Sygn. akt KIO 3127/20

WYROK
z dnia 16 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę MS-ECO z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pawłów w Pawłowie

przy udziale wykonawcy Z. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Z. Z. Z. w Rakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża MS-ECO z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MS-ECO z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od MS-ECO z o.o. w Warszawie na rzecz Gminy Pawłów w Pawłowie kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Kielcach.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3127/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminę Pawłów w Pawłowie –prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Pawłów oraz z PSZOK w 2021 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 190-459200 z 30 września 2020 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania, w związku z czym 30 listopada 2020 r. wykonawca MS-ECO z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy przez złożenie oferty przez Z. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Z. Z. Z. w Rakowie jako czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu ceny odbioru transportu i przetworzenia odpadów o kodzie 20 02 03 oraz 17 01 82 poniżej wszelkich kosztów tych procesów oraz bez kosztów pośrednich oraz zysku, a w sytuacji twierdzenia o „wliczeniu" kosztów tych odpadów do innych pozycji cenowych formularza ofertowego o braku weryfikowalności oferty, braku możliwości ustalenia rzeczywistych kosztów odbioru transportu i przetworzenia odpadów o kodzie 20 02 03 oraz 17 01 82 na moment składania oferty;
2. art 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez złożenie oferty niezgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ", w zakresie wykazania cen ryczałtowych poszczególnego rodzaju odpadów w pozycji pkt 1 ppkt m) i pkt 2 ppkt d) oferty Z. Z. w stosunku do wymogu pkt 14. 3 i 14.9 SIWZ. Podając w ofercie ceny za odbiór, transport i przetworzenie 1 Mg (tony) odpadów na poziomie 1,08 zł wykonawca nie dostosował się do wymogów SIWZ, bowiem formalnie wydzielił pozycje, ale faktycznie nie ujął w niej kosztów, ani nie podał zryczałtowanej kwoty. Na moment składania oferty zamawiający nie ma podstaw do ustalenia ceny jednostkowej za odbiór kategorii odpadów, której wymagał do wyceny.
   Względnie, w sytuacji nie uwzględnienia zarzutu nr 1 i 2:
3. art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. art 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie cen składowych oferty, które wydają się rażąco niskie w tym pkt 1 ppkt m) inne odpady nieulegające biodegradacji (kod: 20 02 03) oraz pkt 2 ppkt d) inne niewymienione odpady (kod: 17 01 82) mimo, iż ceny te nie pokrywają kosztów realizacji usługi, kosztów pośrednich ani nie zapewniają zysku wykonawcy i nie mogą stanowić zryczałtowanych cen odbioru tego typów odpadów. W konsekwencji także poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Z. Z., jako zawierającej rażąco niskie ceny składowe oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Z. Z. bez konieczności wzywania lub wyjaśnienia treści tej oferty, a w razie nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i 2 wezwania w trybie art. 90 ust 1 Pzp do zbadania cen jednostkowych oferty, które wydają się być cenami rażąco niskimi oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w zależności od rozstrzygnięcia (z pominięciem oferty Z. Z., a w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i 2 z wezwaniem tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp).

W uzasadnieniu odwołujący powołał następującą argumentację:

Ad.1. Dwie z pozycji cenowych formularza ofertowego oferty Z. Z. tj. pkt 1 ppkt. m) odpady o kodzie 20 02 03 oraz pkt 1 ppkt. d) odpady o kodzie 17 01 82 podają wartość 1,08 zł brutto za 1 Mg. Zamawiający oszacował ilość odpadów dla tych dwóch kategorii odpowiednio na 20,000 Mg oraz 55,000 Mg, co łącznie oszacowano w ofercie na 21,60 zł oraz 59,40 zł. Odwołujący wskazał, że taka cena nie pokrywa w żadnej mierze kosztów odbioru, transportu, czy też przetworzenia odpadów tych kategorii, co jest oczywiste. Racjonalny wykonawca, świadomie wpisując taka kwotę w formularzu oferty (o ile nie jest ona pomyłką, bowiem takiej nie da się konwalidować w oparciu o art. 87 ust 2 Pzp i oferta taka będzie podlegała odrzuceniu) musiał zrekompensować takie koszty jedynie w innych pozycjach formularza cenowego, co jest niezgodnie z wymogami SIWZ, a także zasadami prowadzenia postępowania.

Wywiódł, że zamawiający postanowił rozliczać się za każda tonę zabranego odpadów według przyjętego podziału. Brak

wskazania realnej ceny po jakiej będzie odbierany odpad o kodzie 20 02 03 oraz 17 01 82 stanowi przejaw braku jawności rozliczenia tego typu odpadów i możliwości obrania na potrzeby sprawy lub dalszych wyjaśnień każdej innej pozycji, do której rzekomo dany odpad może być podpięty. Wykonawca w momencie składania oferty nie wskazał, gdzie znajduje się realna i ryczałtowa cena takiego odpadu co oznacza, że pozostawia sobie pole do przyszłego kształtowania ceny przez zaliczenie tej wydzielonej kategorii odpadów do innej kategorii (nawet podobnie wybranej lub zbliżonej) po drugie takie wykreowanie ceny jednostkowej daje mu przewagę w cenie całościowej branej pod uwagę w kryterium ceny ofert.
Podniósł, że nawet jeżeli twierdzenia wykonawcy będą prowadziły do przypisania tego typu kategorii odpadów do innych podobnych lub w jakiś sposób ze sobą łączonych przez osoby biegłe w branży, to będzie to niezgodne z jawnymi wymogami SIWZ oraz naruszeniem zasady jawności, równego traktowania wykonawców i zachowania zasady uczciwej konkurencji. Po drugie stanowiłoby to zaprzeczenie wymogu podania realnych cen jednostkowych za każdy 1 mg zebranego odpadu. Zamawiający wyraźnie wydzielił kategorie odpadów i zaznaczył, że będzie sugerował się ceną za 1 Mg poszczególnych rodzajów odpadów. Niewskazanie realnej ceny jednostkowej stanowiącej podstawę przyszłego rozliczenia jest niezgodnością treści oferty z SIWZ, która spotyka się z sankcją z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Co więcej, każde szukanie „zapasów" cenowych w pozostałych cenach formularza ofertowego po otwarciu ofert będzie jawną, ale i niczym niekontrolowaną inżynierią cenową, co może stanowić także przejaw czynu nieuczciwej konkurencji i sankcją z art. 89 ust pkt 3 Pzp. Zadaniem odwołującego takie działania nie zasługują na uwzględnienie, a o tym że stanowią przejaw czynu nieuczciwej konkurencji przesądza stworzenie sobie możliwości negocjacji cen i ich ustalania na potrzeby postępowania po złożeniu i otwarciu ofert. Odwołujący wskazał, że żadna z pozostałych cen oferty Z. Z. nie wskazuje na możliwość doliczenia tych pozycji do innych, tak aby ich koszt był wyższy niż 1,08 zł. Ilości poszczególnych odpadów wskazane w ofercie Z. Z. są zgodne z ilościami podanymi przez zamawiającego, co nie pozwala na identyfikację woli wykonawcy przypisania odpadów o kodzie 20 02 03 i 17 01 82 do innych kategorii w formularzu ofertowym.
Ad. 2. Oferta Z. Z. jest niezgodna z wymogami rozdz. 14 SIWZ i w żaden sposób takiej niezgodności nie da się potraktować jako pomijalnej lub *stricte* formalnej nie rzutującej na ocenę oferty i przyszłe rozliczenia kontraktu. Ponieważ omyłki w postaci wpisania kwoty 1,08 zł brutto nie da się poprawić w trybie art. 87 ust 2 Pzp, nie można też twierdzić, że ta pozycja jest wyceniona gdzie indziej. Zarówno w sytuacji omyłki tj. nie podania właściwej ceny odpadów o kodzie 20 02 03 oraz 17 01 82, jak i wykazywanie zmiany pozycji i wyceny formularza ofertowego, mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z SIWZ, co skutkuje sankcją odrzuceniu bez konieczności wyjaśniania tego stanu rzeczy. Postanowienia SIWZ jasno wskazują, jakie ceny jednostkowe miały być podane w ofercie, ceny te miały odzwierciedlać całość usługi w zakresie 1 tony stanowiąc kwotę zryczałtowaną, a dopiero poszczególne kwoty składały się na kwotę brutto. Zamawiający nie ma żadnych podstaw do poprawienia tej kwoty, bowiem wykonawca musiałby na nowo zadeklarować, jaka jest cena tej pozycji, a to stanowiłoby istotną modyfikację oświadczenia woli, niedozwoloną na tym etapie postępowania.
Odwołujący podkreślił, że jeżeli wykonawca będzie próbował wyjaśniać, że cena odpadów wycenionych na 1,08 zł jest równoznaczna z ceną odpadów z innej pozycji, a podane ilości są orientacyjne, to zamawiający nie podstaw do przyjęcia, że należy wziąć pod uwagę pozycje a), b), k), a nie inną np. l) lub j). Wyjaśnienia w tym zakresie, czy to złożone w trybie wyjaśnienia oferty art. 87 ust 1 Pzp, czy też podczas wyjaśnień rażąco niskiej ceny będzie stanowiło istotną zmianę treści oświadczenia woli i nie będzie możliwe, ani ich konwalidowanie przez poprawę oferty, ani przez uznanie wyjaśnień w trybie art. 90 ust 3 Pzp w sprawie rażąco niskiej ceny.
Ad. 3. Za cenę jednostkową odbioru, transportu a także zagospodarowania danego odpadu za jedną tonę 1,08 zł brutto, żaden podmiot nie wykona takiej usługi za taką kwotę. Na cenę jednostkową składają się dodatkowo koszty transportu, koszty utrzymania sprzętu, koszty osobowe, zarządu itd. Trudno jest w ogóle mówić, że wykonawca wycenił ofertę w części odpadów o kodzie 20 02 03 oraz 17 01 82 bowiem zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (co nie wymaga dowodzenia) wskazana symboliczna kwota 1,08 zł brutto nie pokryje żadnego podstawowego kosztu wykonania danej usługi. Biorąc jednak pod uwagę, że na chwilę obecną nieznana jest wycena tej pozycji, każde jej odnoszenie do innych może spowodować, że również pozycje do których są referowane też w konsekwencji staną się rażąco niskie. Co więcej wezwanie a trybie art. 90 ust 1 Pzp jest obowiązkiem zamawiającego w sytuacji, kiedy cena składowa oferty ewidentnie wskazuje na jej zaniżenie. Zamawiający zaniechał dokonania czynności w tym zakresie, zatem naruszył przepisy ustawy mające istotny wpływ na wynik postępowania.

Wykonawca Z. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Z. Z. . w Rakowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający w ślad za złożoną na rozprawie pisemną odpowiedzią na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w rozdziale 3 SIWZ. Ustalił, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Pawłów oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w miejscowości Pawłów (dalej PSZOK).
Odbiorem od mieszkańców zostaną objęte:
- niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- odpady komunalne zbierane w sposób selektywny „u źródła" z podziałem na frakcje:
  - papier;
  - szkło;
  - tworzywa sztuczne, odpady opakowaniowe wielomateriałowe i metale;
  - bioodpady;
  - popiół;
- odpady wielkogabarytowe, które ze względu na swój rozmiar nie mogą być zbierane w typowych pojemnikach i/lub workach na odpady, m.in. stare meble, dywany, wykładziny itp.,
- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, m.in. lodówki, pralki, telewizory itp., zużyte opony (z samochodów osobowych i maszyn rolniczych),

W PSZOK odbiorem zostaną objęte:
- odpady budowlane i rozbiórkowe, m.in.: papa, styropian, wełna mineralna, gruz. Zamawiający informuje, że zapewni

obsługę przyjmowania odpadów w PSZOK,
- odpady niebezpieczne, m.in. farby, lakiery, opakowania po farbach, lakierach i rozpuszczalnikach, świetlówki, baterie i akumulatory, przeterminowane leki,
- tekstylia i odzież.
Zamawiający w SIWZ przedstawił w podziale na grupy opisane kodami odebranych, ilości odpadów przetransportowanych i zagospodarowanych z terenu gminy Pawłów w 2019 r. oraz łączną ilość odpadów, w tym:
17 01 82 - Inne niewymienione odpady - 38,70 Mg
20 02 03 - Inne odpady ulegające biodegradacji - 36,12 Mg
Zamawiający przedstawił również łączną ilość odpadów komunalnych odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych z terenu gminy Pawłów w okresie od 01.01.2020 r. do 31.08.2020 r. z podziałem na poszczególne frakcje. Stwierdził, że dane te zostały przygotowane w oparciu o przekazane sprawozdania przez przedsiębiorcę odbierającego odpady z terenu gminy Pawłów. Dane te obejmują odpady odebrane z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.
W pkt 3.1.1 zamawiający opisał zasady odbiór odpadów komunalnych. W odniesieniu do odpadów o kodach 17 01 82 i 20 02 03 nie zostały ustalone żadne zasady.
Rozdział 14 SIWZ zawiera następujący opis sposobu obliczenia ceny oferty:
14.1. Przed obliczeniem ceny oferty Wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
14.2. Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej SIWZ powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane z wykonywaniem zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia.
14.3. Wykonawca poda w Formularzu ofertowym cenę oferty, która stanowić będzie cenę zryczałtowaną za jedna tonę poszczególnych rodzajów odpadów. Cena musi uwzględniać wszystkie aspekty związane ze zbiórką, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych i wszystkie inne elementy przedmiotu zamówienia ujęte w SIWZ i Projekcie umowy.
14.4. Cena jednostkowa za dany rodzaj odpadu podana przez Wykonawcę w ofercie nie będzie podlegała zmianom przez cały okres realizacji zamówienia.
14.5. Cena musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), z dokładnością nie większą niż dwa miejsca po przecinku. Cenę podaje się w formularzu oferty - załącznik nr 1 do SIWZ w zapisie liczbowym i słownym.
14.6. Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.
14.7. Do wyliczenia ceny oferty brutto Wykonawca zastosuje właściwą stawkę podatku od towarów i usług (VAT) w wysokości obowiązującej w dniu składania ofert.
14.8. Zamawiający w formularzu ofertowym, przedstawia szacunkową roczną ilości odpadów, o określonym kodzie odpadów, na podstawie danych z lat poprzednich. Ilość szacunkowa wskazanych w formularzu ofertowym odpadów w stosunku do ilości faktycznie zebranych odpadów może ulec zmianie, co pozostanie bez wpływu na zaoferowane przez Wykonawcę ceny jednostkowe.
14.8.1.Podane ilości odpadów należy traktować jako orientacyjne i Wykonawcy nie przysługuje prawo odszkodowania za nieosiągnięcie wskazanych wielkości.
14.8.2.Z tytułu zmniejszenia ilości wywożonych odpadów Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów. W przypadku większej ilości odpadów niż zostały podane Wykonawca zobowiązuje się do ich odbioru.
14.9. Wykonawca zobowiązany jest do podania w formularzu ofertowym stawek jednostkowych (tj. cena jednostkowa netto, podatek VAT i cena jednostkowa brutto) za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów oraz wartości brutto dla każdego rodzaju odpadu, stanowiącej iloczyn ceny jednostkowej brutto za każdy rodzaj odpadu oraz podanej przez Zamawiającego szacunkowej ilości poszczególnych rodzajów odpadów.
14.10.Dla porównania i oceny ofert Zamawiający przyjmie całkowitą cenę brutto jaką poniesie na realizację przedmiotu zamówienia wyliczoną przy zastosowaniu cen jednostkowych wskazanych przez Wykonawcę w ofercie, przemnożoną przez szacowaną ilość ton poszczególnych rodzajów odpadów.
14.11.Podstawę ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy za odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych terenie gminy Pawłów i z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Pawłowie stanowi stawka za 1 Mg odebranych i przekazanych do zagospodarowania odpadów komunalnych.
14.12.Zamawiający będzie się rozliczał z Wykonawcą za faktycznie odebrane i zagospodarowane w ramach zamówienia ilości odpadów na podstawie cen jednostkowych brutto wskazanych przez Wykonawcę w ofercie.
14.13.Wykonawca jest zobowiązany do zdobycia wszelkich informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania oferty oraz sprawdzenia i zweryfikowania materiałów przetargowych oraz do niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o ewentualnych błędach lub przeoczeniach. Zamawiający nie będzie uwzględniał żadnych roszczeń i uwag z tytułu błędów lub nieścisłości SIWZ po upływie terminu na wniesienie odwołania.
14.14.Nieuwzględnienie przez Wykonawcę jakichkolwiek usług i obowiązków Wykonawcy, niedoszacowanie, pominięcie lub brak rozpoznania zakresu jakiejkolwiek części przedmiotu umowy na etapie przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu przetargowym nie może stanowić roszczeń w stosunku do Zamawiającego, zarówno w trakcie realizacji umowy, jak i po jej wykonaniu.
Formularz ofertowy, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SIWZ przewidywał podanie w odniesieniu do odpadów o poszczególnych kodach następujących danych: ceny netto za 1 Mg, podatku VAT, ceny brutto oraz wartość brutto (sumy iloczynu ceny jednostkowej brutto i przewidywanej ilości odpadów podanej przez zamawiającego w formularzu ofertowym).
Podanie cen jednostkowych było przewidziane w § 7 wzoru umowy.
Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia przeznacza kwotę 1.432.655, 78 zł. Izba stwierdziła, że jest to ubruttowiona wartość szacunkowa zamówienia. W postępowaniu złożono trzy oferty: przystępujący - 2.009.016 zł, 2.odwołujący - 124.748,80 zł i Remondis Sp. z o.o. 2.345.554,80 zł.

Odwołujący w pozycji formularza ofertowego dotyczącej odbioru i zagospodarowania innych odpadów nieulegających biodegradacji (kod: 20 02 03) wskazał:
cenę netto 1 Mg: 720,00 zł (słownie: siedemset dwadzieścia), podatek VAT: 8 % tj. 57,60 zł
cenę brutto 1 Mg: 777,60 zł (słownie: siedemset siedemdziesiąt siedem 60/100)
przewidywaną ilość: 20,000 Mg
wartość brutto (suma iloczynu ceny jednostkowej brutto i przewidywanej ilości odpadów): 15 552,00

(słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt dwa)

Natomiast w pozycji dotyczącej innych niewymienionych odpadów (kod: 17 01 82):
cenę netto 1 Mg: : 600,00 zł, podatek VAT: 8 % tj. 48,00 zł
cenę brutto 1 Mg: 648,00 zł (słownie: sześćset czterdzieści osiem przewidywana ilość: 55,000 Mg
wartość brutto (suma iloczynu ceny jednostkowej brutto i przewidywanej ilości odpadów): 35 640,00 (słownie: trzydzieści pięć tysięcy sześćset czterdzieści).
Odpowiednie dane w ofercie przystępującego w pozycji „Inne odpady nieulegające biodegradacji (kod: 20 02 03)" to:
cena netto 1 Mg: 1,00 zł, podatek VAT: 8 % tj. 0,08 zł
cena brutto 1 Mg: 1,08 zł
przewidywana ilość: 20,000 Mg
wartość brutto (suma iloczynu ceny jednostkowej brutto i przewidywanej ilości odpadów): 21,60 zł (słownie: dwadzieścia jeden złoty 60/100).
W pozycji inne niewymienione odpady (kod: 17 01 82):
cena netto 1 Mg: 1,00 zł, podatek VAT: 8 % tj. 0,08 zł
cena brutto 1 Mg: 1,08 zł (słownie: jeden złoty 08/100)
przewidywana ilość: 55,000 Mg
wartość brutto (suma iloczynu ceny jednostkowej brutto i przewidywanej ilości odpadów): 59,40 zł (słownie: pięćdziesiąt dziewięć złotych 40/100).
Zamawiający najwyżej ocenił ofertę przystępującego i po zbadaniu oświadczeń i dokumentów otrzymanych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp uznał ją za najkorzystniejszą.
W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.
Po wniesieniu odwołania zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Udzielone wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego. Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Na rozprawie wyjaśnił, że nie był zobowiązany do unieważnienia tej czynności, a otrzymane wyjaśnienia potwierdziły prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty.
Odwołujący podniósł, że czynność wezwania do wyjaśnień została dokonana poza procedurą udzielenia zamówienia, gdyż zamawiający powinien był unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym wyjaśnienia uzyskane przez zamawiającego mogą być wyłącznie traktowane jako dowód. Wniósł o nieuznawanie wyjaśnień za dowód w sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Izba uwzględniła wniosek odwołującego i nie uznała za dowód wyjaśnień uzyskanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, których żądał po wniesieniu odwołania.
Czynność wyjaśniania elementów, które złożyły się na cenę oferty, stanowi element badania oferty i *lege artis* w okolicznościach sprawy powinna być dokonana w ramach ponowionej czynności oceny ofert. Oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub oferta z ceną rażąco niską nie może być wybrana jako najkorzystniejsza, zatem badanie tych kwestii następuje przed wyborem oferty, a jeśli zamawiający już dokonał wyboru, powinien unieważnić tę czynność i ew. ją ponowić po uzyskaniu wyjaśnień.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, ani nie dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, choć zdaniem Izby - skoro dokonuje czynności wynikającej ze wskazanych przez wykonawców naruszeń przepisów ustawy - powinien to uczynić. Argument, że ustawa nie zawiera zakazu uzyskiwania wyjaśnień bez unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, sprowadza się do tezy, że zamawiający po wniesieniu odwołania może kontynuować postępowanie, jest nieadekwatny do istoty problemu. Istota sprawy nie leży bowiem w tym, czy zamawiający może kontynuować postępowanie, lecz w tym, że nowowykonane czynności dotyczą czynności oceny ofert, którą zamawiający ponawia w sytuacji, gdy pierwotna czynność wyboru najkorzystniejszej oferty istnieje wciąż w obrocie. Nie ma przy tym znaczenia twierdzenie zamawiającego, że wystąpił o wyjaśnienia, pomimo braku wątpliwości co do oferty przystępującego, jedynie w celu potwierdzenia prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty. Wezwanie zamawiającego dotyczyło wyjaśniania ceny oferty i jako takie powinno być dokonane po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przyjęcie tezy przeciwnej prowadziłoby do ograniczenia kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu. Odwołanie wnosi się bowiem wobec konkretnej czynności zamawiającego ze wskazaniem okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających zarzut naruszenia przepisów ustawy. Nie można więc przyjąć, że Izba powinna uwzględniać przy ocenie zarzutów odwołania czynności dokonane przez zamawiającego po wniesieniu odwołania w związku z podniesionymi w nim zarzutami. Przepisy ustawy, w ślad za regulacjami prawa wspólnotowego ustanawiają minimalny termin przysługujący wykonawcom na kwestionowanie czynności i zaniechań zamawiającego. Podzielenie przez Izbę poglądu zamawiającego, oznaczałoby obowiązek odniesienia się przez odwołującego na rozprawie do oświadczeń i dokumentów złożonych w wyniku nowej czynności, która nie była objęta odwołaniem. Pozbawiałoby to wykonawców możliwości wniesienia odwołania od tych czynności zamawiającego w terminie przewidzianym ustawą. Ten sam pogląd został wyrażony w orzeczeniu Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1028/14 i KIO 1029/14.

Izba zbadała zarzuty odwołania z pominięciem wyjaśnień uzyskanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponieważ zarzut naruszenia tego przepisu przez zaniechanie jego zastosowania stawia odwołujący, jego obowiązkiem wynikającym z art. 190 ust. 1 Pzp było wykazanie okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Z uwagi na specyfikę powołanego przepisu, który odsyła do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczcwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) – dalej jako „uznk", powinność wykonawcy obejmowała również powołanie przepisu uznk, lub wskazanie czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez przystępującego. Odwołujący nie wskazał ani przepisu, ani czynu nieuczciwej konkurencji. Izba skonstatowała ponadto, że okoliczności podane w uzasadnieniu tego zarzutu nie są wystarczające dla ustalenia w drodze subsumpcji, który z czynów nieuczciwej konkurencji miałby zostać popełniony.

Odwołujący powołał bowiem wyłącznie okoliczności faktyczne w postaci postanowień SIWZ oraz cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów o wskazanych kodach, podczas gdy przepisy uznak wymagają również innych przesłanek.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wykazanie naruszenia tego przepisu wymaga zatem odniesienia się do dwóch przesłanek: działanie wykonawcy musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk muszą zostać spełnione łącznie dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać inny przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów łub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż musi mieć na celu eliminację innych, przedsiębiorców. Z lektury odwołania jasno wynika, że nie zawiera ono wskaznia okoliczności wskazujących na wszystkie wymagania wynikających z powołanych norm uznk, ani referujących do nich twierdzeń.

Braki odwołania dostrzegł odwołujący wskazując na rozprawie, że doszło do naruszenia art. 3 ust. 1 uznk i podejmując próbę wykazania przesłanek objętych tym przepisem. Działanie odwołującego było jednak spóźnione. Art. 192 ust. 7 Pzp pozwala Izbie na rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Granice zarzutu określają okoliczności faktyczne i prawne wskazane w odwołaniu, a te nie obejmowały przesłanek przepisów uznk.

Powyższe jest wystarczające dla uznania, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba porównała ceny jednostkowe odbioru i zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów w ofertach odwołującego i przystępującego i skonstatowała, że ceny te w wielu pozycjach istotnie różnią się od siebie. Zwraca uwagę, że w wielu miejscach to cena oferty przystępującego jest wyższa i to w znaczący sposób. Przykładowo cena jednostkowa netto odbioru i zagospodarowania bioodpadów w ofercie odwołującego jest niższa o 110 zł, tworzyw sztucznych o 160 zł, zmieszanych odpadów opakowaniowych 130 zł. Porównanie cen jednostkowych prowadzi do przekonania, że przewaga przystępującego została zbudowana przez niższą cenę za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych (150 zł różnicy w cenie jednostkowej netto przy ilości odpadów 1100 Mg). Drugim elementem istnym dla łącznej ceny oferty to ceny jednostkowe odpadów odbieranych z PSZOK. W tym przypadku różnice na korzyść odwołującego nie są znaczące lub ceny jednostkowe oferty przystępującego są dla zamawiającego dużo bardziej korzystne. Przykładowo cena jednostkowa netto w pozycji materiały izolacyjne to różnica 250 zł, odpadów niebezpiecznych 8.800 zł. Ta konstatacja potwierdza znaczenie kalkulacji własnej wykonawców obejmującej właściwe im uwarunkowania i koszty prowadzenia działalności, w tym wynikające z funkcjonowania danego PSZOK. Waga kalkulacji własnej wynika również z danych zawartych w SIWZ, z których wynika, że w roku 2020 odpady o kodach 17 01 82 i 20 02 03 w ogóle nie były odbierane.

W konsekwencji również z tych względów zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący dla wykazania trafności tego zarzutu powołał wybrane postanowienia rozdziału 14 SIWZ odnoszącego się do ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów. Jednak dla obliczenia wartości poszczególnych cen jednostkowych znaczenie mają nie tylko te postanowienia SIWZ, ale istotne są również wymagania zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do odpadów o kodach 17 01 82 i 20 02 03 Izba zważyła, że rzeczywiście, o ile w roku 2019 odpady o tych kodach były odbierane i zagospodarowywane, o tyle w roku 2020 już nie, a wartości szacunkowe wskazane w formularzu ofertowym są inne niż te dane. Zamawiający zaznaczył przy tym, że są to dane przekazane przez wykonawcę wykonującego obecnie usługę na rzecz zamawiającego, a wykonawcą tym jest przystępujący. Skoro zamawiający nakazał w pkt 14.1 SIWZ., aby wykonawca dokładnie i szczegółowo zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uwzględniając jej wszystkie wymogi ujął w cenie wszelkie koszty związane z wykonywaniem zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, to nie może być wątpliwości, że pozostawił wykonawcom możliwość wykorzystania własnej wiedzy przy dokonywaniu kalkulacji. Prawidłowość takiego rozumowania potwierdza również brzmienie pkt 14.7 i 14.8 SIWZ, z których wynika, że ilość szacunkowa wskazanych w formularzu ofertowym odpadów w stosunku do ilości faktycznie zebranych odpadów może ulec zmianie, a podane ilości odpadów należy traktować jako orientacyjne.

Przystępujący wyjaśnił na rozprawie, że w toku realizacji umowy nie wystąpią odpady o kodach 17 01 82 i 20 02 03. W szczególności wskazał, że zakres przedmiotowy odpadów o kodzie20 02 03 powoduje, że *de facto* są to odpady cmentarne, które nie są wytwarzane na nieruchomościach zamieszkałych. Odwołujący nie wskazał, jakie odpady są ujęte w pozycjach opisanych kodami, ani nie wykazał, że rzeczywiście będą odbierane od mieszkańców. Wydaje się zatem, że odwołujący skoncentrował swoją uwagę wyłącznie na wymaganiach formularza ofertowego i części postanowień SIWZ dotyczących obliczenia ceny, a całkowicie pominął inne.

Nie doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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 zakresie taksatywnie wymienionych przesłanek.

Cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dostrzec trzeba, że cena ta 2.009.016 zł jest o przeszło 500 tysięcy wyższa niż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług. Nie różni się również istotnie od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Po drugie, odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodach nie są istotnymi częściami składowymi oferty. Ich łączna wartość w ofercie odwołującego to ok. 50.000 zł wobec łącznej ceny 2/300 tys. Brak jest również podstaw do uznania, że jest to część oferty przedmiotowo istotna. Wskazuje na to już sam brak odbioru tych odpadów w roku 2020.

Brak odbioru tych odpadów w roku 2020 oraz powołane wyżej twierdzenia przystępującego nie pozwalają na zgodzenie się z tezą odwołania o braku pokrycia kosztów realizacji usługi i kosztów pośrednich. Skoro brak jest podstaw do uznania, że odpady zostaną wytworzone, trudno oczekiwać osiągniecia na nich zysku. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Z. Z., jako rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika

zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:.....