

WYROK

z dnia 2 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Moszczenica

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu i:

- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1036/23

Uzasadnienie

Gmina Moszczenica, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zamknięcie i rekultywację części kwatery nr I składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Moszczenica, gmina Moszczenica, pow. piotrkowski, woj. łódzkie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00057673/01.

W dniu 11 kwietnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz na zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz art. 224 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RECULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „wykonawcą RECULT”, w związku z tym, że złożył on ogólnikowe i nierzetelne wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, nie poparte dowodami na potwierdzenie wyliczeń, a tym samym wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę RECULT pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 2),

3) art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym wybór oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy RECULT jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy RECULT i wyborze oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o obciążenie Zamawiającego kosztami tego postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w dniu 15 lutego 2023 r. wykonawca RECULT złożył ofertę na kwotę 1 grosz. Jednocześnie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę 60 tysięcy złotych brutto. Następnie w dniu 22 lutego 2023 r. zarówno Odwołujący, jak i wykonawca RECULT zostali wezwani przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty. W dniu 28 lutego 2023 r. wykonawca RECULT złożył pismo zawierające wyjaśnienia, jednakże zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia nie spełniają wymagań ustawowych.

Przed wszystkim Odwołujący uważa, że wykonawca RECULT złożył ogólnikowe i nierzetelne wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, których nie poparł dowodami na potwierdzenie swoich wyliczeń. Według treści rozdziału XVII ust. 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako

„SWZ”) „Cena podana w ofercie musi obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, w szczególności obejmować wszelkie koszty jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej i zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”. Jego zdaniem cena podana przez wykonawcę RECULT na poziomie 1 grosza nie może obejmować wszelkich kosztów jakie wykonawca ten poniesie na realizację zamówienia. Zaoferowanie ceny w wysokości 1 grosz jest sztucznym zaniżeniem ceny i jako takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego cena powinna odpowiadać realiom rynkowym za działania podejmowane przez wykonawcę, choć zarazem dopuszczalnym jest, aby wykonawca kompensował wynagrodzenie otrzymywane od zamawiającego innymi czynnikami, które jednak powinien udokumentować.

Odwołujący podniósł, że wykonawca RECULT w swoim na str. 2 swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazał, że „Biorąc pod uwagę fakt, że doświadczeni Wykonawcy wypracowują zysk z procesu przetwarzania odpadów, nie ma większego znaczenia czy zaoferowana cena wynosi 0,01 zł [...]”, przy czym nie wskazał w tych wyjaśnieniach skąd pozyska finansowanie dla opłacalności przedsięwzięcia. Odwołujący nie zanegował możliwości uzyskania innych środków na zrealizowanie i sfinansowanie zamówienia, jednak wykonawca powinien wskazać skąd owe finansowanie będzie pochodzić, jakie dowody przemawiają za taką, a nie inną ceną. Odwołujący dodał, że wykonawca RECULT w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał, iż „Oferta złożona przez Recult Sp. z o.o. Sp.k. o wartości 0,01 zł brutto została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, nie jest efektem omyłki ani błędu w obliczeniach lub ustaleniach stanu faktycznego. Nie jest również ceną rażąco niską ani dumpingową. Oferta została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich wymagań SWZ”, a także, że „Wybrana metoda budowy, pozwalająca na zaoferowanie ceny w wysokości 0,01 zł brutto, opiera się na wyjątkowo korzystnych warunkach dostawy materiałów do wykonania warstwy wyrównawczej oraz biologicznej rekultywowanego składowiska odpadów. Zarobione przez Wykonawcę pieniądze za odbiór oraz zagospodarowanie odpadów zgodnie z rozporządzeniem w sprawie składowisk odpadów wymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia, w szczególności kompostu (odpad o kodzie 19 05 03) pozwolą wykonać i sfinansować prace dokumentacyjne oraz rekultywacyjne oraz wypracować odpowiedni zysk dla Wykonawcy”. Odwołujący podniósł, że dla wykonania przedmiotu zamówienia w inny sposób niż określony w pozwoleniach, jakimi dysponuje Zamawiający, konieczne jest uprzednie poczynienie nakładów zanim zostaną przyjęte odpady na potrzeby rekultywacji, a zatem nie jest

prawdą wyjaśnienie wykonawcy RECULT, iż wynagrodzenie od Zamawiającego pokryje jego koszty. Odwołujący zwrócił też uwagę na to, że w ust. 8 formularza oferty wykonawca RECULT złożył oświadczenie następującej treści: „Oświadczamy, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłej umowy”. Odwołujący skonstatował swoje wywody w ten sposób, że wyjaśnienia wykonawcy RECULT w zakresie wyliczenia ceny uznał za ogólnikowe i nierzetelne i niepoparte dowodami na potwierdzenie wyliczeń, co odniósł również do kalkulacji tego wykonawcy składającej się z wyliczenia trzech pozycji.

Ponadto Odwołujący wskazał, że działanie wykonawcy RECULT wprowadza także niemożność wyegzekwowania przez Zamawiającego postanowień umownych (zał. nr 6 do SWZ) w zakresie:

- waloryzacji wynagrodzenia § 16 umowy,

- zabezpieczenia należytego wykonania umowy § 10 umowy – 5% od 0 zł 01 gr,
- rozliczeń częściowych i końcowego § 7 ust. 2 umowy – 20% od 0 zł 01 gr,
- kar umownych § 11 umowy – przykładowo kara za odstąpienie od umowy to 20% od 0 zł 01 gr, czy też limit kar umownych (§ 11 ust. 9 umowy) – łączna suma kar umownych naliczonych przez Zamawiającego w stosunku do wykonawcy nie może przekroczyć 20 % wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 umowy, co zdaniem Odwołującego oznacza, że w tym kontrakcie przy zawarciu umowy z wykonawcą RECULT nie jest możliwe naliczenie kary umownej w wysokości 20% od jednego grosza, co może prowadzić do całkowitej niemożności dyscyplinowania działań wykonawcy, a tym samym do utraty kontroli nad częścią wysypiska.

W ocenie Odwołującego wymienionym czynom jego konkurenta należy przypisać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem – choć uzależnienie wysokości kar umownych od wynagrodzenia wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest jak najbardziej powszechną praktyką spotykaną na rynku – to jednak działania wykonawcy RECULT poprzez zaoferowanie ceny całkowicie nierealnej doprowadziły do niemożności nałożenia kar umownych.

Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący powołał się na zapatrywania prawne wyrażone w komentarzu prawniczym do ustawy Prawo zamówień publicznych wydany przez Urząd Zamówień Publicznych oraz na poglądy prawne wynikające z bogatego orzecznictwa Krajowej

Izby Odwoławczej, w tym na wyroki z dnia 19 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 619/19, z dnia 8 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1834/19, z dnia 16 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt 2664/19 oraz z dnia 4 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1461/20.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane

przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 kwietnia 2023 r. i stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego piśmie z dnia 17 kwietnia 2023

r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego jako załączniki do ich pism, a także z dokumentów złożonych na posiedzeniu przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- Zestawienia ofert,
- Wyjaśnień wykonawcy RECULT z dnia 28 lutego 2023 r.,
- Protokołu z rozpoznania cenowego z dnia 15 września 2017 r. (Gmina Cieszków),
- Wykazu złożonych ofert z dnia 12 września 2016 r. w postępowaniu prowadzonym

przez Urząd Miejski w Świebodzicach,

- Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Zbąszyn,

- Poświadczenia z dnia 16 lutego 2023 r. wystawionego na rzecz wykonawcy

RECULT przez Gminę i Miasto Mikstat,

- Odpowiedzi wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi

Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu z dnia 27 lutego 2023r. na wezwanie zamawiającego Gminy Moszczenica w przedmiocie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z kosztorysem,

- Poświadczenia z dnia 4 stycznia 2023 r. wystawionego na rzecz wykonawcy

RECULT przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

- Poświadczenia z dnia 1 czerwca 2021 r. wystawionego na rzecz wykonawcy

RECULT przez Urząd Miejski w Chojnowie,

- Poświadczenia z dnia 16 grudnia 2021 r. wystawionego na rzecz wykonawcy

RECULT przez Gminę Jordanów Śląski,

- Umowy nr 6/2020 zawartej w dniu 16 kwietnia 2020 r. pomiędzy wykonawcą

RECULT a Śląskim Centrum Recyklingu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach,

- Umowy nr 8/2021 zawartej w dniu 3 września 2019 r. pomiędzy wykonawcą

RECULT a PreZero Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

- Umowy nr 13/2022 zawartej w dniu 22 sierpnia 2022 r. pomiędzy wykonawcą

RECULT a MPK Pure Home Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce,

- Umowy z dnia 20 czerwca 2018 r. o świadczenie usług rekultywacyjnych i wykonanie

dokumentacji zawartej pomiędzy wykonawcą RECULT a Gminą i Miastem Mikstat,

- Umowy z dnia 15 stycznia 2020 r. zawartej pomiędzy wykonawcą RECULT

a Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej w Śremie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający Gmina Moszczenica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zamknięcie i rekultywację części kwatery nr I składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Moszczenica, gmina Moszczenica, pow. piotrkowski, woj. łódzkie”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00057673/01.

W dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 2 795 537 zł 20 gr (dwa miliony siedemset dziewięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset trzydzieści siedem złotych

dwadzieścia groszy). Natomiast w dniu 17 lutego 2023 r., już po upływie terminu składania ofert, Zamawiający poinformował wykonawców, że na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 60 000 zł 00 gr (sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) w ciągu trzech lat.

W rozdziale III ust. 3 pkt 3 SWZ Zamawiający podał, że posiada kompleksowy projekt zamknięcia i rekultywacji części kwatery nr I składowiska oraz decyzję na zamknięcie składowiska, jednakże dopuszcza zastosowanie rozwiązań zamiennych podczas realizacji zadania. W takim przypadku wykonawca zobowiązany będzie do wykonania w ramach oferowanej ceny dokumentacji zamiennej oraz uzyskania wszelkich pozwoleń i decyzji.

W dniu 22 lutego 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP celem ustalenia czy oferta wykonawcy RECULT zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwrócił się do tego wykonawcy z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 ustawy PZP.

W odpowiedzi wykonawca RECULT wyjaśnił, że jego oferta o wartości 1 grosz brutto została skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia i nie jest efektem ani omyłki ani błędu w obliczeniach lub ustaleniach stanu faktycznego. Nie jest również ceną rażąco niską ani dumpingową. Oferta została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich wymagań SWZ. Oferta cenowa została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca podał, że zaproponowana przez niego cena jest ceną odzwierciedlającą aktualną sytuację na rynku składowisk odpadów i została skalkulowana z uwzględnieniem kosztów wykonania prac z wykorzystaniem procesu odzysku odpadów, co Zamawiający dopuścił w przetargu.

Wykonawca RECULT wyjaśnił ponadto, że Zamawiający w SWZ wskazał, że posiada kompleksowy projekt zamknięcia i rekultywacji składowiska oraz decyzję na zamknięcie, jednak dopuszcza zastosowanie rozwiązań zamiennych podczas realizacji zadania (rozdział III ust. 3

pkt 3 SWZ). W przypadku zastosowania rozwiązań zamiennych wykonawcy w ramach ceny ofertowej zobligowani są również do wykonania kompletnej dokumentacji zamiennej oraz uzyskania wszelkich wymaganych do realizacji zadania decyzji. Z tego względu wykonawcy skalkulowali wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z własnym doświadczeniem i „know-how”, czego potwierdzeniem są ceny złożonych ofert zawierające się w przedziale od 0 złotych do 5 809 196 zł 20 gr brutto. Nawet Zamawiający podając kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia w wysokości 60 000 zł 00 gr brutto potwierdził, że oczekuje wykonania przedmiotu zamówienia w sposób „zamienny”, np. z wykonaniem dokumentacji przez oferenta oraz sfinansowaniem części lub całości prac przez wykonawcę (np. z odzysku odpadów), co w ostatnich latach w przypadku rekultywacji składowisk jest rozwiązaniem preferowanym oraz powszechnie stosowanym. Wykonanie przedmiotu zamówienia, bez zmiany obecnie posiadanej przez Zamawiającego decyzji oraz bez sfinansowania całości lub części prac przez wykonawcę, byłoby niemożliwe w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Wykonawca RECULT podniósł zatem, że zaoferowana przez niego cena odzwierciedla panującą na rynku sytuację oraz nie może zostać uznana za cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych. Zaproponowana przez niego metoda wykonania przedmiotu zamówienia, opierająca się o zmianę posiadanych przez Zamawiającego projektów oraz zezwoleń umożliwiając tym samym wykonanie rekultywacji z wykorzystaniem odpadów i sfinansowanie wykonania prac dokumentacyjnych oraz rekultywacyjnych ze środków pozyskanych od dostawców odpadów, jest obecnie powszechnie stosowaną metodą, pozwalającą obniżyć Zamawiającemu koszty rekultywacji składowiska. W praktyce instytucje zamawiające chcąc skorzystać z tej metody, zastrzegają w postępowaniach przetargowych bądź zapytaniach ofertowych możliwość wykorzystania do rekultywacji odpadów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie składowisk odpadów, poprzez m. in. dopuszczenie zmiany posiadanych przez nie decyzji oraz wskazując odpowiednio długi czas realizacji zadania. Ze względu na możliwość wykonania rekultywacji składowisk z wykorzystaniem odzysku odpadów i idącą za tym możliwość zaproponowania preferencyjnej ceny wykonania tych prac, zamówienia w ostatnich latach w większości ogłaszane są z pominięciem przepisów ustawy PZP. Z uwagi na to, że doświadczeni wykonawcy wypracowują zysk z procesu przetwarzania odpadów, nie ma większego znaczenia czy zaoferowana cena wynosi 1 grosz czy 40 000 zł 00 gr, ponieważ i tak całość prac zostaje sfinansowana z działalności polegającej na odzysku odpadów w ramach rekultywacji składowiska. W takiej formie obecnie rekultywowane jest ok. 90% składowisk.

W swoich wyjaśnieniach wykonawca RECULT wskazał również, że od kilkunastu lat wykonuje rekultywacje składowisk odpadów w oparciu o przetwarzanie (odzysk) odpadów, dzięki czemu czerpiąc zysk z wykonywanej działalności, może oferować Zamawiającym preferencyjne ceny wykonania rekultywacji. W wyjaśnieniach podał siedem przykładów takich rekultywacji (tabela na str. 3 wyjaśnień). Zważywszy na wysokość cen oferowanych innym zamawiającym zaoferowana w tym przetargu cena 1 grosz nie jest rażąco niska ani dumpingowa, a także nie odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień. Jest to cena dostosowana do realiów rynkowych. W kalkulacji ceny ofertowej na 1 grosz wykonawca RECULT przyjął rozwiązania umożliwiające wykonanie zadania w sposób rzetelny oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, w sposób zgodny z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego, pozwalającą równocześnie zapewnić wykonawcy adekwatny do przedmiotu zamówienia zysk.

Następnie wykonawca RECULT podał szczegółowe wyjaśnienia odnośnie sposobu wyliczenia ceny ofertowej na preferencyjnych warunkach. W odniesieniu do zarządzania metodą budowy wykonawca RECULT wskazał, że na wartość jego oferty i kalkulację ceny największy wpływ ma wybrana metoda budowy (rekultywacja składowiska w oparciu o odzysk odpadów), która została dostosowana do konkretnego obiektu oraz potrzeb Zamawiającego. Jest to optymalna metoda, która pozwala na obniżenie kosztów wywiązania się przez podmiot zarządzający z obowiązków rekultywacji składowiska i jednocześnie pozwala ona wykonawcy wypracować odpowiedni zysk z prowadzenia odzysku odpadów. Szczególne znaczenie przy realizacji zamówienia tego typu ma zarządzanie budową. Nadzór nad zadaniem będzie powierzony współwłaścicielowi firmy – panu Waldemarowi Żurkowi, który jest kierownikiem budowy z ponad 20-letnim doświadczeniem zawodowym przy rekultywacjach składowisk odpadów. Będzie gwarantowało to właściwą kontrolę nad wszystkimi pracami dokumentacyjnymi oraz wykonawczymi i wypracowanie godnego zysku dla wykonawcy. Na zwiększenie ekonomiki przedsięwzięcia znaczny wpływ ma również odelegowanie do wykonywania prac sprawdzonych i doświadczonych w rekultywacji składowisk odpadów (robót ziemnych polegających na przemieszczaniu mas ziemnych takich jak wymiany gruntów, niwelacja terenu, wykonywanie nasypów, skarpowanie) operatorów sprzętu, w celu ograniczenia do minimum czasu pracy sprzętu. Na możliwość zaoferowania preferencyjnej ceny mają również wpływ niskie koszty zarządu oraz zatrudnienie poniżej 10 osób, co wpływa na niższe koszty prowadzenia spółki porównując je do kosztów funkcjonowania większych przedsiębiorstw.

W odniesieniu do zastosowanych rozwiązań technicznych wykonawca RECULT wskazał, że jako pierwszy na rynku opracował i wprowadził w życie autorską technologię rekultywacji składowisk w oparciu o odzysk odpadów, która pozwala na osiągnięcie zamierzonego efektu ekologicznego przy jednoczesnym ograniczeniu wpływu odpadów na środowisko. Wieloletnie doświadczenie spółki w branży gwarantuje, że zrehabilitowane obiekty charakteryzują się

wysoką stabilnością, a jego realizację uznawane są przez organy ochrony środowiska jako wzorcowe. Użycie m. in. kompostu nieodpowiadającego wymaganiom (odpad o kodzie 19 05 03) do wykonania warstwy biologicznej pozwala na sfinansowanie przedsięwzięcia, a jednocześnie zapewnia właściwe warunki wzrostu roślin i stworzenie trwałej okrywy biologicznej zrehabilitowanego składowiska. Proces ten podlega wszelkim uzgodnieniom i kontroli organów ochrony środowiska. Posiadana przez Spółkę wiedza techniczna i pozatechniczna "know-how", na którą składa się całokształt doświadczeń, praktyk i procedur, jakie Spółka zdobyła i wdrożyła w trakcie prowadzenia działalności, odróżnia go od usług konkurencyjnych firm i pozwala na realne oszczędności. Wykonawca RECULT specjalizuje się w robotach budowlanych związanych z gospodarką odpadami, w szczególności składowiskami odpadów na terenie całego kraju, a wszystkie z wykonanych realizacji ukończone zostały z należytą starannością oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone z wypracowaniem proporcjonalnego do zakresu prac zysku pozwalającego na utrzymanie rentowności firmy. Dodatkowo jako jedna z czołowych firm w branży brał udział w kilkudziesięciu przetargach dotyczących składowisk odpadów w całym kraju, dzięki czemu posiada aktualną bazę sprawdzonych dostawców, w tym materiałów masowych oraz firm z którymi nawiązał współpracę na bardzo preferencyjnych warunkach.

W odniesieniu do wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, w tym oryginalność dostaw wykonawca RECULT wyjaśnił, że wybrana metoda budowy, pozwalająca na zaoferowanie ceny w wysokości 1 grosz, opiera się na wyjątkowo korzystnych warunkach dostawy materiałów do wykonania warstwy wyrównawczej oraz biologicznej rekultywowanego składowiska odpadów. Zarobione przez wykonawcę pieniądze za odbiór oraz zagospodarowanie odpadów zgodnie z rozporządzeniem w sprawie składowisk odpadów wymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia, w szczególności kompostu (odpad o kodzie 19 05 03) pozwolą wykonać i sfinansować prace dokumentacyjne oraz rekultywacyjne oraz wypracować odpowiedni zysk dla wykonawcy.

W zakresie zgodności ceny ofertowej z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej oraz z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz przepisami dotyczącymi kosztów pracy wykonawca RECULT wyjaśnił, że cena we wskazanym zakresie została wyliczona zgodnie z prawem. Do wyceny prac przyjęto stawkę roboczogodziny 26 zł netto, która jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy.

W zakresie zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska to wykonawca RECULT potwierdził, że w kalkulacji ceny ofertowej uwzględnił wszelkie wymagania przepisów z zakresu ochrony środowiska. W zastosowanej metodzie uwzględnił w szczególności wymogi ustawy o odpadach oraz rozporządzenia w sprawie składowisk odpadów, warunkujących prowadzenie rekultywacji z wykorzystaniem odpadów. Na potrzeby prowadzonej działalności wykonawca uzyska wszelkie wymagane prawem decyzje a w trakcie prac rekultywacyjnych wypełniał będzie wszystkie obowiązki posiadacza odpadów (w tym związane z prowadzeniem ewidencji i sprawozdawczości). Prowadzenie przez wykonawcę prac zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska w ramach każdej realizacji jest potwierdzane na etapie uzyskiwania przez niego decyzji warunkujących rozpoczęcie działalności związanej z przetwarzaniem odpadów, jak również w trakcie jej prowadzenia (kontrola organów ochrony środowiska – Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska). Ogromne doświadczenie wykonawcy oraz rzetelne podejście do każdej realizacji potwierdzone jest każdorazowo pozytywnym wynikiem tych kontroli.

W zakresie wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy to wykonawca RECULT wyjaśnił, że w przypadku konieczności zatrudnienia podwykonawców dopełni on wszelkich obowiązków związanych z podzleceniem prac, w szczególności wynikających z przepisów prawa oraz umowy zawartej z Zamawiającym. Jeśli chodzi o kalkulację oferty to wykonawca RECULT wskazał, że „zamienny” sposób wykonania przedmiotu zamówienia określony w rozdziale III ust. 3 pkt 3 SWZ wymagał będzie zmiany technicznego i biologicznego sposobu rekultywacji składowiska, w tym uzyskania zmian obecnie obowiązujących decyzji oraz uzyskania nowych. Nie ma to jednak wpływu na zaoferowaną w przetargu cenę 1 grosz brutto, ponieważ zgodnie z rozdziałem XVII SWZ określona w ofercie cena brutto, stanowi wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z tabelą nr 3 umiejscowioną na str. 8 wyjaśnień wykonawca RECULT podał, iż zakres prac będzie obejmował prace dokumentacyjne, pomiary i operaty geodezyjne, formowanie odpadów na kwaterze, ukształtowanie nieckii kwatery

tak aby utrzymać odpowiednie spadki terenu, wyprofilowanie zboczy wyrobisk kwatery II i III, rekultywację techniczną, rekultywację biologiczną, a także pozostałe czynności objęte przedmiotem zamówienia, określone w szczególności w SWZ a także innych dokumentach takich jak np. decyzje organów administracji publicznej, niezbędne do osiągnięcia celu umowy. Wyjaśniając kalkulację ceny ofertowej (tabela nr 4 na str. 8 wyjaśnień) wykonawca RECULT podał, że oferując cenę 1 grosz założył:

1. Koszt prac dokumentacyjnych oraz rekultywacji składowiska odpadów (o powierzchni ok. 1,4 ha) w wysokości 2 510 000 zł 00 gr (suma pozycji nr 1, 2, 3, 4, 5.2 i 6 wyszczególnionych w tabeli nr 3).
2. Koszt wykonania 2m warstwy biologicznej w wysokości -2 860 000 zł 01 gr, przy uwzględnieniu:
 - a) wynagrodzenia za przyjęcie odpadów o kodzie 19 05 03 w cenie 120 zł/m³,
 - b) kosztów wykonania warstwy biologicznej (pozycja nr 5.1 w tabeli nr 3).
3. Zysk w wysokości 350 000 zł 00 gr, z uwzględnieniem wykonania wszystkich prac projektowych oraz rekultywacyjnych w całym okresie prowadzenia prac.

Do swoich wyjaśnień, w celu wykazania swoich twierdzeń i założeń kalkulacyjnych, wykonawca RECULT załączył dowody w postaci Protokołu z rozpoznania cenowego z dnia 15 września 2017 r. (Gmina Cieszków), Wykazu złożonych ofert z dnia 12 września 2016 r. w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Miejskie w Świebodzicach, Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zbąszyn i poświadczenia z dnia 16 lutego

2023 r. wystawionego na rzecz wykonawcy RECULT przez Gminę i Miasto Mikstat.

Ostatecznie jako najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu Zamawiający wybrał w dniu 5 kwietnia 2023 r. ofertę wykonawcy RECULT przyznając temu wykonawcę maksymalną liczbę punktów 100 w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z siedzibą w Tłuszczu i po zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego uznała, że żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W myśl art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Natomiast według art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 16 pkt 1 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast w świetle art. 17 ust. 2 ustawy PZP zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W ocenie Izby zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia grupy przepisów ustawy PZP z zakresu rażąco niskiej ceny okazał się być niezasadny. Wykonawca RECULT zaoferował w przetargu bardzo niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości 1 grosz brutto. Zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie obligowało Zamawiającego do zwrócenia się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, co też Zamawiający uczynił pismem z dnia 22 lutego 2023 r.

Wbrew twierdzeniom odwołania wezwany do wyjaśnień wykonawca RECULT w sposób bardzo obszerny wytłumaczył Zamawiającemu swój sposób skalkulowania ceny ofertowej, a przy tym załączył do swoich wyjaśnień dowody na potwierdzenie tez zawartych w tych wyjaśnieniach. Wykonawca ten wyjaśnił, że niski poziom zaoferowanej ceny wynikał z przyjęcia założenia, że wszystkie koszty realizacji zamówienia zostaną przez niego pokryte z zysku wypracowanego dzięki zagospodarowaniu odpadów zgromadzonych na składowisku, gdzie Zamawiający w SWZ dopuścił taką możliwość finansowania realizacji zamówienia. Na przyjęcie takiej opcji wykonania zamówienia publicznego wskazywała również kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na jego sfinansowanie (kwota 60 000 zł 00 gr). Takie samo założenie jak wykonawca RECULT przyjął z resztą Odwołujący, albowiem zaoferowana przez niego cena 40 000 zł 00 gr również jest na niskim poziomie i bez sfinansowania całego przedsięwzięcia ze sprzedaży odpadów nie pozwoliłaby na opłacenie kosztów zamówienia, a co dopiero na osiągnięcie choćby minimalnego zysku. Do tego wykonawca RECULT odniósł się szczegółowo do wszystkich aspektów wyceny oferty, które ustawodawca wymienił przykładowo w art. 224 ust. 3 ustawy PZP, w tym m. in. wskazał na zgodną z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa z zakresu minimalnego wynagrodzenia za pracę stawkę godzinową wynagrodzenia za pracę członków swojego zespołu dedykowanych do realizacji zamówienia. Także oszacowana przez niego stawka wynagrodzenia w wysokości 120 zł 00 gr za przyjęcie 1m³ odpadów, przy założeniu że odpady o objętości 1m³ zgodnie z twierdzeniami uczestnika postępowania odwoławczego ważą średnio od 1 tony do 1,8 tony odpadów (czemu Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie, natomiast Izba uznaje ten fakt za przyznany zgodnie z regulacją art. 533 ust. 2 ustawy PZP), wygląda na stawkę realistyczną, zważywszy na złożone w sprawie dowody w postaci umów łączących wykonawcę RECULT z firmą PreZero Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Śląskim Centrum Recyklingu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i MPK Pure Home Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce.

Dodatkowo podnoszona przez wykonawcę RECULT okoliczność, że zaoferowana przez niego cena odzwierciedla aktualne trendy rynkowe w branży rekultywacji składowisk odpadów komunalnych znajduje potwierdzenie w dokumentach dołączonych przez niego do wyjaśnień (tj. protokołu z rozpoznania cenowego Gminy Cieszków i wykazu ofert złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Miejski w Świebodzicach), jak również w złożonych na rozprawie umowach o świadczeniu usług rekultywacyjnych zawartych przez wykonawcę RECULT z Gminą i Miastem Mikstat oraz z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej w Śremie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, co tym bardziej nakazuje uznać je za rzetelne i wiarygodne.

Mając powyższe na uwadze Izba nie uwzględniła zarzutu nr 1 odwołania, w którym zarzucono naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz art. 224 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi zaś, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odnosząc się do postawionego przez Odwołującego zarzutu nr 2 odwołania należy stwierdzić, że w zakresie tego zarzutu uzasadnienie odwołania jest szczątkowe. Odwołujący doszukuje się czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie swojego konkurenta w samym tylko zaoferowaniu ceny w wysokości 1 grosza oraz w tym, że jego zdaniem oferta z ceną 1 grosz skutkuje niemożnością wyegzekwowania przez Zamawiającego postanowień umownych w zakresie waloryzacji wynagrodzenia, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, rozliczeń częściowych, rozliczenia końcowego oraz kar umownych. Jednocześnie Odwołujący nie uzasadnił w ogóle, z jakimi przepisami prawa lub z którymi konkretnie dobrymi obyczajami oferta jego konkurenta jest sprzeczna, jak również w jaki konkretnie sposób miałyby ona naruszać interes innego przedsiębiorcy lub konsumenta. Brak jest też jakiegokolwiek argumentacji wskazującej na to, czy oferta złożona przez wykonawcę RECULT podpada pod chociaż jeden z czynów nieuczciwej konkurencji szczegółowo opisanych w art. 5-17g ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tak niedostatecznie uzasadnionego zarzutu odwołania Izba nie mogła pozytywnie rozpatrzyć. Wobec powyższego zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został przez Izbę oddalony.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 17 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Natomiast według regulacji art. 239 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1). Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

W tym zakresie zarzut nr 3 odwołania również nie został przez Izbę uwzględniony. Zgodnie z pkt 4.3.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przyjął następujące kryteria ofert w postępowaniu: cena (waga 60%), okres gwarancji (waga 30%) oraz doświadczenie (waga 10%). Odwołujący nie wykazał w ogóle w swoim odwołaniu, aby Zamawiający w toku postępowania przetargowego dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert. Sam wadliwy, według opinii Odwołującego, wybór oferty innego wykonawcy nie oznacza automatycznie, że doszło do naruszenia kryteriów oceny ofert i podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: