środowiska i gospodarowania odpadami. Konsorcjum M.E. przewidziało takie osoby (w wymiarze 30% czasu ich pracy) na stronie 5 wyjaśnień.
Tym samym Konsorcjum M.E. w swoich wyjaśnieniach wskazało trzy rodzaje kosztów, a to związanych z (a) transportem, (b) przetworzeniem oraz (c) nadzorem.
W każdym z nich, w ocenie odwołującego, dopuściło się jednakże błędów/nie ujęcia określonych kosztów:
a. nieuwzględnienie kosztu komponentów przy koszcie przetworzenia
Odwołujący zauważył, iż jak wynika z powyższych ustaleń, do tego, aby możliwe było przetworzenie odpadu konieczne jest dodanie do niego komponentu. W postępowaniu wykonawca zobowiązuje się do zagospodarowania odebranych odpadów.
Zagospodarowanie to w pierwszej kolejności ich przetworzenie w taki sposób, aby możliwe było ich dalsze wykorzystanie (Zamawiający w pkt 3.6 SIWZ wykluczył przy tym, aby zagospodarowanie polegało na ich „składowaniu" — oznacza to, że z odpadu [żużla] ma powstać inny produkt, który zostanie następnie zgodnie z prawem odpowiednio zagospodarowany). Do przetworzenia, jak zresztą jednoznacznie opisuje to Konsorcjum M.E. w swoich wyjaśnieniach, konieczne jest użycie odpowiedniego komponentu, który to w opisywanym wyżej urządzeniu (tzw. mieszalniku kruszyw) łączony jest z odbieranym odpadem (żużlem).
W wyjaśnieniach Konsorcjum M.E. wskazał, że:
„Koszty pozyskania komponentów do produkcji przedmiotowych mieszanek mineralno- skalnych (odpady wydobywcze kod 01 04 12 oraz uboczne produkty spalania kod 10 01 82)
są pokrywane w całości przychodami wynikającymi z odrębnych umów i kontraktów handlowych"
W konsekwencji — co jest swoistym kuriozum — Konsorcjum M.E. wskazało, iż nie podaje

jako kosztu „koszty pozyskania” przedmiotowych komponentów — gdyż ten koszt jest, z tego co wskazują, „pokryty przychodem z innych kontraktów”.
Oznacza to w ocenie odwołującego, że zdaniem Konsorcjum M.E. nie muszą oni podawać jako elementu, który ma wpływ na cenę wykonania usługi, kosztów pozyskania 85.000 ton komponentów, które są niezbędne celem przetworzenia żużla, a tym samym jego zagospodarowania (czyli do wykonania usługi).
Twierdzenie takie, zdaniem odwołującego, w żaden sposób nie zasługuje na uwzględnienie.
W ten sam sposób Konsorcjum M.E. mogłoby tłumaczyć, iż koszt jeżdżenia pojazdów

---

(ciężarówek) w tym postępowaniu nie musi być wykazywany, gdyż pokrywają go oni przychodami z innych umów. W ten sam sposób mógłby wykazać, że przedmiotowa usługę mogę wykonać za 0 złotych, gdyż wszystkie jej koszty ma zrekompensowane przychodami z innych umów.
Konsorcjum M.E. zatem nie doliczyło kosztów uzyskania 85.000 ton komponentów. Wedle danych posiadanych przez odwołującego z rynku cena 1 tony komponentu kształtuje się na poziomie 15 zł (13,88 netto). W konsekwencji daje to koszt 1.275.000, co powiększa koszt przetworzenia każdej tony żużlu z 70.000, jakie mają być przetworzone o 18,2 zł brutto (wynik dzielenia 1.275.000 przez 70.000 ton). Dodanie przedmiotowej kwoty (ok. 20 zł) do kosztu obecnie wykazywanego (30 zł brutto) pokazuje zdaniem odwołującego jednoznacznie, iż osiągamy poziom kosztów zbliżony do tego, jaki został wskazany przez M.E. w poprzednim postępowaniu (gdy to w wyjaśnieniach koszt został podany, jak było to wskazywane, na kwotę 50,22 zł brutto).
Ponadto odwołujący zauważył, iż w poprzednim postępowaniu w wyjaśnieniach, jakie złożył M.E., podmiot ten wskazał istotny koszt (39,96 zł brutto z całości 50,22 zł brutto kosztów) związany z przetworzeniem odpadów w następujący sposób: „Koszt uzyskania komponentów do produkcji (transport, zakup)” (wyjaśnienia M.E. z dnia 29.02.2016 r. -ich trzecia strona).
Odwołującemu wydaje się, że już bardziej jednoznacznego przyznania przez M.E., iż konieczne jest poniesienie takiego kosztu w postaci zakupu komponentów nie można znaleźć. W konsekwencji dla odwołującego w sposób oczywisty w niniejszym postępowaniu Konsorcjum M.E. złożyło ofertę z rażąco niską ceną, a tym samym powinna była ona być odrzucona, czego zamawiający zaniechał.
Jednakże zdaniem odwołującego z wyjaśnień Konsorcjum M.E. wynika, że nie uwzględnili oni i dalszych kosztów. b. nieuwzględnienie urlopów i chorób pracowników — wszystkie rodzaje kosztów
Konsorcjum M.E. wskazało, iż koszt kierowcy wynosi 3.117 zł (bez udowodnienia tego w żaden sposób — dane GUS pokazujące poziom wynagrodzenia na poziomie ok. 4 tys. odnosiły się do pracowników nadzoru). Tym samym ta kwota była podstawą wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.
Odwołujący zauważył, iż w wyjaśnieniach Konsorcjum M.E. nie wyliczyło kosztów „zastępstw”. Innymi słowy wyliczenia dokonane przez Konsorcjum M.E. zakładają, iż pracownik pracuje wszystkie 252 dni robocze w roku, co jest nierealne. Po pierwsze pracownik ma prawo do 26 dni urlopu wypoczynkowego, po drugie pracownicy chorują, co powoduje, iż konieczne jest uwzględnienie dodatkowych osób, które będą w tym czasie pracowały (a tym samym odpowiednich kosztów). Średnio w ciągu roku każdy pracownik jest

---

na zwolnieniu lekarskim z powodu choroby własnej (a więc nie np. z powodu konieczności opieki nad inną osobą) ponad 15 dni roboczych.
Wynika to (dane wedle ZUS z 2015 r., za rok 2016 brak jeszcze danych) z następującego wyliczenia. Osób ubezpieczonych w ZUS jest ok. 14.821.500, w roku 2015 r. L4 otrzymało ok. osób 6.154.600, przy czym przeciętna długość zwolnienia 36,81 dni.
W konsekwencji średnio na osobę ubezpieczoną w ZUS wychodzi 15,2 dnia w ciągu roku nieobecności z powodu choroby własnej (nie są tu uwzględnione inne źródła nieobecności — np. z powodu opieki, źródło: http: //www-zus.pl/default.asp?p=5&id—2294)
Tym samym na 252 dni robocze przynajmniej 41 dni roboczych (26 dni urlopu i 15 dni) to okres, w którym dany pracownik nie pracuje. 41 dni to ponad 16% z 252 dni, a więc przynajmniej na taki okres konieczne jest zaangażowanie przez Konsorcjum M.E.

dodatkowych osób i poniesienia z tego tytułu kosztów.
W konsekwencji koszt pracownika wynoszący (jak wynika to z wyliczenia Konsorcjum M.E. — 2 strona wyjaśnień) 148,43 zł na dzień nie może się, w ocenie odwołującego, obronić. Kwota taka musi zostać zwiększona przynajmniej o 16%, co daje 172,18 zł na dzień. Powyższy koszt był przewidziany w kosztach dotyczących transportu, ale zdaniem odwołującego analogicznie z tych samych powodów konieczne jest zwiększenie innych kosztów pracowniczych, które są również przewidziane przy przetwarzaniu oraz w zakresie „nadzoru". Tym samym „Koszt pracy obsługi mieszalnika" (czyli przetwarzanie) wykazany na kwotę 97.320,96 zł (czyli 1,39 zł za tonę) — powinien wynosić 112.892,31 zł (czyli 1,61 zł za tonę). Analogicznie opisany na 5-ej stronie wyjaśnień koszt pozostałych osób (nadzoru), który został wskazany na kwotę 43.794,43 zł (i błędnie, o czym dalej w kolejnym punkcie 0,28 zł za tonę netto) — powinien wynosić 50.801,53 zł (co podzielone na 70.000 ton daje 0,73 zł za tonę).
Powyższe kwoty są kwotami netto, a więc po doliczeniu VAT (8% zostało doliczone przez Konsorcjum M.E. do ceny oferty netto za 1 tonę) wychodzi 1,74 zł za tonę brutto odnośnie kosztu pracy obsługi mieszalnika oraz 0,79 zł za tonę przy koszcie pracowników nadzoru.
c. błąd matematyczny w wyliczeniu kosztu pozostałych pracowników (nadzoru)
Jak zostało wyżej wskazane (abstrahując od konieczności podwyższenia kwot o 16%) koszt pozostałych pracowników „nadzoru" (wskazany na 5-ej stronie wyjaśnień) został określony na kwotę 43.794,43 zł, co powinno zostać podzielone przez 70.000 — tak jak robiło to Konsorcjum M.E. w każdym innym miejscu, oprócz tego.
Skoro bowiem oferta podawała cenę za 1 tonę (co później zostało przemnożone przez zakładaną ilość żużlu do odbioru — 70.000), to sprowadzenie kosztu ogólnego do kosztu na 1 tonę żużlu wymaga podzielenia przez 70.000 ton. Konsorcjum M.E. podzieliło jednak tą kwotę przez inną (155.000) i w ten sposób wyszło mu 0,28 zł za tonę. Podzielenie przedmiotowej kwoty (43.794,43) przez 70.000 daje 0,63 zł za tonę (co jednak i tak musi być

---

podwyższone o 16% zgodnie z literą b powyżej, co daje — jak zostało to wskazane 0,73 zł za tonę, a nie 0,28 zł za tonę). Mając na uwadze, że są to kwoty netto, jak zostało wyżej wskazane, cena brutto za 1 tonę przy nadzorze winna wynosić 0,79 zł.
d. brak uwzględnienia kosztów szeroko pojętego BHP — wszystkie rodzaje kosztów
Wynagrodzenia pracowników nie są jedynymi kosztami „osobowymi" u przedsiębiorcy, w szczególności, gdy zatrudniane są osoby do wykonywania prac o charakterze fizycznym. Konieczne jest bowiem ponoszenie i innych kosztów związanych z wyposażeniem osób fizycznych w ubrania i środki ochronne, zapewnienie im posiłków regeneracyjnych, wody w miesiącach letnich, zapewnić środki do udzielania pierwszej pomocy przedlekarskiej, jak i zapewnić środki higieny osobistej.
Wynika to z następujących aktów prawnych:
W pierwszej kolejności wskazania wymaga art. 2376 i art. 2377 Kodeksu pracy (KP), zgodnie z którymi pracodawca ma obowiązek zapewnić pracownikowi nieodpłatnie środki ochrony indywidualnej zabezpieczające przed działaniem niebezpiecznych i szkodliwych dla zdrowia czynników występujących w środowisku pracy, jak i odzież i obuwie robocze. Koszt wyposażenia w środki ochronne to koszt od ok. 100 zł (kombinezon „ostrzegawczy"), a w ubrania to koszt od 10 zł (podkoszulek), 30 zł (koszula flanelowa), 30 zł (buty gumowe) [to tylko nieliczne, nie wliczamy ceny rękawic, czapek, przeciwdeszczowych ubrań, kurtek etc.].
W ocenie odwołującego należy również pamiętać o spełnieniu wymagań prawnych określonych w przepisach wykonawczych (rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy; tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1650 z późn. zm.; rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów; Dz. U. Nr 60, poz. 279; rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych; Dz. U. Nr 26, poz. 313 z późn. zm., czy też rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 22 kwietnia 2005 r. w sprawie szkodliwych czynników biologicznych dla zdrowia w środowisku pracy oraz ochrony zdrowia pracowników zawodowo narażonych na te czynniki; Dz. U. Nr 81, poz. 716 z późn. zm.), które zobowiązują pracodawcę m.in. do przeprowadzenia oceny ryzyka zawodowego na poszczególnych stanowiskach pracy, zapewnienia w określonych przypadkach posiłków profilaktycznych i napojów, przeprowadzanie pomiarów czynników szkodliwych dla zdrowia, zapewnienie szkoleń z zakresu bhp oraz badań profilaktycznych

W szczególności wynika z nich konieczność zapewnienia posiłków regeneracyjnych od 1 listopada do 31 marca, a w okresie letnim wodę pitną.
Jednocześnie w myśl art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. Nr 234, poz. 1570 z późn. zm.), w celu zapobiegania szerzeniu się zakażeń i chorób zakaźnych, wśród pracowników

narażonych na działanie biologicznych czynników chorobotwórczych przeprowadza się zalecane szczepienia ochronne.
Wszystkie powyższe okoliczności generują określone koszty — które nie zostały ujęte w wyliczeniu przedstawionym przez Konsorcjum M.E.. Ograniczając się chociażby do konieczności zapewnienia posiłków regeneracyjnych, przy przyjęciu jego minimalnego kosztu na poziomie 7 zł na dobę, przy przyjęciu ok. 113 posiłków we wskazanym okresie, wychodzi 791 zł rocznie na pracownika. Zapewnienie wody w okresie letnim to koszt (przy przyjęciu 1 zł za wodę na dzień — dwie butelki) to koszt ok. 140 zł na pracownika rocznie. Około 100 zł rocznie należy wydać na środki czystości (mydła, pasta bhp, ręczniki etc.). Odwołujący nie wliczył w niniejsze kosztów szczepień, kosztów badań profilaktycznych etc. Z powyższego zestawienia, bardzo ogólnego i zaniżonego (przyjęto najtańsze znane ceny) — wychodzi ok. 1.200 zł rocznie na pracownika.
e. nieuwzględnienie „niepełnych" przejazdów przy koszcie transportu
Dalej odwołujący zauważył, iż wyliczenia dokonane przez Konsorcjum M.E. zasadzają się na nierealnym założeniu, iż w każdym przypadku każdy samochód jest załadowany w 100% (dokładnie 25 ton, każdy przejazd). Jest to założenie, zdaniem odwołującego, niewykonalne — niemożliwym jest, aby za każdym razem i każdego dnia dokładnie do odbioru były wielokrotności 25 ton. Uderza to, w ocenie odwołującego, w metodologię wyliczenia dokonanego przez Konsorcjum M.E., które jest oparte na wskazanym założeniu. W konsekwencji dla wyliczenia należałoby przyjąć raczej zapatrywanie, iż każdego dnia przez 252 dni robocze jeździ 6 samochodów, a nie 5,54 samochodu załadowanego do pełna). Jak już bowiem było wskazane średnia ilość odpadów do przewiezienia na dzień to 277 ton (czyli 5,54 samochodu obładowanego w 100%).
Tym samym racjonalniejsze od przedstawionego przez Konsorcjum M.E. jest wyliczenie, zgodnie z którym Konsorcjum to (zaznaczenia raz jeszcze wymaga, iż kwoty jednostkowe są wzięte z wyjaśnień Konsorcjum):
- musi mieć zatrudnione przynajmniej 6 kierowców za cenę (jak wynika z wyjaśnień Konsorcjum M.E. nieudowodnionych) 3.117 złotych miesięcznie, czyli 37.404 rocznie (powiększone o 16% jak wskazano pod literą b daje 43.388,64 zł), co oznacza dla 6 kierowców kwotę 260.331,84 rocznie
- musi mieć 6 pojazdów co oznacza koszt ubezpieczenia w kwocie 4.845 rok za rok za pojazd, co daje 29.070 rocznie (6 pojazdów),
- amortyzacja wynosi 6.166 zł za pojazd za miesiąc, co daje 443.952 zł rocznie/6 pojazdów
- podatek drogowy od środków transportu (wskazany jako 3.803 rocznie z pojazd), co daje na 6 pojazdów kwotę 22.818 zł,
- koszt ubezpieczenia OCP (OC dla transportu) to kwota 3.672 zł rocznie,

- inne koszty (napraw etc.) były wskazane na kwotę 1.000 zł miesięcznie, co daje 12.000 zł rocznie
- koszt paliwa — 380 kilometrów musi przejechać 1 pojazd Konsorcjum M.E. w ciągu 1 dnia, średnie spalanie to 36 litrów na 100 km (380x36/100 daje 136,8), a cena za litr oleju wynosi (wedle wyjaśnień) kwotę 3,56 zł netto. W konsekwencji cena oleju za 1 dzień za 1 pojazd daje kwotę 487,00 netto zł, co w skali roku (252 dni roboczych) i 6 pojazdów daje kwotę 736.344,00 zł netto
- koszty VIATOIL - podany 31,88 zł za kurs, daje to 31,88x6 pojazdówx2 kursy dziennie x252 dni robocze = 96.405,12 zł
- średnie pozostałe koszty eksploatacyjne zostały wskazane jako kwota 12% kosztów paliwa, a więc 88.361,28 zł
- opłata środowiskowa za zużyte paliwo — 136,8 litra zużyte na 1 pojazd w ciągu dnia, ma być przemnożone (jak podaje Konsorcjum M.E.) przez 0,84/1000 — co daje 0,115, a co

(jak dalej wskazują ich wyjaśnienia) należy przemnożyć przez 6,04 zł — oznacza 0,69 zł, co przy pomnożeniu przez 6 pojazdów i 252 dni daje = 1.049,43 zł rocznie
Do tego dochodzi jeszcze wskazywana pod lit. d (koszty bhp) kwotę 1.200 zł za kierowcę rocznie, co daje kwotę 7.200 zł rocznie.
Podsumowując daje to kwotę 1.701.203,67 zł rocznie, czyli na 1 tonę (/70.000) = 24,30 zł (a nie kwotę 22,69 zł) netto. W kwocie brutto daje to zatem 26,24 zł za tonę
f. nieuwzględnienie drugiej ładowarki/spycharki - koszt przetworzenia
Odwołujący wskazał, że konieczne jest to, aby była jedna ładowarka, która ładuje żużel i komponenty do podajnika ślimakowego, jak i druga spychacz, który pozwoli na rozprowadzenie przetworzonego wyrobu z pryzmy, która powstaje w wyniku przetwarzania materiałów przez mieszalnik.
Spychacz kosztuje ok. 1,5 razy tyle co ładowarka za godzinę pracy. Oznacza to dodatkowe 1,48 zł (koszt ładowarki) x 1,5 za tonę 2,22 zł netto za tonę (2,40 zł brutto).
g. nieuwzględnienie konieczności ponoszenia większych kosztów stałych — koszt transportu
Odwołujący zauważył, iż nie sposób uznać, by wyliczenie dokonane dla kosztów stałych na poziomie 6 pojazdów i 6 pracowników było prawidłowe. Wynika to z faktu, iż zamawiający w załączniku nr 1 do siwz (Opis przedmiotu zamówienia), wskazał, iż możliwe jest, iż w ciągu dnia do odbioru będzie 600 ton żużlu (nastąpiło w tym miejscu zwiększenie tego wskaźnika w odniesieniu do poprzedniego postępowania, gdzie liczba ta była wskazana jako 480 ton). Oznacza to dla Konsorcjum M.E. konieczność ponoszenia określonego kosztu stałego w większej kwocie niż przewidziany dla 6 pojazdów i 6 kierowców — musi ono wszak utrzymywać dla celów realizacji usługi 12 pojazdów i przynajmniej 12 pracowników. Zresztą przyznaje to w swoich wyjaśnieniach również i Konsorcjum M.E., gdzie na stronie 2-ej,

---

Konsorcjum M.E. wskazało, iż „w przypadku zwiększonych dobowych ilości odpadów (na poziomie ok. 600 ton na dobę) przewidujemy możliwość zaangażowania do 12 pojazdów”. Oczywiście nie wpływa to na ilość zużytego paliwa jakie będzie wykorzystane do zasilania pojazdów (przejazdów sumarycznie będzie ta sama ilość dla zapewnienia transportu 70.000 ton żużlu) — powoduje jednak, iż Konsorcjum M.E., celem możliwości wywiązania się z usługi, musi mieć na stanie 12 pojazdów i przynajmniej 12 kierowców, aby w dniu, kiedy będzie większa ilość odpadów do przewiezienia, byli oni to w stanie zagwarantować. Oznacza to w ocenie odwołującego, konieczność ponoszenia określonych kosztów stałych. które są niezbędne celem zapewnienia możliwości wykonania usługi.
Przekładając powyższe na wskazywane koszty:
- w rzeczywistości na potrzeby realizacji usługi musi mieć zatrudnionych przynajmniej 12 kierowców za cenę (jak wynika z nieudowodnionych wyjaśnień Konsorcjum M.E.) 3.117 złotych miesięcznie, czyli 37.404 rocznie, co oznacza dla 12 kierowców kwotę 448.848,00 rocznie (w tym miejscu odwołujący nie podwyższa już tego kosztu o 16% [urlopy i choroby], choć powinien to uczynić — może się zdarzyć, że w dniach, kiedy będzie wymagane 12 pojazdów i 12 pracowników część pracowników będzie na urlopie bądź L4).
- musi mieć 12 pojazdów co oznacza koszt ubezpieczenia w kwocie 4.845 rok za rok za pojazd, co daje 58.140 rocznie (12 pojazdów),
- amortyzacja wynosi 6.166 zł za pojazd za miesiąc, co daje 887.904 zł rocznie/12 pojazdów
- podatek drogowy od środków transportu (wskazany jako 3.803 rocznie z pojazd), co daje na 12 pojazdów kwotę 45.636 zł,
- koszt ubezpieczenia OCP (OC dla transportu) to kwota 3.672 zł rocznie (jak wskazało Konsorcjum M.E. jest to koszt stały dla wszystkich samochodów)
- inne koszty (napraw etc.) były wskazane na kwotę 1.000 zł miesięcznie, co daje 12.000 zł rocznie — było to jednak przy założeniu 6 pojazdów, a w więc niniejszym (dla 12)
będzie to kwota 24.000 zł
- koszt paliwa — 380 kilometrów musi przejechać 1 pojazd Konsorcjum M.E. w ciągu 1 dnia, średnie spalanie to 36 litrów na 100 km (380x36/100 daje 136,8), a cena za litr oleju wynosi (wedle wyjaśnień) kwotę 3,56 zł netto. W konsekwencji cena oleju za 1 dzień za 1 pojazd daje kwotę 487,00 netto zł, co w skali roku (252 dni roboczych) i 6 pojazdów daje kwotę 736.344,00 zł netto (czyli tu tak samo)
- koszty VIATOLL — podany 31,88 zł za kurs, daje to 31,88x6 pojazdówx2 kursy dziennie x252 dni robocze = 96.405,12 zł (tu tak samo)

- średnie pozostałe koszty eksploatacyjne zostały wskazane jako kwota 12% kosztów paliwa, a więc 88.361,28 zł (tu tak samo)

- opłata środowiskowa za zużyte paliwo — 136,8 litra zużyte na 1 pojazd w ciągu dnia, ma być przemnożone (jak podaje Konsorcjum M.E.) przez 0,84/1000 — co daje 0,115, a co (jak dalej wskazują ich wyjaśnienia) należy przemnożyć przez 6,04 zł — oznacza 0,69 zł, co przy pomnożeniu przez 12 pojazdów i 252 dni daje = 2.098,86 zł rocznie
Do tego dochodzi jeszcze wskazywana pod lit. d (koszty bhp) kwotę 1.200 zł za kierowcę rocznie, co daje kwotę (przy 12 kierowcach) 14.400 zł rocznie.
Podsumowując daje to kwotę 2.404.759,83 zł rocznie, czyli na 1 tonę (70.000) = 34,37 zł (a nie kwotę 22,69 zl) netto. W kwocie brutto jest to zatem 37,12 zł za tonę.
Podsumowując odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach Konsorcjum M.E. wskazało na 3 rodzaje generalnych kosztów, które mają ponosić w niniejszym postępowaniu.
a. Koszty związane z odbiorem odpadów (str. 2 i pierwszy akapit str. 3 wyjaśnień)
W ramach pierwszego kosztu (a to kosztu związanego z odbiorem odpadów) Konsorcjum M.E. wskazało, iż koszt zamyka się w kwocie 22,69 zł za tonę (netto), co nie może być w żaden sposób uznane za prawidłowe. Koszt ten — wedle prawidłowych zdaniem odwołującego wyliczeń — to dla Konsorcjum M.E. (który musi przewozić odpady z Krakowa do Jaworzna, co jak samo wskazało daje 190 km na każde 25 ton, 380 km dla 50 ton), co najmniej 34,37 zł za tonę netto (37,12 zł brutto). Wyliczenia dokonane przez Konsorcjum M.E. zasadzały się bowiem na nierealnym w ocenie odwołującego założeniu, iż każdy pojazd za każdym przejazdem przewozi 100% obciążenia (czyli uznają, że każdego dnia produkowana jest ilość odpadów do odbioru będąca wielokrotnością 25 ton). Co jednakże istotniejsze, mimo wymogu wskazującego, iż maksymalnie w ciągu dnia do odbioru może być 600 ton, a więc muszą dysponować flotą przynajmniej 12 pojazdów i przynajmniej 12 kierowców, w ogóle nie wzięli pod uwagę przedmiotowych kosztów stałych (które muszą ponosić celem realizacji niniejszego zamówienia). W konsekwencji właściwe wyliczenie kosztów stałych (samochody, pracownicy, ich amortyzacja) pokazuje, iż koszty te zdecydowanie różnią się od wyliczeń Konsorcjum M.E..
Już zatem pokazanie tego kosztu (bez w ogóle brania pod uwagę dalszych dwóch rodzajów kosztów) pokazuje, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum M.E. zawiera rażąco niską cenę, skoro za 1 tonę zaoferowali 33,70 zł netto (36,40 zł brutto).
b. Koszty związane z zagospodarowaniem odpadów (str.3-połowa str.5 wyjaśnień)
W ramach tej kategorii kosztów na pierwszy plan wysuwa się zdaniem odwołującego to, iż Konsorcjum M.E. w swoich wyjaśnieniach wskazało, iż koszt pozyskania komponentów koniecznych do tego, aby przetworzyć żużel „jest pokrywana z innych kontraktów”.
W konsekwencji Konsorcjum M.E. równie dobrze może wskazywać, iż każdą pracę może wykonać po koszcie „zerowym” gdyż zawsze może być inny kontrakt, którego przychody sfinansują koszty ponoszone na wykonanie usługi.

Mając na uwadze, iż koszt 1 tony komponentu to ok. 15 zł, a jest ich potrzeba 85.000 ton, to cena z odbiór i zagospodarowania każdej z 70.000 ton żużlu winna wzrosnąć o 18,2 zł.
Konsorcjum M.E. nie uwzględniło kosztu spycharki (dla rozładowania pryzm powstających w związku z pracą mieszalnika kruszyw), jak i uznało, iż pracownicy obsługujący urządzenie będą pracowali całe 252 dni robocze. Powoduje to konieczność zwiększenia kosztów o, odpowiednio, 2,22 zł netto za tonę (2,40 zł brutto) — spychacz — oraz z 1,39 zł netto (1,50 zł brutto) do 1,61 zł netto (1,74 zł brutto) za zwiększenie wynagrodzenia pracowników.
W sumie daje to powiększenie tego kosztu z 5,20 zł netto za tonę (5,62 zł brutto) do 24,49 zł netto za tonę (26,45 zł za tonę)
Odwołujący zaznaczył jednocześnie, iż do kosztu tego nie były już doliczane koszty „bhp” (związane chociażby z koniecznością zakupu ubrań), choć one też istnieją w odniesieniu do osób, które zajmują się obsługą mieszalnika kruszyw.
c. Koszty związane z pracą pracowników nadzoru
W tym miejscu odwołujący wskazał, iż Konsorcjum M.E. podzieliło ten koszt przez 155.000 zamiast 70.000 (oczywisty błąd — przeliczenie powinno być dokonane za każdą tonę żużlu,

wedle założenia ilości 70.000), jak i nie doliczyło dodatkowego kosztu, który wynika z konieczności udzielenia urlopów oraz L4.
Tym samym koszt ten zamiast, jak wynika z wyliczeń Konsorcjum M.E., wynosić 0,28 zł netto za tonę (0,30 zł za tonę brutto) wynosi 0,73 zł za tonę netto (0,79 zł brutto).
d. Sumarycznie
W konsekwencji w ocenie odwołującego, nie sposób uznać, by (jak twierdzi Konsorcjum M.E. w wyjaśnieniach na stronie 7-ej) koszty i marża wyglądały w przedstawiony przez Konsorcjum M.E. sposób.
Uwzględnienie wszystkich powyższych kosztów w jednej tabelce i zestawienie ich z danymi podanymi przez Konsorcjum M.E., pokazuje, iż marża na zadaniu będzie ujemna (a więc, że koszty będą znacznie wyższe od zaoferowanej ceny).
W ramach cen netto po przeliczeniu wychodzi marża ujemna na poziomie 25,89 zł za tonę, a w ramach cen brutto na poziomie 27,96 zł za tonę.
Przedmiotowe zestawienie pokazujące wysokość kosztów netto na poziomie 59,59 zł netto (64,36 zł brutto za tonę) jest przy tym o wiele bardziej realne w stosunku do kosztów, jakie podało M.E. w poprzednim postępowaniu (gdzie koszty te "wynosiły 46,5 zł netto, 50,22 zł brutto z uwzględnieniem wzrostu cen).
Tabela zawierające podsumowanie kosztów
Odwołujący wskazał, że ma między miejscem odbioru a miejscem przetwarzania ok. 9 km (czyli 18 km na jeden transport). W konsekwencji zamiast 2 przejazdów dziennie 1 pojazd w przypadku odwołującego może zrobić takich kursów ok. 6-ciu. W konsekwencji zamiast przeznaczenia co do zasady 6 pojazdów (6 kierowców) i zamiast ponoszenia stale kosztów

---

12 pojazdów i 12 kierowców odwołujący może do tego samego zadania przeznaczyć 2 pojazdy (co do zasady) i 4 pojazdy przy największym obłożeniu (600 ton dziennie). Ponosi także znacznie niższe koszty oleju napędowego. Odwołujący wskazał, że to on ma najniższe możliwe koszty.
W związku z przedstawionymi wyliczeniami odwołujący zauważył, iż złożenie oferty Konsorcjum M.E. z tak wskazaną ceną stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 ZNK. Przepis ten wskazuje bowiem, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
Aby możliwe było popełnienie tego czynu konieczne jest spełnienie 3 przesłanek, a to:
a. następuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia
b. następuje utrudnienie dostępu do rynku
c. celem tego działania jest eliminowanie innych przedsiębiorców z rynku
W niniejszej sprawie według odwołującego wszystkie te przesłanki zostały spełnione. Po pierwsze cena usługi nie pokrywa jej kosztów. Działanie takie powoduje utrudnienie dostępu do rynku (druga przesłanka)
Jak bowiem wskazuje się w literaturze:
„utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce we wszystkich tych sytuacjach, w których skutki czynów zmaterializowały się w postaci realnej szkody ich adresatów (np. utrata klientów i zmniejszenie obrotów na skutek zastosowania przez konkurencje sprzedaży produktów poniżej kosztów). Komentowany przepis nie zawiera natomiast żadnych określeń sugerujących, że dla dokonania utrudniania dostępu do rynku konieczne jest osiągnięcie jakiegoś skutku. Co więcej, idea ochrony przysługującej na mocy komentowanej ustawy polega na „zapobieganiu i zwalczaniu" nieuczciwej konkurencji (art. 1 ZNK), a sam czyn podlega ustawie nie tylko, jeśli narusza interes przedsiębiorcy lub klienta, ale także jeśli mu zagraża (art. 3 ust. 1 ZNK).
Z powyższego wynika, że dla zrealizowania utrudniania dostępu do rynku wystarczające jest samo podjęcie działań, które zgodnie z doświadczeniem życiowym, zasadami prowadzenia obrotu gospodarczego i prawidłowościami rynkowymi są zdolne, chociażby potencjalnie, do wywołania zakłóceń (np. wystawienie na sprzedaż produktów po cenie niższej niż koszty przedsiębiorcy, mało skuteczne rynkowo wymuszanie na klientach dokonania odpowiedniego wyboru)". (M. Mioduszewski, J. Sroczyński, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. „Komentarz" red. M. Zdyb, komentarz do art. 15 ZNK).
Zdaniem odwołującego działanie Konsorcjum M.E. utrudnia dostęp do rynku we wskazanym wyżej rozumieniu — jego skutkiem może być wszak wywołanie zakłóceń na rynku, które

będą związane z faktem uznania jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum M.E..

Także i trzeci warunek w ocenie odwołującego został spełniony — działanie takie ma na celu eliminację konkurencji z rynku. Nie można bowiem wyobrazić sobie innego celu zaoferowania świadczenia usług po cenie znacznie zaniżonej w stosunku do kosztu, niż chęć osiągnięcia długofalowego planu jakim w niniejszej sytuacji jest doprowadzenie do eliminacji konkurencji.
Odwołujący podniósł również, że oferta Konsorcjum M.E. została zabezpieczona wadium wystawionym przez T.E.H. S.A. zgodnie z którego treścią gwarant podjął się wypłaty kwoty żądania, o ile „Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”
Wadium nie wymieniało zatem przesłanek zatrzymania wadium, a odwoływało się w tym zakresie do PZP, bez sprecyzowania jednakże o jaką wersję ustawy chodzi. PZP od czasu jej uchwalenia przewidywała różne wersje brzmienia przepisów, które odnosiły się do zatrzymania wadium. Co oczywiste prawidłowe wadium to tylko takie, które będzie odwoływało się właściwych przesłanek zatrzymania wadium.
Problem ten widać najmocniej wówczas, gdy zmieniają się przesłanki zatrzymania wadium — odesłanie w takiej sytuacji do brzmienia ustawy z daty, gdy obowiązywały inne przesłanki zatrzymania wadium oznacza, iż oferta nie jest w prawidłowy sposób zabezpieczona.
Zdaniem odwołującego analogicznie należy traktować sytuację, gdy wadium nie wskazuje dokładnie do której wersji ustawy odwołanie to ma miejsce (co można uczynić w łatwy sposób przez podanie właściwego publikatora ustawy, który wskazuje na jej brzmienie). W takiej sytuacji gwarant w sytuacji otrzymania żądania zapłaty może odmówić zrealizowania gwarancji wskazując, iż nie zapewnił on gwarancji wypłaty środków zgodnie z aktualną treścią przesłanek, a wedle pierwotnego brzmienia ustawy. Nie wskazano nigdzie bowiem w treści gwarancji, iż chodzi o tekst ustawy z późniejszymi zmianami, a odnosi się on tylko do ustawy z określonego dnia (kiedy jeszcze nie były wprowadzone

żadne zmiany).

Wymagane jest to, by gwarancja wadialna nie budziła żadnych wątpliwości (tak wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. KIO 858/16). Podobnie wskazało KIO w wyroku z dnia 25 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1222/15. W sytuacji zatem, gdy gwarancja wadialna nie zapewnia jednoznaczności wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie sposób uznać, by zabezpieczała ona w odpowiedni sposób interes zamawiającego (interes publiczny), co winno skutkować odrzuceniem oferty.
Jednocześnie postępowanie zamawiającego polegające na nierzetelnej ocenie wyjaśnień Konsorcjum M.E., która w szczególności przejawiała się w niezauważeniu przez KHK szeregu ominięć w wyjaśnieniach, nieprawidłowości w wyliczeniach, jak i ich niespójnością z wcześniejszymi wyjaśnieniami przedstawionymi w poprzednim postępowaniu zdaniem odwołującego uzasadnia twierdzenie, iż naruszona została zasada uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem uznać za właściwe postępowania zamawiającego, które sprowadza się do bezkrytycznej i bezrefleksyjnej akceptacji wyjaśnień Konsorcjum M.E., podczas gdy ich rzetelna ocena prowadziłaby do konieczności uznania, iż nie zostało wykazane, ani tym bardziej udowodnione, że oferta złożona przez Konsorcjum M.E. nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W dniu 20 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 lutego 2017r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm M.E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.C.F.H.U.A. z siedzibą w O., (...) wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jedynie utrzymanie w mocy czynności zamawiającego pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało opatrzone podpisem elektronicznym złożonym przez pełnomocnika działającego na

podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lutego 2017r. udzielonego przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i podpisanego przez prezesa zarządu upoważnionego do reprezentacji pełnomocnika wykonawców, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS. Pełnomocnik wykonawców działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lutego 2017r. udzielonego przez członka konsorcjum. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 lutego 2017r.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezprzedmiotowego.
W uzasadnieniu przystępujący podniósł, że samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert - wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne- tak KIO w wyroku z dnia 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/132.
Odwołujący, sugerując, że najkorzystniejsza cena złożona przez przystępującego jest ceną „rażąco niską", opiera się na porównaniu arytmetycznym ofert złożonych w przetargu, choć nie jest to optymalne kryterium przy badaniu zarzutu ceny rażąco niskiej. Jak wielokrotnie wskazywało KIO, „decyzja zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień nie podlega przy tym, co do zasady, kryteriom arytmetycznym, zamawiający może zażądać wyjaśnień na podstawie wątpliwości wynikających z danych okoliczności sprawy" – wyrok z dnia 21 lipca

---

2009r. sygn.. akt KIO/UZP 866/09, KIO/UZP 879/09. Co zostało dostrzeżone w orzecznictwie Izby, zamawiający porównując cenę oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia (...) powinien odwołać się do doświadczenia życiowego, które wskazuje, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50% i nie stanowią o rażąco niskiej cenie. (...) Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, że różnice te nie są pomijalne, to jednakże doświadczenie życiowe wskazuje, że różnice występujące pomiędzy cenami poszczególnych ofert i ich relacja do budżetu zamówienia nie jest niczym nadzwyczajnym a wręcz przeciwnie, jest zjawiskiem często spotykanym i znajdującym uzasadnienie, biorąc pod uwagę sytuację rynkową" – wyroku z dnia 28 kwietnia 2011r. sygn. akt 814/11. Przystępujący wskazał, że porównanie arytmetyczne ofert wskazanych w przetargu do czego odsyła odwołujący jest o tyle wadliwe, iż zostaje radykalnie zawyżone przez nieracjonalną ofertę P.H.P.O. (o ponad 1 mln zł wyższej od przedostatniej oferty). Gdyby nie brać tej oferty pod uwagę, nie doszłoby do przekroczenia różnicy 30% oferty przystępującego względem średniej arytmetycznej pozostałych oferentów. Ponadto przystępujący zauważył, że wykonawca szacując wysokość oferty może w pełni korzystać z przysługujących mu sprzyjających uwarunkowań. Oznacza to, że oferowana przez niego cena może zasadniczo różnić się od pozostałych oferentów (jak wskazuje KIO we wcześniej przywołanym wyroku - nawet o 50%), co nie oznacza jednocześnie, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.
Jak wskazuje w tym zakresie orzecznictwo, „oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, kontakty handlowe, rozwiązania organizacyjne, ilość świadczonych jednocześnie usług - skali działalności), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet znacząco odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert - jeżeli potrafi ją uzasadnić” – wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 20110r. sygn. akt XIX Ga 175/10. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu - wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 20110r. sygn. akt XIX Ga 175/10.
W szczególności, pozbawione zasadności są w ocenie przystępującego twierdzenia odwołującego oparte o porównanie ceny zaproponowanej przez odwołującego oraz przystępującego, jako że pomija się w ten sposób metodologię zastosowaną przy wycenie oferty sporządzonej przez przystępującego, która zależna jest właśnie od indywidualnych uwarunkowań. W konsekwencji, wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1

ustawy powinny być badane przez realność poczynionych założeń względem zrealizowania przedmiotu zamówienia. Odwołujący, z racji, że całkowicie pomija w swoich wywodach czynniki przemawiające za niską ceną zaproponowaną przez przystępującego, dochodzi do błędnych wniosków, iż najkorzystniejsza cena zaproponowana przez przystępującego jest ceną „rażąco niską" uzasadniając to przyjętą przez siebie metodologią ustalenia wysokości oferty. Z drugiej strony przystępujący podniósł, że realność wyliczeń przystępującego była już przedmiotem pozytywnej oceny zamawiającego oraz została szczegółowo wykazana w wyjaśnieniach.
Przystępujący zauważył, że odwołujący całkowicie pominął czynniki przemawiające za niską ceną przystępującego. Odnosząc się do tych kwestii przystępujący podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co nie było przedmiotem zarzutu odwołującego i stąd stanowisko przystępującego zostanie przedstawione z ograniczeniem do elementów jawnych. Przystępujący zauważył, że odwołujący dokonuje porównania oferty bieżącej przystępującego do oferty złożonej w analogicznym postępowaniu w roku poprzednim (pkt 1.7 Odwołania). Porównanie to jest bezzasadne. Po pierwsze, wynika to wyraźnie z zasad rządzących reżimem ustawy, w którym to weryfikacja ceny, jako rażąco niskiej odnosi się zawsze do konkretnego przedmiotu zamówienia, zwłaszcza do rzeczywistych kosztów jego realizacji – A. K. Szymańska, Wyjaśnienie oferty z rażąco niską ceną, PZP nr 1 str. 120 z 2015r.
Po drugie, przemawiają za tym względy faktyczne. Przystępujący w ciągu ostatniego roku podjął wszelkie środku ku zwiększeniu własnej konkurencyjności. W tym miejscu przystępujący wskazał jakie środki podjął. Wskazał także, iż na wysokość ceny zaoferowanej w poprzednim roku wpływ miał także fakt, iż w zeszłym roku, do kalkulacji przystępujący przyjął koszt zakupu komponentów na poziomie kilkunastu złotych, jako, że założył zakup kruszyw. W tym miejscu przystępujący podał czy obecnie taki koszt u niego występuje i opisał powodowy dokonanej kalkulacji. Powyższe zdaniem przystępującego, wyraźnie
przemawia za bezzasadnością dalszych zarzutów odwołującego, wskazanych w pkt 2.1 oraz 2.2. odwołania (dot. rzekomej „dowolności" ustalenia ceny), a także pkt. 2.3, w którym to odwołujący przywołuje -jako argument za rzekomą „rażąco niską ceną" -własną metodologię wyliczeń ceny ofertowej,
Racjonalność kalkulacji ceny przedstawionej przez Przystępującego została szeroko wykazana w Wyjaśnieniach. Pokrótce, przystępujący wskazał, że odnośnie zarzutów wskazanych przez odwołującego w pkt.:
1) Ad. 1.4 odwołania dot. wykazania rażąco niskiej ceny w oparciu o średnie arytmetyczne - wyliczenia poczynione przez odwołującego nie mają praktycznego znaczenia i w żaden sposób nie uzasadniają poczynionego zarzutu. Na marginesie wskazał, odnosząc się do zeszłorocznego postępowania, że najkorzystniejszą ofertą w zakresie odbioru i

zagospodarowania 1 Mg żużla i popiołów paleniskowych (19 0112) w kwocie 55,35 zł brutto była oferta odwołującego. Jednocześnie, średnia złożonych ofert wyniosła niemal 99 zł za zagospodarowanie 1 Mg żużla. Przy zastosowaniu metodologii przyjętej przez odwołującego (tj. zbadania proporcji między ofertą przystępującego a średnią arytmetyczną pozostałych ofert) należałoby przyjąć, że złożona oferta stanowiła ok 56% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W przypadku pominięcia oferty odwołującego - będącej najniższą złożoną - dysproporcja względem średniej arytmetycznej wzrosłaby do blisko 51,5% ceny arytmetycznej pozostałych ofert. Powyższe w ocenie przystępującego jednoznacznie obrazuje zróżnicowanie warunków rynkowych, co znajduje odzwierciedlenie w wynikach postępowania w ubiegłym jak i bieżącym roku.
2) Ad. 1.5 - 1.7 odwołania - dot. kalkulacji ceny - wskazane przez odwołującego tezy należy uznać na niezasadne z uwagi na nieuwzględnienie zmian w zakresie procesu technologicznego wykorzystywanego przez przystępującego, który został wskazany i opisany w złożonych przez przystępującego wyjaśnienia, zaś przedmiotem oceny są okoliczności związane z konkretnym przedmiotem zamówienia.
3) Ad. 2.3.2 i 2.3.3. odwołania dot. wadliwego wskazania kosztów m.in. transportu - Przystępujący wskazał powody obniżenia kosztów transportu.
Na marginesie, odnosząc się do zarzutu dotyczącego obniżenia ceny zaoferowanej przez

przystępującego w przetargu względem ceny oferowanej w zeszłorocznym postępowaniu, pomimo podnoszonego przez odwołującego wzrostu kosztów (m.in. paliwa, wynagrodzeń) wskazać należy, iż odwołujący, a także inni uczestnicy postępowania, również złożyli ofertę zawierającą niższą cenę jednostkową (za 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów). W tym zakresie, podkreślił, że naturalnym jest optymalizowanie kosztów procesów technologicznych jak transportu.
Ad. 2.3.4. odwołania dot. przetworzenia odpadów - w obliczeniach przystępujący wskazał jakie koszty uwzględnił.
Ad. 2.3.5. m.in. w zakresie kosztów wskazanych przez Przystępującego w złożonej ofercie - w istocie przystępujący odnosi się do kosztu pozyskania poszczególnych komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych. Odnoszenie się do korzyści płynących z innych realizowanych równocześnie kontraktów jest całkowicie dopuszczalne i uznane w orzecznictwie KIO wyrok SO Warszawa z 1 grudnia 2008r. sygn.. akt V Ca 1784/08 i KIO z 1 lipca 2013r. sygn.. akt KIO 1424/13. Co zostało wyraźnie wskazane przez przystępującego, z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat – tak wyrok KIO z 1 lipca 2013r. sygn.. akt KIO 1424/13. Okoliczność ta przemawia za odrzuceniem zarzutów dot. „rażąco niskiej" ceny. Podkreślił, że o ile w przypadku zeszłorocznej oferty przystępujący mógł ponosić koszt związany z pozyskaniem komponentów, to złożona obecnie oferta W związku z posiadaną infrastrukturą

techniczną przystępujący musi zabezpieczyć dostawy substratów wykorzystywanych w stosowanym przez siebie procesie technologicznym/produkcyjnym.
Ad. 2.3.5. odwołania m.in. w zakresie kosztów związanych z transportem - zgodnie ze wymaganiami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wskazał, że maksymalną ilością odpadów przeznaczonych do odbioru w ciągu jednego dnia może być 600 Mg. Przystępujący wskazał założenia przyjęte w wyjaśnieniach na potrzeby kalkulacji kosztów transportu. Jednocześnie, wskazana została możliwość zaangażowania do 12 pojazdów w przypadku zwiększonych dobowych ilości odpadów, co odpowiada warunkom sprecyzowanym przez zamawiającego, Wskazał, że w przypadku stałego zaangażowania 12 pojazdów wraz z kierowcami, przy zakładanych 252 dniach roboczych przewidzianych dla realizacji zamówienia, roczny wolumen żużlu stanowiłby wyłącznie połowę dostępnych ładowności, co należałoby uznać za nieefektywne kosztowo. Podkreślenia wymaga zatem zgłoszona przez przystępującego -a pominięta przez Odwołującego - gotowość do zaangażowania dodatkowych pojazdów.
Powyższa argumentacja w ocenie przystępującego przemawia w całości także za bezzasadnością zarzutu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji. Jedynie na marginesie przystępujący wskazał, że oferta odwołującego złożona w przetargu jest korzystniejsza od złożonej przez odwołującego w roku poprzednim. Biorąc to pod uwagę należy przyjąć, iż konkurencja między odwołującym oraz przystępującym wpływa wyłącznie pozytywnie na oferty otrzymywane przez zamawiającego. Ponadto, wszelkie odwołania do oferty składanej w zeszłym roku przez przystępującego są bezzasadne także z tego względu, że oferta ta została wtedy przez zamawiającego odrzucona. Przystępujący nie dostrzega żadnej racjonalności w odwoływaniu się do oferty, która nie rodziła żadnych skutków.
Odnosząc się do zarzutu odwołującego w zakresie nieprawidłowego wniesienia wadium, podnieść należy, że przedstawiona gwarancja nie zawiera publikatora ustawy. Ustawa ma zaś charakter bezwzględnie obowiązujący, jej treść publikowana jest w Dzienniku Ustaw, tym samym jasne jest, w jakiej treści obowiązywała w odniesieniu do danego postępowania publicznego. Gwarancja z kolei bezpośrednio odwołuje się do przetargu, tak więc jest oczywistym, w jakiej treści ustawa jest adekwatna do zastosowania przesłanek uruchomienia "gwarancji". Inne podejście, tzn. każdorazowe określanie publikatora ustawy, przy jej zmienności, publikowania jednolitych tekstów ustawy w Dzienniku Ustaw, konieczności dokładnego określenia, w jakiej treści obowiązuje ona dla danego przetargu (gdzie momentem o tym decydującym jest moment wszczęcia postępowania), rodziłoby niepotrzebne ryzyko, że któryś z podmiotów nieprawidłowo zacytowałby dany publikator (czy to zamawiający, wykonawca lub nawet gwarant). Dlatego też brak wskazania publikatora w treści gwarancji wadialnej nie stanowi uchybienia, eliminuje niepotrzebne ryzyko, a

wystarczającym sformułowaniem jest powołanie się w gwarancji na ustawę Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r.
Przystępujący wskazał, że brak było wskazań w powyższym zakresie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które konkretyzowałyby wymóg w zakresie wskazania konkretnego Dziennika Ustaw w sposób wskazany w zarzucie odwołującego. Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie, treść gwarancji powinna być czytana funkcjonalnie poprzez ustalenie, czy w sposób właściwy zabezpiecza mogące powstać roszczenia zamawiającego – wyrok z dnia 14 października 2014r. sygn.. akt KIO 2016/14, wyrok z dnia 13 listopada 2014r. sygn.. akt KIO 2252/14.
Przystępujący zauważył, że stwierdzenie zawarte w opublikowanej 30.09.2016 r. informacji o wynikach kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, znak: UZP/DKUE/KU/32/16, zgodnie z brzmieniem którego: "Należy zauważyć, iż ustawa P.z.p. ani też ustawa Prawo bankowe nie precyzują, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna, aby mogła zostać uznaną za prawidłowo zabezpieczającą interesy zamawiającego. Nie istnieją wymogi nakazujące, aby gwarancja wadialna zawierała ścisłe przytoczenie słów ustawy P.z.p. czy też dokładne wyliczenie przepisów ustawy określających przypadki utraty wadium przez wykonawcę. Wystarczającym może być nawet ogólne wskazanie, iż bank zobowiązuje się do wypłaty wadium w warunkach określonych w ustawie."

Na posiedzeniu w dniu 2 marca 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie uwzględniając w całości zarzuty odwołania oraz zobowiązując się do wykonania żądań odwołującego zawartych w odwołaniu.
Przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego.

Odwołujący na rozprawie złożył pismo z dnia 1 marca 2017r., w którym podtrzymał zarzuty i żądania odwołania rozszerzając zawarte w odwołaniu uzasadnienie o nowe argumenty oraz przedkładając nowe dowody.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, oferty przystępującego, wezwania do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 11 stycznia 2017r., udzielonej odpowiedzi wraz z załącznikami, dowodów dołączonych do odwołania, dowodów dołączonych do pisma odwołującego z dnia 1 marca 2017r., dokumentacji pracy badawczo-usługowej, przesłuchania strony w osobie Sławomira Rzepeckiego prezesa zarządu M.E..
Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 24 listopada 2017r.
Z załącznika nr 1 do siwz wynika, że wykonawca jest zobowiązany zabezpieczyć odpowiednią ilość oraz rodzaj pojazdów do wywozu odpadów, aby silosy, place

magazynowe miały ciągłą zdolność do przyjmowania kolejnych partii odpadów (zapewnić ciągłą pracę linii technologicznej). Żużel ma być załadowywany na samochód ciężarowy typu wanna zabezpieczony przed zanieczyszczeniem. Odbiór odpadów będzie się odbywał od 7:30-14:00 na podstawie zlecenia zamawiającego przekazanego 1 dzień roboczy przed realizacją do godz. 14:00, maksymalna ilość odpadów w ciągu 1 dnia do odbioru wynosi 600 Mg, zaś minimalna 24 Mg (co nie oznacza zobowiązania zamawiającego do codziennego przekazania odpadów.)
Na podstawie oferty odwołującego Izba ustaliła, że na str. 145 oferty znajduje się wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) nr 28000132143 z dnia 29 grudnia 2016r. i w zakresie spornym gwarant zobowiązał się do bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła, że w okresie pomiędzy 24 listopada 2016r., a datą wyrokowania nie były dokonywane zmiany art. 46 ustawy. Izba oceniła jako wiarygodne wyjaśnienia przystępującego, że gwarant będzie odnosił swój zakres zobowiązania do przesłanek żądania wypłaty wadium określonych w art. 46 ustawy w brzmieniu aktualnym.

W dniu 11 stycznia 2017r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień

dotyczących wyliczenia ceny cytując treść art. 90 ust. 1a pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 90 ust. 2 tej ustawy. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia lakoniczne lub niepoparte dowodami mogą być zgodnie z orzecznictwem Izby uznane jako niezłożone w
Odwołujący złożył wyjaśnienia, które w jego ocenie nie zawierały informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, co nie było kwestionowane przez zamawiającego i odwołującego.
Z jawnej części wyjaśnień wynika, że przystępujący przedstawił kalkulację ceny ofertowej odbioru, transportu i zagospodarowania odpadu o kodzie 19 01 12. Wskazał, że odpad o kodzie 19 01 12 będzie transportowany do miejsca przetworzenia (mobilny agregat mieszający) i stanowić będzie częściowy komponent do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
Dane, jakie przystępujący przyjął do kalkulacji:
• maksymalna ilość odpadów do transportu: 70.000 ton
• okres trwania umowy: 12 miesięcy

• planowana ilość pojazdów przeznaczonych do transportu odpadów: 6/7 pojazdów (ciągnik + naczepa); w przypadku zwiększonych dobowych ilości odpadów (na poziomie ok. 600 ton na dobę) przewidział możliwość zaangażowania do 12 pojazdów;
• jednorazowa masa załadunku pojazdu (kurs): 25 ton
• zakładana ilość kursów: 2 kursy/dzień/pojazd
• długość jednaj trasy (wg mapy - kalkulator Viatoil): ~ 190 km w pętli x 2 kursy/dzień/pojazd – długość trasy potwierdza załącznik lit. d
• wynagrodzenie miesięczne kierowcy z narzutami: 3117 zł / kierowca
• cena zakupu paliwa: 3,56 zł / litr netto – podaną wartość potwierdzają załączniki a, b, c
• koszt amortyzacji: 6166 zł/ miesiąc / pojazd – podaną wartość potwierdza załącznik f
Do przeliczenia kosztów transportu na 1 tonę przyjęto dane dla jednego pojazdu.
Założono, że jeden pojazd wykonuje 2 kursy w ciągu jednego dnia i jest w stanie przewieźć ok. 50 ton odpadu. Trasa jaką pojazd musi wykonać to ok. 380 km.
Zestawienie kosztów:
• paliwo : 380 km x 36 l / 100 km / 100 - 136,8 l ON /i dzień tj. 487,00 zł / dzień
• kalkulowany koszt wynagrodzenia (nie mniejszy niż najniższe miesięczne wynagrodzenie brutto): 3117 zł / kierowca / 21 dni tj. 148,43 zł/ dzień
• koszty Viatoil (wg załączonej kalkulacji): 31,88 zł / kurs x 2 tj. 63,76 zł / dzień – wysokość kosztu potwierdza załącznik d
• koszt ubezpieczenia: 4845 zł za rok / 252 dni tj. 19,22 zł / dzień – koszt potwierdza załącznik lit e
• średnie pozostałe koszty eksploatacyjne (oleje, ogumienie, żarówki itp.): 12% kosztów paliwa - ton tj. 58,44 zł/dzień
• amortyzacja: 6166 zł / 21 dni tj. 294 zł / dzień (przyjęto maksymalną „ścieżkę" amortyzacji dla wszystkich pojazdów dedykowanych do transportu odpadu o kodzie 19 01 12* - koszt potwierdza załącznik lit f
• podatek drogowy od środków transportu (ciągnika 2143 zł rocznie i naczepy 1660 zł rocznie): 3803,00 zł / 252 dni tj. 15,01 zł /dzień – koszt potwierdza załącznik lit g
• opłata środowiskowa za zużyte paliwo: 136,8 x 0,84 / 1000 = 0,115 tony x 6,04 zł / tona tj. 0,69 zł/dzień
• koszty ubezpieczenia OCP: 3672 zł rok / 252 dni / 55 pojazdów = 0,27 zł/dzień – koszt potwierdza załącznik lit. jj
• inne koszty (przeglądy, naprawa, koszty ogólne): ok 1000 zł / 21 dni tj. 47,62 zł/ dzień
RAZEM: 1134,44zł. / dzień / 50 ton tj. 22,69 zł / tona
Przystępujący przedstawił też kalkulacja kosztów przyjęcia oraz przetworzenia odpadu o kodzie 19 0112 na mobilnym agregacie mieszającym M.E. SA

Dla prawidłowego przedstawienia kalkulacji ceny za usługę przetworzenia odpadu o kodzie 19 0112, w jego ocenie niezbędne jest dokonanie opisu procesu technologicznego stosowanego w chwili obecnej przez przystępującego, a przewidzianego do realizacji

przedmiotowego zamówienia*
W realizacji zamówienia przystępujący ma zamiar wykorzystać znajdujący się w jego dyspozycji ciąg technologiczny do wytwarzania mieszanek mineralno-skalnych m. in. na bazie odpadu o kodzie 19 0112. Jest to urządzenie w pełni mobilne, składające się z:
a) podajnika ślimakowego przystosowanego do podawania materiałów sypkich przez urządzenie ładujące typu ładowarka
b) mieszalnika wałowego poziomego,
c) podajnika materiałów sypkich,
d) przenośnika taśmowego transportującego gotowy produkt z mieszalnika wałowego na pryzmę odstawczą,
e) instalacji zraszającej, eliminującej pylenie materiałów sypkich.
Całość stanowi zwartą konstrukcję zabudowaną na podwoziu kołowym naczepy samochodowej, co pozwala na przemieszczanie całego agregatu sprzętem ciężkim (ładowarka lub spycharka) po rekultywowanym terenie.
Wydajność mobilnego agregatu mieszającego wynosi 150 Mg / h gotowej mieszanki.
Przedmiotowy odpad o kodzie 19 01 12 będzie przetwarzany na dwa rodzaje mieszanek mineralno-skalnych. Poniżej kalkulacje dla wariantów nr 1 i 2. Przyjęcie dwóch wariantów kalkulacji zostało spowodowane specyfiką procesu technologicznego, przewidzianego do realizacji umowy. Przyjęte warianty produkcji mieszanek mineralno-skalnych mogą być realizowane zamiennie.
Dla kalkulacji kosztów osobowych (wynagrodzeń) przyjęto przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w 3 kw. 2016r. 4055,04 zł (na podstawie komunikatu GUS). – koszt wykazany załącznikiem lit. k
Przedmiotowa kalkulacja przedstawia warianty, w których całkowite koszty wytworzenia mieszanek mineralno-skalnych są odnoszone wyłącznie do ilości przetworzonych odpadów 19 0112.
Koszty pozyskania komponentów do produkcji przedmiotowych mieszanek mineralno-skalnych (odpady wydobywcze kod 01 04 12 oraz uboczne produkty spalania kod 10 01 82) są pokrywane w całości przychodami wynikającymi z odrębnych umów i kontraktów handlowych.
Wariant1. Przystępujący podał następujące dane:
- ilość komponentów mineralnych: żużel kod odpadu 190112 - 70 000,00t
- ilość komponentów skalnych: kod odpadu 010412 - 85 000,00t
- Ilość gotowej mieszanki (1+2) - 155 000,00t

- Koszt pracy ładowarki (1033 godz. x 100 zł / godz.) - 103 300,00zł – koszt potwierdzają załączniki lit. h, i, j
- Jedn. Koszt pracy ładowarki - 1,48zł./t-
- Koszt pracy obsługi mieszalnika (2 osoby) - 97 320,96 zł – załącznik lit. k
- Jedn. Koszt pracy obsługi mieszalnika - 1,39zł/t
- Koszt energii elektrycznej - 74 998,85zł – koszt potwierdza załącznik lit. l i m.
- Jedn. Koszt energii elektrycznej - 1,07zł/t
- Koszt dzierżawy terenu (1402 zł / m-c x 12 miesięcy) - 16 830,00zł. – koszt potwierdza załącznik lit. n, p i q.
- Jedn. Koszt dzierżawy terenu - 0,24zł./t
- Koszty badań mieszanki - 18 000,00zł. – koszt potwierdza załącznik lit. r
- Jedn. koszty badań mieszanki - 0,26zł/t
- Koszty napraw i utrzymania instalacji do odzysku odpadów - 11182,55zł. – koszt potwierdzają załączniki od s –x
- Jedn. Koszty napraw i utrzymania instalacji do odzysku odpadów - 0,16zł/t
- Amortyzacja instalacji do odzysku odpadów - 42 316,80zł. – koszty potwierdza załącznik lit. y
- Jedn. Amortyzacja instalacji do odzysku odpadów - 0,60zł./t

Razem koszty produkcji mieszanki - 363 949,16zł.
Razem koszty jednostkowe - 5,20zł./t

Wariant 2. Przystępujący podał następujące dane:
- Ilość komponentów mineralnych: żużel kod odpadu 190112 - 70 000,00t
- Ilość komponentów mineralnych: uboczne produkty spalania kod odpadu: 100182-57 000,00t - Ilość komponentów skalnych: kod odpadu 010412 - 28 000,00t

- Ilość gotowej mieszanki - 155 000,00t
- Koszt pracy ładowarki (1033 godz. x 100 zł / godz.) - 103 300,00zł
- Jedn. Koszt pracy ładowarki - 1,48zł./t-
- Koszt pracy obsługi mieszalnika (2 osoby) - 97 320,96 zł
- Jedn. Koszt pracy obsługi mieszalnika - 1,39zł/t
- Koszt energii elektrycznej - 74 998,85zł
- Jedn. Koszt energii elektrycznej - 1,07zł/t
- Koszt dzierżawy terenu (1402 zł / m-c x 12 miesięcy) - 16 830,00zł.
- Jedn. Koszt dzierżawy terenu - 0,24zł./t
- Koszty badań mieszanki - 18 000,00zł.
- Jedn. koszty badań mieszanki - 0,26zł/t

- Koszty napraw i utrzymania instalacji do odzysku odpadów - 11182,55zł.
- Jedn. Koszty napraw i utrzymania instalacji do odzysku odpadów - 0,16zł/t
- Amortyzacja instalacji do odzysku odpadów - 42 316,80zł.
- Jedn. Amortyzacja instalacji do odzysku odpadów - 0,60zł./t

Razem koszty produkcji mieszanki - 363 949,16zł.
Razem koszty jednostkowe - 5,20zł./t
Dla wariantu 1 i 2 wskazane koszty zostały wykazane tymi samymi załącznikami. Co do braku poniesienia kosztów komponentów mieszanki innych niż mieszanka mineralna odbierana od zamawiającego przystępujący wskazał przychody załącznikami lit. z, aa, bb, cc, dd, ee, ff, gg,hh, ii.
Przystępujący przedstawił także pozostałe koszty pracy osób zaangażowanych w realizacje zadania.
Założył zaangażowanie 30 % czasu pracy każdej z 3 osób zatrudnionych na umowę o pracę, odpowiedzialnych odpowiednio za:
• koordynację kontraktu,
• obsługę kontraktu w zakresie ochrony środowiska,
• nadzór nad procesem przetwarzania odpadów,
Jako podstawę dla obliczania wysokości kosztów osobowych przyjął przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w 3 kw. 2016r, 4055,04 zł (na podstawie komunikatu GUS).
W tabelarycznym zestawieniu wskazał
Ilość gotowej mieszanki 155 000,00 t
Pozostałe koszty pracy osób zaangażowanych w realizacje zadania - 43794,43zł.
Jedn. Pozostałe koszty pracy osób zaangażowanych w realizacje zadania - 0,28zł./t
Na potwierdzenie rzetelności powyższych kalkulacji, przystępujący załączył kserokopie następujących dokumentów źródłowych: a) Faktura 2392 / 2016 z dnia 30-12-2016 - zakup paliwa.
b) Faktura 2384 / 2016 z dnia 29-12-2016 - zakup paliwa.
c) Faktura 2355 / 2016 z dnia 22-12-2016 - zakup paliwa.
d) Wydruk kalkulatora systemu Viatoll - opłata za użytkowanie dróg obciążonych mytem.
e) Polisa nr FKK K3215D03 z dnia 10-11-2016 - ubezpieczenie OC pojazdu.
f) Wydruk planu amortyzacji pojazdu z dnia 13-01-2017 - „ścieżka" amortyzacji.
g) Tabela stawek podatku od środków transportowych obowiązujących w gminie Olkusz w 2016 r.
h) Faktura F/44/10/2016 z dnia 31-10-2016 - praca ładowarki.
i) Faktura F/37/11/2016 z dnia 30-11-2016 - praca ładowarki. j) Faktura F/41/12/2016 z dnia 30-12-2016 - praca ładowarki.
k) Komunikat Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 10-11-2016 w sprawie przeciętnego

---

wynagrodzenia w trzecim kwartale 2016 r.
l) Faktura FV/SP/65/20i6/n/ooo4 z dnia 18-11-2016 - zakup energii elektrycznej dla agregatu do wytwarzania mieszanek.
m) Faktura FV/SP/65/2016/12/0025 z dnia 31-12-2016 - zakup energii elektrycznej dla agregatu do wytwarzania mieszanek.
n) Umowa z dnia 28-09-2012 pomiędzy CTL A/laczki - Bór SA a M.E. SA - użytkowanie działek gruntowych.
o) Uchwała Rady Miejskiej w Jaworznie z dnia 09-12-2015 ws. stawek podatku od

nieruchomości.
p) Faktura FV/SO/65/20i6/n/oo46 z dnia 30-11-2016 - użytkowanie działek geodezyjnych.
q) Faktura FV/SO/65/20i6/i2/oo42 z dnia 31-12-2016 - użytkowanie działek geodezyjnych.
r) Faktura 586412/333/16 z dnia 14-10-2016 - opracowanie receptur mieszanek na bazie odpadu o kodzie 19 0112.
s) Faktura 1105/16 z dnia 14-06-2016 - materiały remontowe mieszalnika.
t) Faktura 211/2016 z dnia 27-06-2016 - materiały remontowe mieszalnika.
u) Faktura FSV/341/06/2016/DH z dnia 14-06-2016 - materiały remontowe mieszalnika.
v) Faktura FSV/263/06/2016/DH z dnia 10-06-2016 - materiały remontowe mieszalnika.
w) Faktura FSV/264/06/2016/DH z dnia 10-06-2016 - materiały remontowe mieszalnika.
x) Faktura 004/2016 z dnia 29-01-2016 - usługi remontowe mieszalnika.
y) Wydruk z systemu finansowo-księgowego M.E. SA - amortyzacja mieszalnika.
z) Umowa nr 2016/12/M. z dnia 04-01-2016 pomiędzy C.M.B. SA a M.E. SA - przyjęcie komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
aa) Faktura FV/SP/60/2016/11/0003 z dnia 30-11-2016 - przyjęcie komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
bb) Faktura FV/SP/60/2016/12/0003 z dnia 31-12-2016 - przyjęcie komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
cc) Faktura FVZ/SP/60/2016/12/00002 z dnia 31-12-2016 - przyjęcie komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
dd) Faktura FVZ/SP/60/2016/11/00003 z dnia 30-11-2016 - przyjęcie komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
ee) Faktura FVZ/SP/60/2016/10/00005 z dnia 31-10-2016 - przyjęcie komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
ff) Aneks nr 5 do Umowy nr 2014 / 9 / M. pomiędzy M.E. SA a P.P. – transport komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych (zaznaczona pozycja). gg) Faktura 642/X/2016r. z dnia 31-10-2016 - transport komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych (zaznaczona pozycja).

hh) Faktura 695/XI/2016r. z dnia 30-11-2016 - transport komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych (zaznaczona pozycja).
ii) Faktura 749/XII/2016r. z dnia 31-12-2016 - transport komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych (zaznaczona pozycja).
jj) Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przewoźnika drogowego nr 000-16-520:06333323 z dnia 05-10-2016 - ubezpieczenie OC przewoźnika drogowego
Przystępujący przedstawił także kalkulację ceny ofertowej, która dla obu przedstawionych wariantów wygląda następująco koszt transportu – 22,69,koszt przetworzenia – 5,20, pośrednie koszty pracy – 0,28, naliczona marża - 5,53 i cena – 33,70 w jednostkach złoty na tonę
Według przystępującego przyjęty sposób obliczenia ceny ofertowej wykonania całości usług na rzecz zamawiającego gwarantuje mu, że realizacja zamówienia nie będzie prowadziła do powstania po jego stronie strat, w wyniku realizowania niniejszego zamówienia. Przeciwnie, mając na względzie przyjętą marżę, realizacja umowy będzie przynosiła dla uczestników konsorcjum wymierny zysk ekonomiczny.
Przystępujący zastrzegł, że treść załączonych dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Załączniki zawierają informacje o kontrahentach przystępującego i oferowanych przez nich cenach i warunkach współpracy. Dane o takim charakterze mają wartość gospodarczą. Ich ujawnienie mogłoby spowodować Konsorcjum a także poszczególnym jego członkom szkodę. Załączniki zawierają informacje handlowe, które nie zostały podane do publicznej wiadomości. Jednocześnie informujemy, że pracownicy Konsorcjum zostali zobowiązani do zachowania poufności co do informacji pozyskanych przez każdego członka Konsorcjum.
Z dowodów przedstawionych przez odwołującego wynika, że:
Zamawiający prowadził w roku 2015 postępowanie znak KHK/ZP/PN/1/2015 dotyczące przekształcania odpadów, gdzie w rozdziale 3 siwz wskazał,

że przedmiotem zamówienia

jest odbiór I zagospodarowanie odpadów poprocesowych po termicznym przekształceniu odpadowi z Zakłady Termicznego Przekształcania Odpadów (ZTPO). Zamawiający

dopuszczał możliwość składania przez wykonawców ofert częściowych (na jedną lub dwie części) w następujących zakresach:
Cześć 1: Odbiór i zagospodarowanie popiołów lotnych i stałych pozostałości z oczyszczania Spalin Część obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów stałych z oczyszczania gazów odlotowych w formie popiołu - odpad niebezpieczny - kod odpadu 19 01 07* oraz popiołów lotnych zawierających substancje niebezpieczne w formie popiołu - odpad niebezpieczny- kod odpady 190113*.
Zamawiający w chwili obecnej nie dysponuje danymi fizykochemicznymi odpadów.

35

Cześć 2: Odbiór i zagospodarowanie żużla i popiołów paleniskowych Część obejmuje odbiór i zagospodarowanie żużla i popiołów paleniskowych innych niż wymienione w 19 0111 - odpad inny niż niebezpieczny - kod odpadu 19 0112.
Zamawiający w chwili obecnej nie dysponuje danymi fizykochemicznymi odpadów,
W każdej części co najmniej 70% wagi odbieranych opadów nie będzie składowane, Miejsca rozmieszczenia odpadów w zakładzie są określone na planie sytuacyjnym stanowiącym załącznik nr 2a do SIWZ część 1 - odpady nr 9,10, przy czym odpady nr 9 i 10 w obiekcie 01 będą transportowane przez zamawiającego do miejsca odbioru w obiekcie 02); część 2 - odpady nr 20). Układ komunikacyjny na terenie ZTPO jest określony na planie dróg na terenie ZTPO stanowiącym załącznik nr 2b do SIWZ* Oba wyżej wymienione załączniki stanowią materiał informacyjny (są to elementy dokumentacji projektowej ZTPO i mogą ulec zmianie w toku prac),
Według załącznika - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA dla części 2 zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie żużla i popiołów paleniskowych innych niż wymienione w 19 0111 - odpad inny niż niebezpieczny - kod odpady 19 0112. Odbierany przez wykonawcę odpad będzie po procesie odzysku złomu żelaznego i nieżelaznego. Łączna szacowana maksymalna Ilość 46 700 Mg. Zamawiający deklaruje realizację zamówienia na poziomie co najmniej 50% szacowanej maksymalnej Ilości wskazanej powyżej. Odbiór odpadów: samochód ciężarowy z naczepą o ładowności minimum 10 ton, maksimum 24 tony. Wielkość pojazdów powinna być dostosowana do uwarunkowań organizacji ruchy i infrastruktury na terenie ZTPO. Zamawiający zapewnia ładowarkę (wysięg do 5 m) wraz z obsługą*
Szacowana ilość odpadów dziennie (w dni robocze): średnio 290 Mg dziennie, maksymalnie 485 Mg dziennie (wielkości maksymalne szacowane dla dni przed długimi weekendami),

W ramach postępowania z 2015r. obecny przystępujący był wzywany do wyjaśnień ceny rażąco niskiej i wskazał, że poziom cenowy zagospodarowania i Mg odpadów o kodzie 190112 wynika bezpośrednio z kosztów procesu przetwarzania odpadów w naszej instalacji i jest powiązany z zastosowaną technologią, wg, której odpady stanowią komponent do produkcji użytecznych mieszanek stosowanych w robotach zmiennych. W załączeniu przystępujący przedstawił przykładową kalkulację kosztów przetwarzania odpadu o kodzie 190112 na jedną z użytecznych mieszanek o nazwie „Materiał antypirogenny" wytwarzanych w jego instalacji. Przystępujący przesłał w załączeniu:
1, Koszty amortyzacji
2, Faktura VAT nr 01/10/2014, F.H.U.A.
3, Faktura VAT nr FV/SO/65/2014/01/0027, C.M.B. S.A.
C Umowa nr 2012/34/M.

36

---

5. faktura VAT nr f/38/12/2018, J.H. sc
6. Faktura VAT nr FV/SP/65/2015/II/0015, C.M.B. SA.
7. Umowa nr 2015/5/M.
8. Oferta na kruszywo
Załączone dokumenty obrazują koszty szczególności koszty dzierżawy nieruchomości, koszty amortyzacji, koszty pracy sprzętu oraz koszty energii elektrycznej, związane i zagospodarowaniem odpadów polegającym na przetworzeniu w instalacji, a także ceny kruszywa pozyskiwanego dla celów produkcyjnych. Powyższe czynniki mają bezpośredni wpływ na obliczenie ceny ofertowej. Wyjaśnił także, że do produkcji użytecznych mieszanek

wytwarzanych w naszej instalacji zostanie wykorzystane ok. 46 700 tj. 100 % materiału odebranego na podstawienie przedmiotowego zamówienia. Podobnie jak obecnie przystępujący zastrzegł załączniki jak informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto z tabeli „Szacowany koszt przetworzenia 1 Mg odpadu o kodzie 190112 na użyteczny produkt w postaci materiału antypirogennego wraz z jego zabudową w robotach ziemnych prowadzonych przez M.E. SA – kalkulacja wynika, że koszt przetworzenia wynosił 46,50zł./t, zaś przystępujący w poprzednik postępowaniu koszty pozyskania komponentów (zakup i transport) wycenił na 37zł/t, ponadto w kalkulacji ujął koszt pracy instalacji, sprzętu ciężkiego oraz zabudowy gotowego produktu, koszt obsługi instalacji, koszt dzierżawy terenu oraz amortyzację instalacji. Przystępujący wskazał także, że odpad o kodzie 190112 może być też wykorzystywany do wytwarzania zasypek inżynierskich, mieszanin mineralno-skalnych, które następnie będą zabudowywane przez M.E. w robotach ziemnych lub odsprzedawane klientom zewnętrznym
Z oferty firmy K. z Ł. wynika, że koszt wynajmu ładowarki o poj. Łyżki 4m3 wynosi 165zł./h, spycharki gąsiennicowej C. 5D – 170zł./h, a spycharki gąsiennicowej C. 9D – 170zł./h, równiarka kołowa 0&K do koszt 170zł./h – brak informacji o dacie pozyskania oferty. Z oferty E. sp. z o.o. wynika, że koszt najmu ładowarek kołowych w zależności od pojemności łyżki waha się od 140-150zł./h, zaś ładowarki teleskopowej - 130 zł./h, koszt najmu spycharki mieści się w granicach 220-230zł./h, przy czym są to ceny netto, a oferta pochodzi z 2010r..
Z oferty T. wynika, że koszt ładowarki w zależności od pojemności łyżki, to 145 – 185zł./h, zaś koszt najmu spycharki mieści się w granicach 200-220zł./h – brak informacji o dacie pozyskania oferty. Z oferty PUH „T.” z roku 2017r. wynika, że ceny na pył o kodzie 01 04 12 i popiół o kodzie 10 01 80 wynoszą 15zł./t.
Z informatora ZUS wynika, że przeciętna długość absencji chorobowej w 2015 roku przypadająca na 1 osobę ubezpieczoną w ZUS wyniosła 36,81 dnia (w 2014 r. - 37,04 dnia).
Z oferty F. sp. z o.o. z dnia 6 czerwca 2017r. wynika, że podmiot ten sprzedawał odpad 100182 za 30zł. Netto z dostawą do klienta.

Z oferty PHU W. z dnia 4 lutego 2017r. wynika, że firma ta sprzedaje odpad 010412 i 100182 za cenę 20zł./t.
Z wyjaśnień odwołującego złożonych w postępowaniu KHK/ZP/PN/1/2015 z dnia 1 marca 2016r., z których wynika, że odwołujący skalkulował na potrzeby tamtego postępowania cenę jednostkową netto na poziomie 35zł. zakładając 8% zysk
Z cennika kruszyw Hałda K. wynika, że koszt 1 Mg żużla w zależności od frakcji wynosi od 8-22zł. Z umowy najmu sprzętu – z aneksu nr 2/11 wynika, że odwołujący skalkulował pracę ładowarki, spychacza i koparki, zgodnie z zawartą umową najmu.
Z dokumentacji pracy badawczo-usługowej wykonanej na rzecz M.E. przez GIG wynika, że należy dać wiarę wyjaśnieniom przystępującego, że przed datą opracowania posiadał materiał antypirogenny oparty o kruszywa oraz materiał antypirogenny oparty o odpady – str. 3 dokumentacji. Badanie z października 2016r. dotyczy możliwości skomponowania materiału antypirogennego opartego o odpady, w tym o odpad o kodzie 190112 – str. 9 -10. Dokumentacja zawiera także opracowanie zmodyfikowanej receptury – str. 10 dokumentacji. W ocenie Izby pozwala to dać wiarę wyjaśnieniom przystępującego, że posiada zmodyfikowaną recepturę wytworzenia materiału antypirogennego z zastosowaniem odpadu 190112 i odpadów o kodach 100124 i 100182, bez użycia kruszyw.
Odpady o kodzie 100124 przystępujący zagospodarowuje w ramach umowy stanowiącej załącznik lit. z zawartej z C.M.B. SA, której potwierdzeniem realizacji są załączniki aa i bb, z których to załączników wynika, że przystępujący otrzymuje wynagrodzenie za zagospodarowanie takich odpadów i są to ilości wystarczające dla zabezpieczenia potrzeb przedmiotowego postępowania w wariancie II, zaś nie wystarczające dla zabezpieczenia potrzebnych ilości w wariancie I, co jednak nie wyklucza w ocenie Izby, że oświadczenia przystępującego odpowiadają prawdzie, gdyż dowody aa i bb nie dotyczą okresu 12 miesięcy ale znacznie krótszego. Odpady o kodzie 100182 przystępujący odbiera i zagospodarowuje od podmiotu trzeciego, co dowodzą załączniki cc, dd i ee, z których
wynika, że przystępującemu wypłacane jest wynagrodzenie, a odbierane ilości są mniejsze niż ilość konieczna dla wariantu drugiego, ale podobnie jak w przypadku załączników aa i bb nie dotyczą one okresu 12 miesięcy, a krótszego, który jednak wskazuje na systematyczne zlecenia i w przypadku trwania umowy przez okres 12 miesięcy wartość konieczna dla

wariantu II jest możliwa do osiągnięcia, a nawet znacznego przekroczenia. Z dowodów od ff – ii wynika, że przystępujący posiada stałą współpracę z firmą transportową, która odbiera dla niego odpady o różnych kodach w tym 10 01 82 i 10 01 24, ale nie odbiera odpadów o kodzie 19 01 12, nie można natomiast ustalić, czy koszty usługi transportowej odpadów o kodzie 100182 i 100124 są pokrywane w całości z przychodów z zagospodarowania odpadów o tych kodach, gdyż przedmiot umowy jest znacznie szerszy, a faktury nie zawierają wyodrębnienia kosztów transportu odpadów o konkretnych kodach. Izba ustaliła

38

---

także, iż koszt 18 000zł. za badania wykazany załącznikiem lit. r do wyjaśnień dotyczy dokumentacji badawczo-usługowej złożonej na rozprawie, gdyż numer zlecenia podany w fakturze odpowiada informacji zawartej na stronie tytułowej dokumentacji złożonej na rozprawie. Izba oceniła jako wiarygodny dowód z przesłuchania strony w osobie Sławomira Rzepeckiego prezesa zarządu M.E., że zgłoszenie patentowe jeszcze nie zostało dokonane, ale że testowano użyteczność nowej receptury. Izba oceniła, że przystępujący wykazał w wyjaśnieniach koszt oleju napędowego, koszty opłat Viatoil, koszty podatku OCP, koszty amortyzacji pojazdów, koszt wynajmu ładowarki, koszt energii elektrycznej, koszt ubezpieczenia OC. Izba nadto ustaliła, że w wyjaśnieniach przystępujący wskazał na możliwość pozostawienia w gotowości dla zamawiającego 12 pojazdów i 12 kierowców, jednak w ocenie Izby w wyjaśnieniach nie zostało wykazane, w jaki sposób ta okoliczność przekłada się na koszty podane w ofercie. W ocenie Izby przystępujący nie wykazał prawidłowości kalkulacji kosztów pracowniczych, gdyż wprawdzie podane wartości tak dla kierowcy 3117zł./m-c, jak i pozostałych pracowników – obsługa i nadzór 4055,04zł./m-c są wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, jednak w tym zakresie Izba dała wiarę odwołującemu, że wysokość tych wynagrodzeń nie została w żaden sposób udowodniona przez przystępującego i nie można ustalić, czy uwzględnia koszty absencji pracownika z powodu urlopu i choroby oraz zapewnia świadczenia bhp dla pracownika i obejmuje narzuty. W ocenie Izby takie informacje nie wynikają z wyjaśnień, a samo przyjęcie do kalkulacji przeciętnego wynagrodzenia nie zwalnia przystępującego z obowiązku wykazania, kosztów pracy, co wynika wprost z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy. Izba ustaliła także, że przystępujący w wyjaśnieniach nie wskazał, w jaki sposób nowa receptura wpływa na organizację pracy, w tym ilość pracowników i ich zaangażowanie, nie wskazał także jak to się przekłada na ilość używanego sprzętu, w tym spycharek i ładowarek. Izba przy ustaleniu stanu faktycznego stwierdziła również, że zamawiający wezwał przystępującego w sposób ogólny cytując treść art. 90 ust. 1 ustawy, a w dokumentacji postępowania nie ma dowodu na to, że zamawiający weryfikował choćby pod względem rachunkowym złożone wyjaśnienia. I tu również należy dać wiarę odwołującemu, że przy obliczeniu kosztu nadzoru przystępujący popełnił omyłkę rachunkową.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego, że posiada nową recepturę opartą w całości o odpady o kodach 100182, 100124 i 190112, że posiadał przed X 2016r. recepturę do której wykorzystywał kruszywa, co potwierdza jego twierdzenia, że na potrzeby postępowania poprzedniego nabywał je za cenę 15zł./t. Izba dała także wiarę wyjaśnieniom przystępującego, że otrzymuje przychód z tytułu zagospodarowania odpadów o kodach 100124 i 100182 odbierając je od spółki powiązanej i podmiotu trzeciego i możliwe jest zabezpieczenie potrzebnej ilości komponentów dla wariantu I i II.

39

Na podstawie przedstawionych dowodów nie możliwe było zweryfikowanie oświadczenia przystępującego, że z przychodów tych w całości pokrywane są koszty transportu odpadów o kodach 100182 i 100124 z przyczyn podanych wyżej, co nie oznacza jednak oświadczenia przystępującego są nieprawdziwe, jednak nie poddają się ocenie. Izba oceniając oświadczenie przystępującego o średnim tonażu na fracht odpadu przyjęła, że jest to oświadczenie własne przystępującego, w którym stwierdził, że możliwy jest załadunek 25t żużla na fracht w miesiącach zimowych. Brak dowodu przeciwnego.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy oceniła, że jest on wiarygodny i rzetelny, choć występują różnice pomiędzy wyjaśnieniami przystępującego złożonymi w ramach dwóch postępowań u zamawiającego, to jednak w ocenie Izby przystępujący wykazał

powody nieuwzględnienia kosztów komponentów, które mieszczą się w granicach oszczędności metody wykonania i wybranych rozwiązań technicznych. Dowody przedłożone przez odwołującego, co do kosztu komponentów i sposobu kalkulacji w innym postępowaniu, a także kosztów spycharki, nie podważają złożonych wyjaśnień przez przystępującego. Niemniej jednak Izba oceniła, że o ile złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską i nie są gołosłowne, gdyż zostały poparte dowodami, to jednak zamawiający nie dokonał w sposób prawidłowy oceny tych wyjaśnień. W ocenie Izby bowiem zamawiający zaniechał badania wyjaśnień przede wszystkim w zakresie kosztów pracy, a w tym zakresie zdaniem Izby wyjaśnienia powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego czy przystępujący wykazał, że założone przez niego koszty pracy pokrywają wynagrodzenie pracowników co najmniej równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, jak również zamawiający powinien był wyjaśnić z przystępującym, dlaczego nie założył kosztu transportu komponentów i jak zamierza zapewnić zamawiającemu odbiór 600t odpadów, skoro nie przedstawił w tym zakresie wyliczenia kosztów dla zwiększonej ilości pojazdów i kierowców, również wątpliwości zamawiającego powinno wzbudzić nie przedstawienie w ciągu technologicznym sposobu składowania komponentów i

żużla przed ich wykorzystaniem do

przygotowania materiału antypirogennego oraz przechowywanie tego materiału. Te okoliczności nie mogą być uzupełnione w drodze wyjaśnień składanych przed Izbą, gdyż Izba nie ma mechanizmów prawnych pozwalających na dokonanie zaniechanej przez zamawiającego czynności badania i oceny wyjaśnień.
Izba oceniając fakty przez Izbę ustalone w zakresie wzięła pod uwagę ramy prawne zarzutów i stwierdziła, że w dacie ogłoszenia postępowania obowiązywały przepisy po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020). Tym samym zastosowanie będą mieć następujące przepisy:
- art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości
- art. 89 ust. 1 ustawy, gdzie zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium
- art. 90 ust. 3 ustawy na podstawie, którego zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- art. 3 ust. 1 uznk, gdzie czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
- art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk w myśl którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów
ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.E. mimo, iż oferta ta zawiera rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, a jej zaniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej w związku z jego realizacją, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków zadeklarowanych w ofercie

41

Zarzut potwierdził się w części dotyczącej naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowanie nie ma podstaw do stwierdzenia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ani że wyjaśnienia te są lakoniczne i gołosłowne, tak aby przyjąć, że nie zostały złożone. Również informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta przystępującego zawiera cenę rażąco niską. W ocenie Izby zamawiający natomiast nie dokonał oceny wyjaśnień w sposób pozwalający na ustalenie, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w ocenie Izby powinny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do kosztów wymienionych szczegółowo w części ustaleń faktycznych Izby. Tym samym zaniechanie oceny wyjaśnień przystępującego, powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy, który nakłada na zamawiającego obowiązek oceny wyjaśnień. Izba stwierdziła, że na dzień wyrokowania nie można ustalić, że oferta przystępującego stanowi ofertę z ceną rażąco niską. Zamawiający w sposób ogólny wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i na datę ich składania w ocenie Izby przystępujący złożył wyjaśnienia wskazujące, że skalkulował koszty i założył zysk, jednak z wyjaśnień wynikają pewne nieścisłości i brak udowodnienia, że koszty pracy są co najmniej równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Orzecznictwo i doktryna dopuszcza możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. W ocenie Izby dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym. Izba podkreśla, że możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy:

1. sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości zamawiającego, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy,
2. wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zaszły oba warunki wskazane wyżej, a zatem dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień nie była prawidłowa, o ile zamawiający jej

42

---

w ogóle nie zaniechał, co narusza normę art. 90 ust. 3 ustawy. Izba natomiast nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, gdyż na podstawie złożonych wyjaśnień nie wynika w sposób jednoznaczny, że wskazana oszczędność metody wykonania i przyjęte rozwiązania techniczne oraz koszty pracy potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Nie można zatem zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż jej dyspozycja wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską. W tej sytuacji zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.; dalej: „ZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.E. mimo faktu, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców, w szczególności odwołującego

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący podjął wprawdzie próbę wykazania, że oferta przystępującego została skalkulowana poniżej kosztów świadczenia, jednak rację należy przyznać przystępującemu, że odwołujący oparł swoje stanowisko i przedkładał dowody oparte wprawdzie o informacje, które odwołujący przyjął na podstawie wyjaśnień przystępującego, ale które nie odpowiadały rzeczywistej sytuacji przystępującego. Kalkulacja odwołującego oparta jest o założenie, że przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał te same materiały antypirogenne, czy te same mieszanki mineralno-skalne, co w postępowaniu z 2015r., co nie znalazło potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.
Odwołujący poddał w wątpliwość, ale w ocenie Izby nie udowodnił, że dla prawidłowego spełnienia przedmiotowego świadczenia konieczne jest zagwarantowanie w całym toku realizacji usługi 12 pojazdów i 12 kierowców i że uśrednienie tych wielkości do zakładanego przeciętnego przerobu powoduje nierealności kalkulacji przystępującego, również poddał jedynie w wątpliwość, że kalkulowane wynagrodzenia nie zawierają narzutów oraz kosztów urlopów, choroby i zabezpieczenia bhp, albo, że ich wkalkulowanie w podane wartości wynagrodzeń spowoduje, że koszt pracy nie zagwarantuje pracownikowi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Te okoliczności w ocenie Izby wymagały udowodnienia przy stawianiu zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdyż odwrócony ciężar dowodowy określony w art. 190 ust. 1 a ustawy dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

43

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 7b PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.E. mimo tego, że wniesione przez nie wadium jest nieprawidłowe

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby można by podzielić stanowisko odwołującego jedynie w sytuacji niepewności stanu prawnego, jaki w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje. Byłaby to sytuacja, kiedy przepis uległ zmianie, a istnieją problemy z ustaleniem, do jakich postępowań zastosowanie ma jego brzmienie sprzed nowelizacji, a do jakich w nowym brzmieniu. Z taką sytuacją wielokrotnie Izba stykała się, gdy ustawodawca postanowił dodać do art. 46 ust. 4a ustawy. Wówczas mogły powstawać wątpliwości, czy gwarant wiedział czy do danego postępowania ma zastosowanie art. 46 ust. 4a i 5 czy też wyłącznie ust. 5 tegoż przepisu. W niniejszej sprawie przepis art. 46 uległ zmianie w 29 lipca 2017r. w wyniku nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r. (Dz. U. z 2016r. poz. 1020), jednak postępowanie wszczęto dopiero w dniu 24 listopada 2016r., a więc kiedy przepis w nowym brzmieniu obowiązywał od prawie 4 miesięcy. W ocenie Izby nie było wątpliwości, że wszczęte w dniu 24 listopada 2016r. postępowanie prowadzone jest według reguł noweli z dnia 22 czerwca 2016r. W dacie wystawiania gwarancji 29 grudnia 2016r. brzmienie art. 46 ustawy było takie same jak w dacie 24 listopada 2016r. i nie zmieniło się do dnia wyrokowania. W ocenie Izby brak jest jakiejkolwiek logicznej podstawy do przypuszczenia, że gwarant miał trudności z ustaleniem stanu prawnego obowiązującego w postępowaniu. Gwarant nie ograniczył swojej odpowiedzialności do konkretnego brzmienia ustawy wynikającego z podania konkretnego publikatora, ale odwołał się do ustawy bez podawania publikatora i w ocenie Izby nie będzie miał możliwości odmówić wypłaty wadium na warunkach przewidzianych w art. 46 w brzmieniu nadanym nowelą z dnia 22 czerwca 2016r.
Izba wyraża przekonanie, że właśnie nie wskazanie publikatora, wręcz nałoży na gwaranta obowiązek uwzględnienia stanu prawnego danego postępowania o udzielenie zamówienia.
W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP przez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu, w tym wyjaśnień Konsorcjum M.E.

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu

naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż w ocenie Izby doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców została naruszona przez zaniechanie zamawiającego polegające na

niedokonaniu oceny wyjaśnień przystępującego i nie ustalenie, że wyjaśnienia te budzą wątpliwości. Zamawiający zatem nie miał pewności czy ma do czynienia z rzetelnym wykonawcą, a mimo to poddał jego ofertę ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert na równi z innymi wykonawcami, co do których taka obawa nie zachodziła. W ocenie Izby zamawiający swoją biernością naruszył również zasadę proporcjonalności. Zasada ta zdaniem Izby oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji, czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony jednocześnie do podmiotów, którzy dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są „odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiedni stosunku do zamierzonych celów” (orzeczenie ETS w sprawie 265/87). W ocenie Izby oznacza to, że jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu ponowienia czynności wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, jeśli złożone wyjaśnienia nadal w jakiś aspektach budzą wątpliwości zamawiającego, ale jednoznacznie nie da się przypisać, że oferta zawiera cenę rażąco niską, to w ocenie Izby zamawiający powinien podjąć takie działanie. Sankcja odrzucenia jest w takim przypadku nie odpowiednia do celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką przecież może się jeszcze okazać oferta przystępującego. Jak również nie dokonanie rzeczywistej oceny wyjaśnień przystępującego, co w ocenie Izby miało miejsce w niniejszej sprawie W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając przystępującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego nakazując przystępującemu zwrot odwołującemu poniesionych przez

niego kosztów wpisu i zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

Przewodniczący: ……