

WYROK

z dnia 19 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANI KO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Myszków

przy udziale wykonawcy PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach jako zawierającej rażąco niską cenę i nakazuje zamawiającemu Gminie Myszków unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Części 1 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Myszków i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Myszków na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANI KO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie kwotę 19 139 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1272/19

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Myszków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Gospodarka odpadami komunalnymi w Gminie Myszków” - Część 1: „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Myszków.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 071-168063. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 lipca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANIKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- a) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PZOM S. sp. z o.o. sp. k. oraz
- b) czynności ponownego wezwania w dniu 3 czerwca 2019 r. PZOM S. sp. z o.o. sp. k. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wobec złożenia przez tego wykonawcę ogólnikowych i niepełnych wyjaśnień w dniu 31 maja 2019 r.;
- c) zaniechania odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. sp. k.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1. art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie w dniu 3 czerwca 2019 r. PZOM S. sp. z o.o. sp. k. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wobec złożenia ogólnikowych i niepełnych wyjaśnień przez PZOM S. sp. z o.o. sp. k. w dniu 31 maja 2019 r.;
- 2. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. sp. k. wobec niezłożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny względnie, jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm. — zwanej dalej „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o., której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PZOM S. sp. z o.o. sp. k.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. sp. k., a także zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego

uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. sp.k., to Odwołujący mógłby spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Odwołujący może utracić zatem korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie w dniu 3 czerwca 2019 r. PZOM S. sp. z o.o. sp. k. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wobec złożenia ogólnikowych i niepełnych wyjaśnień przez PZOM S. sp. z o.o. sp. k. w dniu 31 maja 2019 r. Odwołujący wskazał, że oferta PZOM S. sp. z o.o. sp.k. znacząco odbiega cenowo od pozostałych ofert na część 1 zamówienia. Odwołujący przedstawił stan faktyczny wskazując na korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny, a następnie przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. KIO 190/19 oraz wyrok z dnia 26 marca 2019 r., sygn. KIO 431/19. Zdaniem Odwołującego w świetle okoliczności stanu faktycznego i orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że wobec modelowego wezwania sformułowanego przez Zamawiającego oraz ogólnikowych, wewnętrznie sprzecznych i nieprzekonujących wyjaśnień PZOM S. sp. z o.o. sp.k., Zamawiający nie miał podstaw do dokonywania kolejnych wezwań w sprawie rażąco niskiej ceny. Wezwanie to było, zdaniem Odwołującego, istotnym naruszeniem przepisów ustawy ze strony Zamawiającego, mogącym mieć wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. sp. k. wobec niezłożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny względnie, jako zawierającej rażąco niską cenę, Odwołujący podniósł, że złożone dwukrotnie przez PZOM S. sp. z o.o. sp. k. wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, w żaden sposób nie potwierdziły, że „zaoferowany poziom ww. ceny jednostkowej zapewnia zrealizowanie odbioru i transportu odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, tj. nie przekracza poziomu kosztów wykonawcy dotyczących odbioru i transportu tych odpadów przeliczonych na 1 Mg odpadów” oraz że „zaoferowany poziom ww. ceny jednostkowej zapewnia zrealizowanie zagospodarowania odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, tj. nie przekracza poziomu kosztów wykonawcy dotyczących zagospodarowania tych odpadów, przeliczonych na 1 Mg odpadów”. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 502/19, wskazujący, iż złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieodpowiadających na wezwanie zamawiającego, nieprzekonujących jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. Zdaniem Odwołującego taka sytuacja zachodzi w przedmiotowym postępowaniu.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że z treści udzielonych wyjaśnień w dniu 31 maja 2019 r. wynika bezspornie, iż odbiór i transport odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08 będzie realizowany ze stratą równą co najmniej $(480,00 \text{ zł} - 807,14 \text{ zł}) / (12 * 2) \text{ Mg} = 327,24 \text{ zł} / 24 \text{ Mg} = - 13,63 \text{ zł} / \text{Mg}$. Nadto, wykonawca PZOM S. sp. z o.o. sp. k. w żaden sposób nie udowodnił, iż jest w stanie „sprzedać” odpady biodegradowalne spożywcze o kodzie 20 01 08 w kwocie 40,00 zł netto/1Mg. Co więcej, zdaniem Odwołującego, udzielone przez PZOM S. sp. z o.o. sp. k. wyjaśnienia, są całkowicie nieprzekonujące w świetle posiadanego przez tego wykonawcę pozwolenia zintegrowanego.

Zgodnie z definicją zawartą w ustawie z 14 grudnia 2012 r. o odpadach odpady biodegradowalne to te, które ulegają rozkładowi tlenowemu lub beztlenowemu przy udziale mikroorganizmów. W zależności od źródła i miejsca powstawania odpadów biodegradowalnych można je zaklasyfikować do odpadów komunalnych i innych niż komunalne. Frakcje biodegradowalne w strumieniu odpadów komunalnych, zaliczane do grupy 20 katalogu odpadów - Odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, to głównie: odpady kuchenne oraz przeterminowane i nieprzydatne do spożycia produkty spożywcze; odpady zielone pochodzące z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy; papier, tektura, drewno, a także odzież i tekstylia z materiałów naturalnych. Bioodpady selektywnie zbierane wymagają zagospodarowania w procesie recyklingu organicznego (czyli kompostowania - stabilizacji tlenowej lub fermentacji - metoda beztlenowa), a ich przetwarzanie powinno prowadzić do powstania produktu. Przetwarzanie bioodpadów powinno się odbywać w instalacjach lub wydzielonych częściach regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. Kompostowanie odpadów to auto termiczny i termofilowy rozkład biologiczny selektywnie zebranych bioodpadów, w obecności tlenu i w kontrolowanych warunkach, przez mikro- i makroorganizmy w celu produkcji kompostu. W procesie kompostowania następuje unieszkodliwienie odpadów pod względem sanitarnym, a produktem głównym jest kompost lub stabilizat. Kompost to materiał stabilny/ sanitarnie pewny, podobny do próchnicy, bogaty w substancje organiczne i nie wydzielający przykrych zapachów, uzyskiwany w procesie kompostowania selektywnie zebranych bioodpadów.

Obowiązujące obecnie w Polsce przepisy prawne nie określają jednoznacznej definicji kompostowania i kompostu. Część wymagań dla biologicznego przetwarzania odpadów wynika z uregulowań dotyczących nawozów, do których produkcji mogą być wykorzystywane komposty czy fermentat po przetworzeniu bioodpadów. W Polsce kwestię jakości nawozów reguluje Ustawa z 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu (Dz. U. nr 147, poz. 1033). Określa ona m.in. warunki i tryb wprowadzania do obrotu nawozów oraz środków wspomagających

uprawę roślin. Zgodnie z art. 4 ust. 1 tego aktu prawnego, nawozy oraz środki wspomagające uprawę roślin, inne niż nawozy naturalne oraz te, które zostały oznaczone znakiem Nawóz WE, wytworzone są i wprowadzane do obrotu na podstawie uzyskanego pozwolenia. Do wniosku o wydanie pozwolenia dołącza się m.in. kopię decyzji powiatowego lekarza weterynarii o zatwierdzeniu zakładu przetwórczego produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego i produktów pochodnych wytwarzającego nawozy lub środki wspomagające uprawę roślin oraz nadaniu weterynaryjnego numeru identyfikacyjnego lub oświadczenie o jej uzyskaniu - dla nawozów lub środków wspomagających uprawę roślin, które zostały wytworzone z produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego lub produktów pochodnych albo zawierają w swoim składzie produkty uboczne pochodzenia zwierzęcego lub produkty pochodne.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z decyzją Marszałka Województwa Śląskiego z dnia 24 maja 2016r. Nr 1000/OS/16, PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. uzyskała pozwolenie zintegrowane na prowadzenie instalacji do mechaniczno- biologicznego przetwarzania odpadów - instalacji do odzysku odpadów innych niż niebezpieczne. Zgodnie z tym pozwoleniem biologiczne przetwarzanie odpadów odbywa się w bioreaktorach oraz na placu dojrzewania w procesie stabilizacji tlenowej czyli kompostowania, w wyniku którego powstaje stabilizat (o kodzie 19 05 99) oraz odpad o kodzie 19 05 03 i ex 19 05 03 - kompost nieodpowiadający wymaganiom (nienadający się do wykorzystania). W punkcie 3.1.2.3 Pozwolenia zintegrowanego (str. 16 - 17) podana jest charakterystyka odpadów powstałych w wyniku stabilizacji tlenowej (biostabilizacji) w instalacji biologicznego przetwarzania odpadów. I tak:

- odpad ex 19 05 03, charakterystyka: kompost niespełniający wymagań dla nawozów lub środków wspomagających uprawę roślin powstający w instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów z odpadów zielonych i innych bioodpadów zbieranych selektywnie.
- odpad 19 05 03, charakterystyka: kompost niespełniający wymagań dla nawozów lub środków wspomagających uprawę roślin powstający w instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów frakcja podsitowa z przesiewania na sicie o oczku 20 mm.
- odpad 19 05 99, charakterystyka: produkt końcowy procesu biologicznego przetwarzania w warunkach tlenowych. Wydzielone materiały nierozkładające się, powstałe podczas obróbki biologicznej, segregacji itp. - frakcja nadsitowa z przesiewania na sicie o oczku 20 mm.

W punkcie 3.1.3.3 Pozwolenia zintegrowanego (str. 20-21) podane są sposoby gospodarowania odpadami powstałymi w wyniku biostabilizacji. I tak, odpowiednio:

- odpad ex 19 05 03: odpad po zebraniu partii transportowych przekazywane są do przetwarzania podmiotom posiadającym odpowiednie zezwolenia na zbieranie lub przetwarzanie tych odpadów.
- odpad 19 05 03: odpad po zebraniu partii transportowych przekazywane są do przetwarzania podmiotom posiadającym odpowiednie zezwolenia na zbieranie lub przetwarzanie tych odpadów.
- odpad 19 05 99: biostabilizat kierowany jest do unieszkodliwiania w procesie D5 na własnym składowisku.

Tak więc, zdaniem Odwołującego, posiadane przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. pozwolenie zintegrowane w żadnej części nie wskazuje na możliwość mieszania selektywnie zbieranych bioodpadów ze zrębkami czy jakimkolwiek innym materiałem pozwalającym wytwarzać humus bądź jakiegokolwiek inny produkt. Wręcz przeciwnie pozwolenie zintegrowane wyraźnie nakazuje na konieczność przekazania odpadów powstających w procesie biostabilizacji innym podmiotom do dalszego przetworzenia co musi stanowić koszt po stronie przekazującego (co potwierdzają załączone przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnień faktury obciążające go za przekazanie odpadu ex 19 05 03 i 19 05 03) bądź unieszkodliwienie tych odpadów na składowisku co wiąże się z poniesieniem dalszych kosztów unieszkodliwiania chociażby w postaci opłaty za korzystanie ze środowiska, która w roku 2019 wynosi dla odpadów o kodzie 19 05 99, zgodnie z obwieszczeniem Ministra Środowiska z dnia 3 października 2018 roku w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2019 - 170,00 PLN/Mg.

Ponadto w złożonych wyjaśnieniach PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. nie wskazał żadnej szczegółowej kalkulacji przetwarzania odpadów o kodzie 20 01 08 określającej kosztów stabilizacji tlenowej tych odpadów związanej chociażby z eksploatacją instalacji, kosztów procesu uwzględniających rodzaj mieszaniny odpadów będących w sadem do biostabilizacji i kompostowania, ubytku masy w procesie, kosztów pracowniczych, kosztów energii i innych opłat niezbędnych do wytworzenia tony odpadu będącego produktem biostabilizacji i kompostowania. Dalej Odwołujący zwrócił uwagę iż zgodnie z posiadanym pozwoleniem zintegrowanym PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. może przyjąć do przetworzenia w instalacji

biologicznego przetwarzania odpadów jedynie 500 Mg odpadów o kodzie 20 01 08 w roku (punkt 3.2.1.4. str. 26 Pozwolenia), tak więc w okresie trwania umowy z Zamawiającym będzie mogła przyjąć do przetworzenia 750 Mg tych odpadów, natomiast pozostałe 1.245,66 Mg tych odpadów będzie zmuszona oddać do przetworzenia w innych instalacjach co spowoduje dodatkowy koszt po jej stronie (jak widać z ofert pozostałych wykonawców dość znacznie odbiegający od zaproponowanej przez nią ceny 20,00 PLN/Mg). Jako dowód do odwołania Odwołujący załączył pozwolenie zintegrowane.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż wykonawca PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. nie sprostął ciężarowi dowodu określonego w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Zamawiający, bezzasadnie zaniechał zatem odrzucenia oferty PZOM S. Sp. z o.o. Spółka komandytowa, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. sp. k., której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał na treść ww. przepisów oraz przywołał wyrok Izby z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1123/17 oraz z dnia 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 102/17, KIO 110/17.

W jego ocenie oczywiste jest, iż złożenie oferty przez PZOM S. sp. z o. o. sp. k. nastąpiło w celu wyeliminowania pozostałych podmiotów z rynku odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków co najmniej do końca 2020 roku. Samo w sobie takie działanie nie jest zakazane, o ile następuje w ramach uczciwej konkurencji, polegającej na składaniu rzetelnych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym niemniej, sprzedaż Zamawiającemu usług po cenach jednostkowych niższych od kosztów ich świadczenia, co bezspornie ma miejsce w przypadku odbioru i transportu odpadów o kodzie 20 01 08, gdyż potwierdził to w swoich wyjaśnieniach wykonawca, stanowi wręcz podręcznikowy przykład stosowania cen dumpingowych. Odwołujący wskazał, iż w świetle zapisów posiadanego przez PZOM S. sp. z o.o. sp.k. pozwolenia zintegrowanego, również koszt związany z legalnym zagospodarowaniem odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08 przekracza zaoferowaną cenę jednostkową na poziomie 20,00 zł /Mg.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty PZOM S. sp. z o.o. sp. k., Odwołujący zwrócił uwagę, że fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców. Tymczasem, szereg uchybień i zaniechań omówionych w poprzednich zarzutach, w tym także mające charakter bezspornych i oczywistych na pierwszy rzut oka, zdaje się świadczyć o faworyzowaniu przez Zamawiającego PZOM S. sp. z o.o. sp. k. w niniejszym przetargu. Odwołujący na potwierdzenie stawianych tez wskazał na wyrok KIO z

dnia 8 maja 2015 roku (sygn. akt KIO 873/15).

Zamawiający w dniu 17 lipca 2017 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów zastępstwa przed Izbą.

W treści odpowiedzi na odwołanie wskazał m.in., iż prawidłowo ocenił przedmiotową ofertę i nie naruszył wskazanego przez Odwołującego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew zarzutom sformułowanym przez Odwołującego Zamawiający był uprawniony skierować pismo z dnia 3 czerwca 2019 roku do PZOM S. Sp. z o.o. sp. k. Na potwierdzenie powyższego przywołał orzecznictwo KIO - wyrok z dnia 23 czerwca 2015 r., KIO 1143/15, wyrok z dnia 18 lutego 2016r., KIO 150/16, wyrok z dnia 18 października 2016r. KIO 1802/16, wyrok z dnia 6 listopada 2017r. KIO 2212/17 i wyrok z dnia 26 marca 2019r. KIO 431/19. Wskazał, iż w świetle złożonych przez PZOM S. w dniu 31 maja 2019 roku wyjaśnień pojawiły się u Zamawiającego nowe wątpliwości, gdyż w wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 31.05.2019r. wykonawca ten opisał technologię zagospodarowania odpadów komunalnych o kodzie 20 01 08 - odpady biodegradowalne spożywcze poprzez połączenie ich z odpadami 19 05 03, które powstają w wyniku przetworzenia odpadów o kodzie 20 02 01 odpady biodegradowalne zielone i z ziemią. Dowodem przeprowadzonej przez Zamawiającego na tym etapie analizy tych wyjaśnień jest protokół z posiedzenia komisji przetargowej w dniu 03 czerwca 2019r., z którego wynika między innymi, że komisja przetargowa wstępnie uznała wówczas, że produktem finalnym z przetworzenia odpadów o kodzie 20 02 01 będzie nawóz organiczny, który podlega sprzedaży po uzyskaniu pozwolenia Ministra właściwego do spraw rolnictwa.

Zamawiający mając wówczas wątpliwości co do realności zastosowania opisywanej przez Przystępującego metody zagospodarowania odpadów o kodzie 20 02 08 musiał w celu obiektywnej oceny wyjaśnień z dnia 31 maja 2019 r. dotyczących rażąco niskiej ceny pozyskać dodatkową informację o możliwościach wykonawcy w sprawie wprowadzenia go do obrotu

z zamiarem sprzedaży. Nie oznacza to wcale, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 31.05.2019r. były nierzetelne i zbyt ogólnikowe a jedynie, że powodowały u Zamawiającego nowe wątpliwości dotyczące opisywanej technologii zagospodarowania odpadów, z którą Zamawiający do tej pory nie miał okazji się zapoznać. Z tego właśnie powodu Zamawiający stojąc na stanowisku, że może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę, a nie w celu ratowania jego oferty zwrócił się w dniu 3 czerwca 2019r. w trybie art 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień. Na potwierdzenie słuszności takie działania przywołał wyrok z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 679/18.

Dalej Zamawiający podniósł, iż zasadność skierowania wezwania z dnia 3 czerwca 2019r. potwierdza pismo Przystępującego z dnia 4 czerwca 2019r. w którym wskazuje, że finalnym produktem przetworzenia odpadów nie będzie nawóz organiczny, ale ziemia handlowo nazwana przez niego humusem, czyli nie jak za komisją przetargową stwierdził Zamawiający humus jako nawóz organiczny. Wskazana różnica w funkcjonalności produktu finalnego jest istotna, ponieważ jak Zamawiający uzasadnia w dalszej części odpowiedzi na odwołanie potwierdza, że Przystępujący sprostował wymogom wezwania Zamawiającego z dnia 29.05.2019r. wyjaśniając w złożonych wyjaśnieniach z dnia 31.05.2019r. dotyczących rażąco niskiej ceny, że w sposób celowy i zamierzony skalkulował ceny jednostkowe brutto odbioru i transportu odpadów biodegradowalnych spożywczych oraz ceny jednostkowe brutto zagospodarowania tych odpadów na realnym poziomie umożliwiającym należyte zrealizowanie zamówienia dla frakcji odpadów o kodzie 20 01 08.

Również zarzut Odwołującego, że załączone do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny kopie faktur, w których Przystępujący jest nabywcą usługi składowania kompostu nieodpowiadającego wymaganiom jest wyjęty z kontekstu wyjaśnień Przystępującego i świadczy o niezrozumieniu przez Odwołującego intencji Przystępującego w tym zakresie. Przystępujący przedkładając ww. kopie faktur wskazuje, że cena jednostkowa netto za składowanie odpadów o kodzie 19 05 03 wynosi 80,00 zł za 1 Mg (1T), a zaprezentowana przez Przystępującego technologia zagospodarowania (przetwarzania) odpadów o kodzie 20 01 08 umożliwia nie tylko unikanie tak wysokich kosztów ich składowania, ale również sprzedaż przez Przystępującego finalnego produktu przetwarzania odpadów po cenie 40,00 zł za 1 Mg, co jest jednym ze składników przychodów, a nie kosztów Przystępującego. Zdaniem Zamawiającego, to wyjaśnienie ma kluczowe znaczenie dla zrozumienia zamierzenia Przystępującego dotyczącego przetwarzania odpadów biodegradowalnych spożywczych i związanej z wykorzystaniem tej technologii możliwości skalkulowania ceny jednostkowej brutto za odbiór transport oraz zagospodarowanie tych odpadów na relatywnie niskim poziomie: ale umożliwiającym zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym jej integralnych załączników. Zdaniem Zamawiającego odmienne stanowisko prezentowane przez Odwołującego świadczy o niezrozumieniu zamierzenia Przystępującego i jest przyczyną wniesienia odwołania. Taka postawa Odwołującego nie dziwi jednak Zamawiającego, bowiem powstałe nowe wątpliwości Zamawiającego dotyczące przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2019r. technologii zagospodarowania (przetwarzania) odpadów o kodzie 20 01 08 zostały w pełni usunięte po uzyskaniu informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 04 czerwca 2019 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż ustalenie przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu modelu wynagrodzenia powykonawczego, w którym zgodnie z zapisami wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego rozliczenie wynagrodzenia z wykonawcą będzie odbywało się dla poszczególnych frakcji odpadów oraz zaoferowanie przez Przystępującego w tabeli kalkulacji ceny oferty w pozycji nr 5 - odpady biodegradowalne spożywcze niskiej ceny jednostkowej brutto za odbiór i transport odpadów oraz niskiej ceny jednostkowej brutto za zagospodarowanie odpadów, spowodowało wezwanie Przystępującego do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w związku z obawami Zamawiającego o wykonanie zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów o kodzie 20 01 08 - odpady biodegradowalne spożywcze.

Zamawiający powołał się na treść wezwania z dnia 3 czerwca 2019 r. oraz wskazał, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Wskazał na wyrok o sygn. akt KIO 1515/10. Dalej podniósł, iż w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2019r. Przystępujący wykazał między innymi, że jest w stanie sprzedać humus przy odbiorze transportem własnym odbiorcy powołując się na ceny jakie stosuje ZGO Miasto Łódź oraz PHU SOWEX Sp. z o.o., że wynik finansowy dotyczący odbioru i transportu odpadów o kodzie 20 01 08 oraz ich zagospodarowania jest dodatni, pomimo zawyżenia jego poziomu przez wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach. Zamawiający wyjaśnił, że wynik finansowy dotyczący odbioru i transportu odpadów o kodzie 20 01 08 został wyliczony przez komisję przetargową na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 31 maja 2019 r. i przedstawił sposób, w jaki dokonał tych wyliczeń. Dodał, że po analizie złożonych przez Przystępującego

wyjaśnień w dniu 4 czerwca 2019 roku w ocenie Zamawiającego maksymalny dodatni wynik finansowy jaki wykonawca może uzyskać w zakresie odbioru i transportu odpadów o kodzie 20 01 08 według zaprezentowanych przez wykonawcę (danych w przeliczeniu na 24 Mg odpadów może wynosić: $1\,920\,200\text{ zł} - 1287,14\text{ zł} = 632,86\text{ zł}$, co w przeliczeniu na 1 Mg tych odpadów wynosi: $26,37\text{ zł/1 Mg}$. Stanie się tak wówczas, gdy tak jak pisze Przystępujący w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny sprzedaż produktu powstałego m.in. z przetworzenia odpadów o kodzie 20 01 08 będzie odbywać za cenę 40 zł/1 Mg a koszt ich dostawy (transportu do nabywcy) pokrywa przy tak ustalonej cenie ich nabywca, na co wskazują przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyliczenia.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Przystępującego są wyczerpujące, rzetelne i usunęły wątpliwości (niejasności) po stronie Zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego zawartym na stronie szóstej odwołania, w którym stara się on udowodnić, że sama strata wykonawcy tylko na odbiorze i transporcie odpadów o kodzie 20 01 08 powinna spowodować odrzucenie przez Zamawiającego oferty. Zamawiający kierując się obiektywizmem i równym traktowaniem wykonawców był zobligowany do dokładniejszej niż sugeruje Odwołujący analizy wyniku finansowego, tj. obejmującego również zakres zagospodarowania odpadów, bowiem w tym procesie wykonawca wykazał znaczące przychody przy niewielkich kosztach. Inne podejście do przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy wyjaśnień zaprzeczałoby zarówno treści wezwania, według którego wykonawca miał prawo do wykazania oszczędności, które wynikają z przyjętej przez niego metody wykonania zamówienia i co za tym idzie uwzględnienia ich w cenie jednostkowej zagospodarowania odpadów (w tym przypadku polegają one na przetworzeniu odpadów o kodzie 20 01 08, a nie na ich składowaniu). Za łącznym badaniem wyniku finansowego na całym elemencie kalkulacji ceny oferty w poz. nr 5 przemawiają również postanowienia wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, które ustalają, że w ramach wynagrodzenia powykonawczego Zamawiający nie oczekuje od Wykonawcy odrębnie faktur za odbiór i transport oraz faktur za zagospodarowanie odpadów w poszczególnych frakcjach odpadów, lecz faktur dla poszczególnych frakcji odpadów zawierających ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów przy łącznej ich cenie jednostkowej. Zatem odrzucenie oferty wykonawcy tylko z powodu wykazania przez niego w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny dodatniego wyniku finansowego całej pozycji nr 5 kalkulacji ceny oferty a nie w poszczególnych elementach kalkulacji tej pozycji, oznaczałoby nieopartą wiedzą ekonomiczną nadmierny formalizm Zamawiającego a przede wszystkim brak zainteresowania Zamawiającego, aby być pośrednim beneficjentem (bezpośrednim są mieszkańcy) korzyści ekonomicznych wynikających z niskiej, ale nie rażąco niskiej, ceny oferty wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że skomplikowana technologia zagospodarowania odpadów o kodzie 20 01 08 zaprezentowana przez Przystępującego w ww. wyjaśnieniach wymaga szczegółowego omówienia, ponieważ niskie ceny jednostkowe brutto zaoferowane w poz. 5 kalkulacji ceny oferty wynikają z tej technologii, którą wykonawca będzie się posługiwał przy realizacji zamówienia w tym zakresie. Wykonawca wskazał proces kompostowania jako metodę zagospodarowania odpadów o kodzie 20 01 08. Przystępujący posiada instalację do przetwarzania odpadów zielonych i innych odpadów. W wyniku procesu kompostowania uzyskany odpad może być poddany dalszym procesom odzysku bowiem zgodnie z ww. przywołanym przez Odwołującego pozwoleniem zintegrowanym odpad o kodzie 19 05 03 - kompost niespełniający wymagań może być dalej kierowany do odzysku (strona 29 decyzji Marszałka Województwa Śląskiego z dnia 24 maja 2016r. nr 1000/OS/16- pozwolenie zintegrowane stanowiącej załącznik do odwołania). Przystępujący w wyjaśnieniach, jako dalsze przetwarzanie odpadów o kodzie 19 05 03, wskazał ich mieszanie z odpadem 20 01 08 (odpady biodegradowalne spożywcze) oraz z ziemią, co finalnie daje handlowo nazwany humusem materiał do sprzedaży za cenę 40 zł/Mg bez transportu do odbiorcy. Mieszanie ze sobą różnych rodzajów odpadów w celu poprawy warunków prowadzenia procesów biologicznych spełnia wymagania ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach przy zachowaniu podstawowych parametrów jakościowych odpadów. Kompost nienadający się do wykorzystania (kod 19 05 03) w sposób bezpośredni sam nie nadaje się do wykorzystania, ale po połączeniu z odpadami biodegradowalnymi spożywczymi o kodzie 20 01 08 z domieszką zrębek i ziemią wytworzy materiał nazwany przez Przystępującego handlowo/potocznie humusem z uwagi na skład tej mieszanki. Wykonawca tym samym wyjaśnił, że niekoniecznie kompost o kodzie 19 05 03 musi być wywożony na składowisko. Przy planowanym otrzymywaniu za darmo odpadów biodegradowalnych, np. od gminy Myszków (biodegradowalne odpady zielone i biodegradowalne odpady spożywcze w ramach zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie), których użyje on do wyprodukowania humusu, nie będzie on ponosił kosztów składowania tych odpadów na składowisku. Takie koszty będą musieli ponieść pozostali wykonawcy nieposiadający własnych instalacji. W wyjaśnieniach Przystępujący określił możliwości sprzedaży humusu w cenie $40,00\text{ zł}$ za 1 Mg przy odbiorze transportem własnym odbiorcy.

Dalej Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż w gminie Myszków następuje rozdział odbieranych odpadów komunalnych biodegradowalnych na frakcje: odpady biodegradowalne zielone o kodzie 20 02 01 oraz odpady biodegradowalne spożywcze 20 01 08, co ma znaczący wpływ na lepsze możliwości przetworzenia tych odpadów niż w przypadku odpadów biodegradowalnych odbieranych bez podziału na frakcje jak to ma miejsce w wielu innych

gminach, gdyż tylko z czystego surowca można wyprodukować wartościowy kompost przy jednoczesnym zoptymalizowaniu nakładów na jego wytworzenie. Limity ilości odpadów przeznaczonych do przetwarzania określone w pozwoleniu zintegrowanym nie mogą mieć wpływu na ocenę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, gdyż Wykonawca (Przystępujący) ma prawo złożyć stosowny wniosek do organu właściwego w sprawach udzielenia pozwoleń zintegrowanych o rozszerzenie ilości odpadów przeznaczonych do przetworzenia w czasie właściwym dla niego samego wynikającym z uwarunkowań technicznych i ekonomicznych. Zamawiający powołał się w tym zakresie także na przyjęty 24 kwietnia 2017 roku przez Sejmik Województwa Śląskiego „Plan Gospodarki odpadami dla Województwa Śląskiego na lata 2016-2022” - uchwała nr V/3718/i/2017 z dnia 24 kwietnia 2017 r. Wobec powyższego, analogicznie jak w przypadku zmiany ilości odpadów przeznaczonych do przetworzenia, właściciel instalacji ma prawo złożyć wniosek o udzielenie pozwolenia na przetwarzanie odpadów według wybranego dopuszczonego prawem procesu oraz wnioskować o wszelkie inne zezwolenia niezbędne do prowadzenia działalności nawet po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie mógł zwracać się do Przystępującego o przedłożenie zezwoleń, na prowadzenie procesu, który zamierza wdrożyć na własnej instalacji. Podobnie wykonawca nie mógł przedstawić faktur za sprzedaż wytwarzanego w wyniku procesu przetwarzania produktu, gdyż jego realizacja ma nastąpić po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego z Zamawiającym, który ze względu na przytaczany wyżej dokładny rozdział odpadów biodegradowalnych jest dostawcą materiału na wysokim poziomie nadającym się do efektywnego przetworzenia.

Zamawiający podniósł, iż składowanie odpadów organicznych to najmniej pożądany kierunek ich zagospodarowania, dlatego wykonawcy prezentujący technologie w zakresie innych rozwiązań, które zmierzają do odzysku największej ilości odpadów poprzez ich przetworzenie, nie powinni ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. W szczególności, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający nie narzuca sposobu zagospodarowania odpadów a więc każdy możliwy sposób zagospodarowania odpadów jest dopuszczalny. Konieczność ograniczenia masy składowanych odpadów ulegających organicznemu rozkładowi wynika nie tylko z potrzeby minimalizowania negatywnego oddziaływania na środowisko, ale również z obowiązku wprowadzania unijnych postanowień do prawodawstwa polskiego.

Podsumowując, działania Przystępującego, który w planie gospodarki odpadami dla województwa śląskiego został wyznaczony jako RIPOK-OZiB (regionalna instalacja dla odpadów zielonych i innych bioodpadów) dla regionu I wpisują się w wytyczne ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach, która ustanowiła hierarchię postępowania z odpadami, w której przed składowaniem odpadów znajduje się przetwarzanie (odzysk) odpadów. Obniżenie kosztów przez Przystępującego w wyniku takich działań jakie może podejmować praktycznie tylko wykonawca posiadający RIPOK a jednocześnie dających przez to możliwość zaoferowania niższej stawki za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, którą musi w rezultacie zapłacić mieszkańiec, nie powinno stanowić przyczyny odrzucenia oferty, oczywiście przy wykazaniu, że zamierzenia Przystępującego są możliwe do wykonania oraz ich wartość nie będzie mieściła się poniżej szacowanych kosztów jakie poniesie on przy wykonywaniu usługi.

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca PZOM S. Sp. z o.o. sp. k. złożył wyjaśnienia, które nie są ani ogólnikowe ani niepełne, gdyż w ich treści wskazano na okoliczności mające wpływ na wysokość cen jednostkowych zaoferowanych w odniesieniu do odpadów biodegradowalnych spożywczych i wyjaśniono sposób tego wpływu. Z treści złożonych wyjaśnień można wyczytać informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanych cen jednostkowych w odniesieniu do odpadów biodegradowalnych spożywczych. Przedstawiony planowany sposób zagospodarowania przez Przystępującego tych odpadów potwierdza, że okoliczności te mają charakter szczególny i indywidualny dla tego konkretnego wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego dokonał on trafnej oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i ich ocena dokonana przez Zamawiającego nie potwierdza, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Zamawiający wskazał na jego bezzasadność. Podniósł, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie jest wystarczające wykazanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt. w stosunku do przedmiotu zamówienia. Określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czyn nieuczciwej konkurencji musi polegać na intencjonalnym działaniu wykonawcy, nakierowanym na eliminację z rynku innych wykonawców (przedsiębiorców), a cena oferty musi wskazywać na sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, Ciężar dowodu w tym zakresie obciąża Odwołującego, który ogranicza się do podnoszenia niczym nie popartych twierdzeń określając je jako bezzasadne z czym nie sposób się zgodzić. Wyjaśnienia Przystępującego i przedstawione przez Zamawiającego w punkcie II odpowiedzi na odwołanie uargumentowane stanowisko nie pozwalają na twierdzenie, że Przystępujący zaoferował cenę, w tym ceny jednostkowe brutto w poszczególnych frakcjach odpadów komunalnych za odbiór i transport oraz zagospodarowanie odpadów poniżej kosztów własnych (wydatków), jakie musi ponieść wykonawca przy wykonywaniu zamówienia.

Odpowiadając na zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i zarzut Odwołującego, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podnosi, że wobec braku przesłanek do odrzucenia oferty PZOM S. Sp. z o.o. sp. k. przedmiotową ofertę Zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia działając zgodnie z prawem. Podsumowując wskazał, iż zarzuty zawarte w odwołaniu nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy i nie mają oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba na posiedzeniu w dniu 18 lipca 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a jego uwzględnienie mogłoby prowadzić do nakazania Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. W konsekwencji nie sposób odmówić Odwołującemu, który był jednym z wykonawców, którzy złożyli oferty, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu prowadzonym z zastosowaniem tzw. procedury odwrotnej, gdy powtórzenie czynności badania i oceny ofert powodowałoby, że miał on by realną szansę uzyskać zamówienie. Nie budzi także wątpliwości, iż w takiej sytuacji na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący mógłby także ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, którego konsekwencją było zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy znajdującego się w rankingu ofert przed ofertą Odwołującego niewątpliwie powoduje, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 1991/18). W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i wyjaśnieniami Zamawiającego, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego, wezwanie z dnia 29 maja 2019 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia Przystępującego z dnia 30 maja 2019 r., pismo Zamawiającego do Przystępującego z dnia 3 czerwca 2019 r., wyjaśnienia Przystępującego z dnia 4 czerwca 2019 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 czerwca 2019 r. Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione w złożonych pismach (odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 10 lipca 2019 roku, jak również wnioskowane przez Odwołującego dowody z dokumentów wskazujących na koszty zagospodarowania 1 tony odpadów o kodzie 190503 oraz decyzji wydanej na wniosek Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. w Zabrze, potwierdzającej możliwość wprowadzania do obrotu środka poprawiającego możliwości gleby.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi dotyczącej gospodarki odpadami komunalnymi w Gminie Myszków. Zamówienie zostało

podzielone na dwie części. Część 1, objęta zakresem odwołania, obejmowała realizację obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Myszków. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części 1 zamówienia został podany w Zasadach wykonania i odbioru usługi pn. „Realizacja obowiązków gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Myszków” wraz ze standardami wykonywania usługi, które stanowią załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem 12 SIWZ Wykonawca w ofercie, tj. w formularzu oferty-załącznik nr 3 do SIWZ, określi liczbowo i słownie cenę oferty brutto w zł (PLN) za wykonanie przedmiotu zamówienia dla danej części. Cena oferty winna być określona indywidualnie dla każdej części zamówienia. Wykonawca dokonuje kalkulacji (wyliczenia) ceny oferty za wykonanie Części 1 zamówienia w odpowiedniej dla tej części tabeli znajdującej się w formularzu oferty. Zarówno cena za wykonanie zamówienia w Części 1 jak i w Części 2 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją usługi objętej odpowiednio przedmiotem Części 1 i Części 2 zamówienia oraz ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z jej realizacją, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

W formularzu ofertowym Zamawiający wymagał wskazania w ramach Części 1 zamówienia dla każdej frakcji odpadów komunalnych ceny jednostkowej brutto za odbiór i transport 1 Mg odpadów, ceny jednostkowej brutto za zagospodarowanie 1 Mg odpadów, ceny jednostkowej brutto łącznej 1 Mg oraz wartości brutto. Jedną z frakcji odpadów były odpady biodegradowalne spożywcze o kodzie 20 01 08 (poz. 5).

W postępowaniu w zakresie Części 1 zamówienia oferty złożyło 5 podmiotów, w tym

Odwolujący i Przystępujący. Przystępujący złożył ofertę na łączną kwotę 7 310 213,76 zł, wskazując w poz. 5 - Odpady biodegradowalne spożywcze (20 01 08) cenę jednostkową 20 zł brutto za transport 1Mg odpadów oraz cenę jednostkową 20 zł brutto za zagospodarowanie 1 Mg odpadów.

Zamawiający w dniu 29 maja 2019 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust.

1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji o nr 5 - Odpady biodegradowalne spożywcze o kodzie 20 01 08 ujętej w tabeli kalkulacji ceny oferty, w tym złożenia dowodów potwierdzających, że cena jednostkowa brutto za odbiór i transport 1 Mg tych odpadów oraz cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 Mg tych odpadów są jednostkowymi cenami realnymi, umożliwiającymi zrealizowanie usługi w zakresie odbioru i transportu oraz zagospodarowania odpadów biodegradowalnych spożywczych. Zamawiający wskazał, iż w ramach wyjaśnień należy przedłożyć następujące dokumenty:

- szczegółową kalkulację ceny jednostkowej brutto za odbiór i transport 1 Mg odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, którą w ofercie Wykonawcy wynosi 20,00 zł,
- dowody, z których wynika, że zaoferowany poziom ww. ceny jednostkowej zapewnia zrealizowanie odbioru i transportu odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, tj. nie przekracza poziomu kosztów Wykonawcy dotyczących odbioru i transportu tych odpadów, przeliczonych na 1 Mg odpadów,
- szczegółową kalkulację ceny jednostkowej brutto za zagospodarowanie 1 Mg odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, która w ofercie Wykonawcy wynosi 20,00 zł,
- dowody, z których wynika, że zaoferowany poziom ww. ceny jednostkowej zapewnia zrealizowanie zagospodarowania odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, tj. nie przekracza poziomu kosztów Wykonawcy dotyczących zagospodarowania tych odpadów, przeliczonych na 1 Mg odpadów.

Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny winny uwzględniać konsekwencje (skutki) ekonomiczne wynikające w szczególności:

- z oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (w przypadku umów o pracę) albo minimalnej stawki godzinowej (w przypadku umów zlecenia), ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę

(tj. z 2018 r. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177). Uwaga: Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za

pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1794) obowiązuje w 2019 r. minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 250,00 zł oraz minimalna stawka godzinowa w wysokości 14,70 zł;

- z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, jeżeli taka pomoc będzie miała miejsce przy realizacji przedmiotowego zamówienia;
- z przepisów prawa pracy i przepisy o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujące w miejscu/miejscach, w którym/których realizowane jest zamówienie,
- z przepisów prawa ochrony środowiska.

Zamawiający poinformował ponadto, że z przedłożonych wyjaśnień popartych dowodami winno jednoznacznie wynikać, że poziom oferowanych cen jednostkowych dla pozycji o nr 5 kalkulacji ceny oferty objętych niniejszym wezwaniem zapewnia realizację zamówienia przez Wykonawcę w zakresie: odbioru i transportu odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, zagospodarowania odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08.

Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał, iż wykonawca w tabeli kalkulacji ceny oferty w pozycji o nr 5 - Odpady biodegradowalne spożywcze określił (wyliczył) wartość brutto dla odbioru i transportu oraz zagospodarowania tych odpadów na kwotę 79 826,40 zł, która stanowi tylko 1,1 % ceny oferty złożonej przez wykonawcę. Dla porównania podał, iż: 1) w pozostałych czterech złożonych ofertach wartość brutto odbioru i transportu oraz zagospodarowania odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08 stanowi od 14,85 % do 20,38 % ceny oferty, 2) w oszacowanej przez służby Zamawiającego wartości zamówienia ww. pozycja stanowi 17,73 % wartości zamówienia. Z powyższego wynika, że wartość brutto odbioru i transportu oraz zagospodarowania odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08 jest istotnym składnikiem ceny oferty, co oznacza, że przy ewentualnym niedoszacowaniu tego składnika przez wykonawcę wątpliwe będzie realizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z ustaleniami SIWZ oraz obowiązującymi przepisami prawa. Z kolei z formuły obliczenia wartość brutto tych odpadów, charakterystycznej dla przyjętego przez Zamawiającego we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego modelu powykonawczego rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy wynika, że przy określonej przez Zamawiającego ilości odpadów parametrami zależnymi od wykonawcy są ceny jednostkowe brutto tych odpadów. Zaoferowana przez wykonawcę cena jednostkowa brutto odbioru i transportu odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08 oraz cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie tych odpadów w sposób znaczący, tj. więcej niż 10 - krotnie odbiegają od cen jednostkowych oferowanych przez pozostałych czterech Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w dniu 30 maja 2019 r. złożył pismo, w którym w zakresie kosztów odbioru i transportu odpadów 1 Mg kod 20 01 08 wskazał, iż do

kalkulacji zaoferowanej ceny przyjął 2 kursy dziennie samochodem specjalnym trzyosobowym po 12 Mg / 1 kurs , czyli wynagrodzenie jakie otrzymałby od Zamawiającego to $20,00\text{zł} \times 12 \text{ Mg} \times 2 = 480,00\text{zł}$ (+). Do realizacji natomiast powyższego zadania niezbędnych jest dwóch pracowników, przyjmując średnie wynagrodzenie obowiązujące w 2019r. w spółce Przystępującego to w przeliczeniu czyni dniówkę pracy kierowcy - ładowacza w wysokości $122,00\text{zł} \times 2 \text{ pracowników} = 244,00\text{zł}$ (-). Narzuty na te wynagrodzenia typu ZUS, podatek to $(21,81\% + 18\%) = 39,81\%$, co daje kolejny składnik kosztowy rzędu- $97,14\text{zł}$ (-). Zakup gazu to na jedną dniówkę pracy $120\text{m}^3 \times 2,30\text{zł}/1\text{m}^3 = 276,00\text{zł}$ (-). Zakup części zamiennych to $80,00\text{zł}/1 \text{ dzień} = 80,00\text{zł}$ (-). Pozostałe wszystkie koszty związane z dokonaniem usługi transportu to $110,00\text{zł}$ (-). Łącznie koszty niezbędne do wykonania przedmiotowej usługi to $807,14\text{zł}$, przy utrzymanym od Zamawiającego wynagrodzeniu $480,00\text{zł}$.

Dalej Przystępujący wyjaśnił, że w związku z tym, że usługa w zakresie odbioru i transportu jest ściśle powiązana z dokonaniem w dalszej kolejności zagospodarowania danego rodzaju odpadów kolejnym czynnikiem cenotwórczym jest jego zagospodarowanie. W tym zakresie Przystępujący przedstawił następującą kalkulację: sprzedaż 1 Mg po procesie przetworzenia odpadów zielonych (pod kodem 19 05 03) to $40,00\text{zł}/1 \text{ Mg} \times 24\text{Mg} = 960,00\text{zł}$; przetworzenie 1 Mg to $20,00\text{zł}/1 \text{ Mg} \times 24 \text{ Mg} = 480,00\text{zł}$; transport (po stronie odbiorcy odpadu) 1 Mg $20,00\text{zł} \times 24 \text{ Mg} = 480,00\text{zł}$. Łącznie suma osiągniętego przychodu to $1920,00\text{zł} - 480,00\text{zł}$ (koszt transportu odbiorcy) = $1440,00\text{zł}$. Przychód $1440,00\text{zł} - (480,00\text{zł} - 807,14\text{zł}) = 327,14\text{zł}$ = $1112,86\text{zł}$. Jest to kwota, która stanowi zysk dla spółki służący m.in. do pokrycia dodatkowych, w obecnej chwili niewiadomych i nieznanych kosztów pozostałych. Wyjaśnił, iż przy produkcji kompostu czyli nawozu organicznego, stanowiącego materiał organiczny przetworzony w procesie mikrobiologicznego rozkładu odpadu o kodzie 20 01 08, który jest niezbędnym składnikiem, za który się nie płaci jak i zrzębki, za które należy już zapłacić $60,00\text{zł}/1 \text{ Mg}$ plus podatek VAT. Zarówno jeden, jak i drugi odpad jest dodatkiem do grupy odpadów zielonych ulegających biodegradacji i w połączeniu ze zrzębkami i odpadami

zielonymi, w wyniku procesu kompostowania, następuje unieszkodliwienie odpadów pod względem sanitarnym, a produktem finalnym jest kompost, który może (i powinien) być wykorzystany. Ograniczenie możliwości stosowania składowania odpadów jako metody unieszkodliwiania odpadów ulegających biodegradacji spowodowało wzrost zainteresowania biologicznym przetwarzaniem tych odpadów. Wykorzystywanie procesu kompostowania można podzielić na kompostowanie i mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów w warunkach tlenowych. Posiadanie przez Przystępującego własnej instalacji regionalnej do przetwarzania odpadów zielonych i innych bioodpadów w Regionie I (RIPOK-OZiB) przetwarzającej w skali 1 m-ca 2 800Mg, których to nie posiadają w większości pozostali oferenci biorący udział w postępowaniu przetargowym jest bardzo znaczącym składnikiem cenotwórczym pozwalającym na uniknięcie kosztów składowania poprzez możliwość przetworzenia tych odpadów bez konieczności składowania i ponoszenia znacznych kosztów z tym związanych. Dalej wskazał, że kompost, czyli materiał stabilny, sanitarnie pewny, bogaty w substancje organiczne uzyskiwany w procesie kompostowania selektywnie zebranych bioodpadów, czyli odpad po procesie kompostowania w instalacji MBP może być poddany dalszym procesom odzysku. Po dodaniu ziemi, próchnicy glebowej stwarza możliwość wzbogacenia takiego odpadu i taka duża zawartość związków humusowych i składników pokarmowych warunkuje przydatność kompostu do zwiększenia żyzności i zawartości próchnicy glebowej oraz dostarczania makro- i mikroelementów roślinom. Stosowanie kompostu poprawia strukturę i właściwości gleby, m.in. zatrzymanie wody, podatność na napowietrzanie itp. i po dodaniu takiego humusu możemy go sprzedać w cenie (+/-) 40,00 zł za 1 Mg przy odbiorze transportem własnym odbiorcy. O cenie tych odpadów decydują: ich skład, ilość, a także długość okresu na jaki jest podpisana umowa z wytwórcą odpadów (patrz: 1. PHU SOWEX Sp. z o.o.; 2. ZGO-Miasto Łódź).

Dalej Przystępujący wskazał, iż drugim bardzo ważnym aspektem jest to, że odpady zielone, stanowiące część roślin, pochodzące z pielęgnacji terenów oraz targowisk w połączeniu z odpadem o kodzie 20 01 08 wraz ze zrębkami tworzą między innymi kompost, a sam odpad zielony ulegający biodegradacji stanowiący kompost nie nadający się do wykorzystania, nie spełniający wymagań należałoby jedynie poddać procesowi utylizacji i za jego utylizację trzeba by zapłacić $86,40\text{zł}/1\text{ Mg} \times 24\text{Mg} = 2\,073,60\text{zł}$ (w załączeniu dokumenty przedstawiające powyższe) plus koszty transportu w wysokości $30\text{zł}/1\text{ Mg} \times 24\text{Mg}/1\text{ dniówkę}$ daje nam kolejny składnik kosztowy to jest kwotę 720,00zł. Łącznie uczyniłoby to koszt w kwocie 2 793,60 zł. Możliwość sprzedaży tego typu odpadu i nie ponoszenia przedstawionych powyżej kosztów, sięgających rzędu 2 793,60zł / 1 dniówkę pozwoli na pokrycie kosztów wytworzenia kompostu oraz zrekompensowanie wszystkich niezbędnych do poniesienia kosztów produkcji kompostu Przystępujący wskazał, że w pierwszej kolejności spółka będzie oferować kompost innym odbiorcom, jako materiał służący do poprawy właściwości fizycznych i chemicznych wszystkich rodzajów gleb, a także w rekultywacji terenów zdegradowanych. Reasumując kompostowanie pozwala na unieszkodliwienie odpadów pod względem sanitarnym, a główny produkt procesu - kompost jest wykorzystywany jako nawóz organiczny w agrotechnice i przy rekultywacji/użyźnianiu terenów m.in. składowisk pozwalając przy tym na zrekompensowanie kosztów tzw. "produkcji"

kompostu.

W dniu 3 czerwca 2019 r. Zamawiający ponownie, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych przez niego dokumentów w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 30.05.2019 roku. Wskazał, że z przedłożonych przez wykonawcę wyjaśnień wynika, że za cenę jednostkową brutto 40,00 zł za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadu o kodzie 20 01 08 będzie możliwe zrealizowanie zamówienia pod warunkiem uzyskania dodatniego efektu ekonomicznego będącego skutkiem sprzedaży kompostu z dodatkiem humusu, wytworzonego przez wykonawcę z przetwarzania odpadów zielonych w opisanej przez wykonawcę technologii. Wątpliwości Zamawiającego dotyczą załączonych faktur, na których wykonawca występuje jako nabywca, a nie sprzedawca. Wykonawca w wyjaśnieniach posługuje się czasem przyszłym przy wskazanym sposobie zagospodarowania tych odpadów. Obrót tym produktem wymaga zgodnie z art. 4 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 10 lipca 2007 roku o nawozach i nawożeniu uzyskania pozwolenia Ministra właściwego ds. rolnictwa na wprowadzenie do obrotu nawozów organicznych, organiczno-mineralnych, mineralnych nieoznaczonych znakiem „NAWÓZ WE” oraz środków wspomagających uprawę roślin. W związku z powyższym Zamawiający oczekiwał następujących informacji: 1. Czy Wykonawca posiada lub czy ubiega się o stosowne pozwolenie? 2. Czy wskazana kwota 40,00 zł/Mg za sprzedaż humusu jest kwotą netto, czy brutto? 3. Na czym wykonawca opiera stwierdzenie, że dokona sprzedaży humusu (nawozu organicznego jako produktu przetworzenia odpadów) za wskazaną kwotę 40,00 zł/Mg?

Pismem z dnia 4 czerwca 2019 r. Przystępujący w odpowiedzi wskazał, iż powstało jakieś nieporozumienie. Powołany odpad nie jest pod żadnym względem odpadem kompostu, lecz mieszanką ziemi w połączeniu z odpadami biodegradowalnymi zielonymi typu trawa liście kod 20 02 01 oraz odpadów biodegradowalnych spożywczych kod 20 01 08 i z tego powstaje odpad, ale nie kompostu lecz ziemi jako humus. Odpad ten sprzedaje się w cenie 40,00zł.

netto wraz z kosztami transportu po stronie odbiorcy (patrz EKO-REGION Sp. z o.o. , PHU „SOWEX” Sp. z o.o., Zarząd Gospodarowania Odpadami - Miasto Łódź). Przystępujący nadmieniał, by wyprodukować taki humus, czyli ziemię należy posiadać m.in. odpady biodegradowalne spożywcze o kodzie 20 01 08. W odpowiedzi na pytanie 3 Przystępujący poinformował, że nie sprzedaje żadnego nawozu organicznego i póki co sprzedawać nie będzie. Sprzedawać będzie, po uzyskaniu składowych niezbędnych do powstania takiej mieszanki, tylko i wyłącznie mieszankę ziemi w skład której wchodzi odpady zielone typu liście, trawa o kodzie 20 02 01 oraz odpady biodegradowalne spożywcze o kodzie 20 01 08 wraz z domieszką drobnych zrębek. Jednocześnie poinformował, że w przypadku braku możliwości pozyskania odpadu o kodzie 20 01 08, trawa po przetworzeniu na kompostowni będzie składowana jako kompost po kodem 19 05 03, co przedstawiają załączone do wcześniejszego pisma skany faktur. Ponadto wyjaśnił, że załączone do wcześniejszego pisma skany faktury mają taką szatę graficzną i taki układ stosowany w przypadku wystawiania faktur przez składowiska. Spółka Przystępującego nie jest sprzedawcą odpadów, ale kontrahentem oddającym odpady na składowisko celem ich zagospodarowania. Obciążenie stanowi koszt zagospodarowania odpadów dla naszej spółki. To spółka Przystępującego przekazuje odpad na stanowisko. Przystępujący podkreślił, że osiągnięcie tak dużego zysku wypracowanego na umiędzynarodowieniu przetworzeniu odpadów, który to nie każda firma potrafi wypracować, powodując generowanie znacznie wyższych kosztów, co wykazały złożone oferty pozostałych uczestników postępowania przetargowego, pozwala na zastosowanie właśnie takich cen jakie Przystępujący przedstawił w ofercie. Zdaniem Przystępującego nie ma żadnych podstaw do stosowania przez niego rażąco niskiej ceny ponieważ pozostałe składowe składające się na wartość całej oferty jak np. ceny za odbiór transport i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, czy też odpadów odbieranych selektywnie są zaoferowane przez Przystępującego w cenach porównywalnych lub nawet wyższych od pozostałych oferentów uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 25 czerwca Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części obejmującej zarzuty związane z rażąco niską ceną oferty Przystępującego.

Zarzuty te Odwołujący podnosił w trzech aspektach - po pierwsze niezgodnego z ustawą ponownego wezwania Przystępującego przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, po drugie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego wobec niezłożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wreszcie po trzecie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. W tym kontekście Odwołujący stawiał zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. W ust. 2 tego przepisu wskazano, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei jak stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy złożone przez Przystępującego wyjaśnienia uprawniały Zamawiającego do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. W orzecnictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rzeczą wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15).

Ustawodawca zrównuje zatem sytuację, w której wykonawca złoży ofertę z rażąco niską ceną z sytuacją, gdy wykonawca - będąc wezwany do złożenia wyjaśnień - wyjaśnień takich nie składa bądź składa wyjaśnienia, które nie są wystarczające do obalenia domniemania powstałego rażąco niskiej ceny. W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecnictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. XGa 127/08). Ponadto konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14). Izba w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę ww. pogląd w pełni podziela. W przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej wykonawca jest ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ocena czy wykonawca udźwignął ten obowiązek nie może być dokonywana schematycznie, musi uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji.

Dalej należy wskazać, że obecnie żaden z przepisów ustawy Pzp nie udziela wprost odpowiedzi na pytanie, ile razy zamawiający może dokonywać wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień rzetelności ceny oferty. W orzecnictwie KIO oraz sądów okręgowych ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. 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 jest jednak dopuszczalna w niektórych sytuacjach, w szczególności gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy w pierwszym wezwaniu, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty (wezwanie ograniczało się do odzwierciedlenia przepisów ustawy), a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia z dochowaniem należytej staranności, poparł je dowodami, jednakże niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych dalej budzą wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 466/17).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba stwierdziła, iż zgromadzony w postępowaniu odwoławczym materiał dowodowy potwierdził okoliczność, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie dawały Zamawiającemu podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska.

Niewątpliwie kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miało oświadczenie Przystępującego złożone na rozprawie, który wprost wskazał, że źle doszacował cenę oferty i za tę cenę nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Tym samym Przystępujący potwierdził, że jego oferta faktycznie zawierała rażąco niską cenę. Jak wskazuje się bowiem w orzecnictwie rażąco niska cena to przede wszystkim taka cena, za którą niemożliwe jest wykonanie należycie zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2592/18), a to właśnie oświadczył Przystępujący. Mając na względzie treść art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym spoczywał na wykonawcy, który ją złożył, czyli Przystępującym, który był

uczestnikiem postępowania odwoławczego. To on, jako wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniu odwoławczym Przystępujący nie podjął próby obrony swojej oferty, wręcz przeciwnie - przyznał, że za zaoferowaną cenę nie jest w stanie wykonać zamówienia. Tym samym poprzez przyznanie potwierdził zasadność zarzutów odwołania w zakresie, w jakim odnosiły się do kwestii rażąco niskiej ceny jego oferty. Jak stanowi art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Przyznanie, o którym mowa w tym przepisie oznacza, że określona okoliczność stanowiąca element stanu faktycznego będącego podstawą żądania odwołania jest bezsporna. Izba nie stwierdziła jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że Przystępujący składając rzeczony oświadczenie potwierdził fakt złożenia przez niego oferty zawierającej cenę, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia, czyli uznał za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji prowadzenie postępowania dowodowego na tę okoliczność stało się zbędne.

Oświadczenie Przystępującego złożone na rozprawie potwierdziło również kolejną podniesioną w odwołaniu okoliczność, że złożone przez niego wyjaśnienia nie były rzetelne, dokładne i wiarygodne. Przystępujący poinformował bowiem wprost, że dopiero po złożeniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dokonał rzetelniejszej kalkulacji i szerzej spojrzał na ten obszar. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, aby w czasie, jaki upłynął pomiędzy datą złożenia wyjaśnień a datą rozprawy (okres ten obejmował jedynie ok. półroczny miesiąc), okoliczności mogące mieć wpływ na cenę zmieniły się w sposób na tyle istotny, aby uzasadniać zmianę stanowiska Przystępującego co do kalkulacji ceny oferty. Przystępujący okoliczności takich nie wykazał, wręcz przeciwnie - przyznał, że bardziej wnikliwą analizę w zakresie kosztów poczynił już po złożeniu Zamawiającemu wyjaśnień.

Ponadto Izba stwierdziła, że już sama treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwania Zamawiającego nie była wystarczająca do obalenia powstałego domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w dniu 30 maja 2019 r. były niejednoznaczne, a przede wszystkim nie przedstawiały dowodów, które potwierdzałyby założenia przyjęte w kalkulacji. Zważyć należy, że Zamawiający w treści wezwania z dnia 29 maja 2019 r. wymagał złożenia nie tylko szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych brutto za odbiór i transport oraz za zagospodarowanie 1 Mg odpadów biodegradowalnych spożywczych o kodzie 20 01 08, ale także dowodów, z których wynika, że zaoferowany poziom cen jednostkowych zapewnia zrealizowanie odpowiednio odbioru i transportu oraz zagospodarowania ww. odpadów, tj. nie przekracza poziomu kosztów wykonawcy. Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawił kalkulacje oparte o przyjęty poziom określonych kosztów nie uzasadniając jednak przyjętych wartości i nie przedstawiając dowodów na ich potwierdzenie. Do wyjaśnień Przystępujący załączył jedynie dwie faktury, które potwierdzać miały koszty utylizacji kompostu nie nadającego się do wykorzystania (przy czym kwoty wskazane w tych fakturach nie odpowiadały w pełni kwotom podanym przez Przystępującego w treści wyjaśnień), podczas gdy był to tylko jeden z wielu wskazywanych przez Przystępującego czynników mogących wpływać na kształtowanie ceny oferty. Przystępujący - mimo, iż w ocenie Izby było to obiektywnie możliwe - nie złożył żadnych dokumentów, które potwierdzałyby pozostałe przyjęte w kalkulacji założenia co do cen i kosztów, jak chociażby obowiązujące w jego przedsiębiorstwie stawki wynagrodzenia pracowników, koszty zakupu części zamiennych (w tym zakresie trzeba także wskazać, że Przystępujący nie wyjaśnił nawet o jakie części chodzi i z czego wynika przyjęta w kalkulacji kwota), czy też pozostałe koszty związane z dokonaniem usługi transportu (tutaj również Przystępujący nie wskazał jakiego rodzaju mogą być to koszty).

Także w przypadku kosztów zagospodarowania odpadów Przystępujący nie wykazał realności przyjętej w kalkulacji kwoty 40 zł za sprzedaż tzw. humusu. Słusznie wskazywał

Odwołujący, że Przystępujący w żaden sposób nie udowodnił, że jest w stanie sprzedać ten produkt za taką kwotę. Treść wyjaśnień Przystępującego jasno wskazuje zaś, że był to istotny składnik cenotwórczy, bowiem to na oszczędnościach wynikających z zastosowanej technologii polegającej na wykorzystaniu odpadów biodegradowalnych spożywczych do wytworzenia tzw. humusu i jego późniejszej sprzedaży, Przystępujący opierał swoje twierdzenia o możliwych do wygospodarowania w ten sposób oszczędnościach oraz różnicach cenowych pomiędzy zagospodarowaniem odpadów w ten sposób, a ich składowaniem, utylizacją. W konsekwencji jeden z kluczowych składników potencjalnych przychodów Przystępującego obniżających cenę oferty, nie został przez niego w ogóle wykazany. Okoliczność tę potwierdza fakt powtórnego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do Przystępującego w dniu 3 czerwca 2019 r., w którym Zamawiający dopytywał m.in. czy jest to kwota netto czy brutto oraz na czym Przystępujący opiera stwierdzenie, że dokona sprzedaży humusu za tę kwotę. Przystępujący nie udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na to drugie pytanie, powołując się jedynie - podobnie jak w pierwszych wyjaśnieniach - na nazwy firm, które rzekomo po tej cenie produkt taki sprzedają. Przystępujący niewątpliwie mógł złożyć dowody potwierdzające ceny sprzedaży 1 Mg humusu funkcjonujące na rynku (na przykład

wydruki ze stron internetowych przywoływanych przez niego podmiotów), tymczasem pomimo żądania Zamawiającego, który w wezwaniu wprost wskazał na konieczność wyjaśnienia z czego wynika przyjęcie takiej właśnie kwoty za sprzedaż humusu, zaniechał wykazania tej okoliczności, poprzestając na oświadczeniu, że „odpad ten sprzedaje się po cenie 40 zł netto z kosztami transportu po stronie odbiorcy.” Ustawa Pzp nie określa co prawda katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty, a zatem co do zasady każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Natomiast powyższe nie zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe. Same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem.

Niekompletność wyjaśnień Przystępującego w tym zakresie potwierdza fakt, że Zamawiający - jak przyznał na rozprawie - samodzielnie weryfikował czy wskazana przez Przystępującego cena 40 zł netto za sprzedaż 1 Mg humusu jest realna poprzez sprawdzenie informacji na stronach internetowych wskazanych przez Przystępującego podmiotów. Tymczasem Zamawiający nie może wyręczać wykonawcy w przedstawianiu okoliczności uzasadniających realność zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie są kompleksowe i nie odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień.

Samodzielne weryfikowanie przez Zamawiającego zgodności danych wskazanych w wyjaśnieniach z realiami rynkowymi przy braku złożenia stosownych dowodów przez Przystępującego może budzić wątpliwości chociażby z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i może być uznane za próbę uwiarygodnienia, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w obliczu złożenia niekompletnych wyjaśnień przez samego Przystępującego. Mając na względzie założenia wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest zobligowany do dokonania rzetelnej i obiektywnej oceny wyjaśnień wykonawców w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przyjęcie zaś przez Zamawiającego za prawidłowe wyjaśnień, które są niepełne, stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Okoliczność, że możliwy do uzyskania przychód ze sprzedaży humusu był istotną zmienną dla zweryfikowania realności ceny Przystępującego, potwierdza także stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, gdzie zauważono, iż dodatni wynik finansowy jaki Przystępujący może uzyskać w zakresie odbioru i transportu odpadów o kodzie 20 01 08 i jaki wskazuje w swoich wyjaśnieniach, będzie możliwy, jeśli sprzedaż produktu powstałego m.in. z przetworzenia odpadów o kodzie 20 01 08 będzie odbywać za cenę 40 zł/1 Mg a koszt ich dostawy (transportu do nabywcy) pokrywać przy tak ustalonej cenie będzie ich nabywca. Jak zauważył sam Zamawiający obniżenie kosztów przez Przystępującego w wyniku omówionych działań „nie powinno stanowić przyczyny odrzucenia oferty, oczywiście przy wykazaniu, że zamierzenia Przystępującego są możliwe do wykonania oraz ich wartość nie będzie mieściła się poniżej szacowanych kosztów jakie poniesie on przy wykonywaniu usługi.” Zatem stwierdzenie realności przedstawionej kalkulacji siłą rzeczy było uzależnione od wykazania, że założenia, jakie przyjął Przystępujący są możliwe do zrealizowania, a tego nie wykazano. W ocenie Izby uwagę Zamawiającego powinna przykuć także informacja wskazana przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 4 czerwca 2019 r., gdzie stwierdzono, iż „w przypadku braku możliwości pozyskania odpadu o kodzie 20 01 08, trawa po przetworzeniu na kompostowni będzie składowana jako kompost po kodem 19 05 03, co przedstawiają załączone do wcześniejszego pisma skany faktur.” Z powyższego wynika, że Przystępujący mógł dostrzegać ryzyko, że nie pozyska odpowiedniej ilości odpadów o kodzie 20 01 08, niezbędnych do wytworzenia humusu i jego odsprzedaży. Kwestia ta nie została jednak przez niego szerzej omówiona, podczas gdy w ocenie Izby mogła budzić wątpliwość co do możliwości praktycznej realizacji zamówienia za wskazane w poz. 5 formularza ofertowego ceny.

Mając na uwadze wszystko powyższe, w ocenie składu orzekającego, analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie daje podstaw do uznania, że uwiarygadniają one realność zaoferowanej ceny i jej adekwatność do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy złożone wyjaśnienia nie dawały Zamawiającemu możliwości potwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. W ocenie Izby wątpliwa wydaje się także prawidłowość wystosowania przez Zamawiającego do Przystępującego ponownego wezwania do wyjaśnień w dniu 3 czerwca 2019 r. Wezwanie to co prawda dotyczyło kwestii, które dla Zamawiającego były niezrozumiałe na gruncie pierwotnie udzielonych wyjaśnień, niemniej Zamawiający pominął okoliczność, że Przystępujący zobowiązany był wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, podczas gdy złożył on wyjaśnienia niekompletne, nieoparte dowodami, oparte w odniesieniu do większości założeń przyjętych w kalkulacji wyłącznie na oświadczeniach własnych. Niemniej okoliczność ta miała w przedmiotowej sprawie znaczenie drugorzędne wobec potwierdzenia się zarzutów dalej idących, prowadzących finalnie do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W konsekwencji Izba uznała za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Potwierdził się także powiązany

z powyższym zarzutem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby brak bowiem dokonania rzetelnej oceny wyjaśnień wykonawcy przez Zamawiającego stanowi naruszenie tego przepisu. W tym stanie rzeczy potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, który stanowił prostą konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. W efekcie Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Części 1 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Odwołujący w odwołaniu postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., który stanowi, że 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. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie (tak m.in. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 176/17).

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Okoliczność, że postępowanie dowodowe przed Izbą wykazało, iż oferta Przystępującemu zawierała rażąco niską cenę nie przesądza o tym, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca przewidział dwie odrębne przesłanki odrzucenia oferty: złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym nie zawsze złożenie oferty z rażąco niską ceną jest automatycznie czynem nieuczciwej konkurencji. Aby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest zaistnienie sytuacji, w której zachowanie wykonawcy wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec tego Odwołujący zobowiązany był wykazać, że działanie Przystępującego prowadziło do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto miało na cel eliminację innych przedsiębiorców. W ocenie Izby Odwołujący tym wymogom nie sprostął. Samo poprzestanie w treści odwołania na stwierdzeniu, że „oczywiste jest, że złożenie oferty przez Przystępującego nastąpiło w celu wyeliminowania pozostałych podmiotów z rynku odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy Myszków” oraz że jest to „podręcznikowy przykład stosowania cen dumpingowych”, to zbyt mało by przesądzić o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego jako stanowiącej czyn

nieuczciwej konkurencji. Poza powołaniem się na powyższe, przytoczeniem treści przepisów oraz jednego orzeczenia Izby, Odwołujący nie przedstawił żadnych dalszych argumentów, które potwierdzałyby, że doszło do spełnienia wszystkich przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., w szczególności, że Przystępujący składając ofertę działał z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie zaś z § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972) w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego

rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, co uzasadniało uzależnienie rozstrzygnięcia o kosztach od tego, w jakim zakresie odniosło ono skutek. W tym kontekście zważyć należy, że częściowe uwzględnienie odwołania w zakresie określonym w punkcie 1 sentencji wyroku czyniło w pełni zadość żądaniu Odwołującego, którym objęte było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego w części 1 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Przystępującego. Finalny wynik postępowania odwoławczego prowadził zatem do sytuacji, w której pomimo oddalenia odwołania w zakresie obejmującym zarzut złożenia przez Przystępującego oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, to waga tych zarzutów, które zostały uwzględnione spowodowała, iż zapadłe rozstrzygnięcie jest w pełni zgodne z żądaniem Odwołującego zgłoszonym w odwołaniu. Dodać trzeba, że wszystkie podniesione zarzuty zmierzały do odrzucenia oferty Przystępującego i skutek ten został osiągnięty. W konsekwencji kosztami postępowania obciążono Zamawiającego w całości, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 19 139 zł stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (4 bilety PKP na łączną kwotę 539 zł).

Przewodniczący: