

WYROK

Warszawa dnia 6 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant:O.P.

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniu 29 kwietnia 2024r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2024 r. przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. 84-230 Rumia, ul. Dębogórska 148

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Miasto Reda 84-240 Reda, ul. Gdańska 33

przy udziale przystępującego: Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” sp. z o. o. 81-300 Gdynia, ul. Sportowa 8 **po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny w celu wyboru najkorzystniejszej oferty
 - 2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Miasto Reda 84-240 Reda, ul. Gdańska 33
i
 - 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. 84-230 Rumia, ul. Dębogórska 148
tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2.zasądza od **zamawiającego:** Gmina Miasto Reda 84-240 Reda, ul. Gdańska 33
na rzecz **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. 84-230 Rumia, ul. Dębogórska 148
kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
- Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2023 r. poz. 1605 z późn. 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:.....

uzasadnienie

Odwołanie z dnia 11 kwietnia 2024 r. dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętego przez zamawiającego i prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Redy w latach 2024 - 2026” (znak sprawy:1.ZF.PN.U.2024), wniesione zostało na czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jako podstawę prawną odwołania wskazano art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 a) ustawy z dnia 11 września 2019 r.. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021, poz. 1129 z późn. zmianami) zwanej dalej „ustawą Pzp”. Odwołanie wniesiono na czynność zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni zwaną dalej „przystępującym po stronie zamawiającego/ wykonawca wybranym/SANIPOR” z ceną wykonania przedmiotu zamówienia w wysokości 14.516.640,00 zł brutto.

Na czynność jako niezgodną z przepisami ustawy Pzp, zarzucono naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 i 6 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8) przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez SANIPOR i zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224, a w konsekwencji cena oferty SANIPOR jest ceną rażąco niską;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „uznk” i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SANIPOR pomimo, że została złożona w warunkach czynu

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, co również stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także stanowi naruszenie interesu innych wykonawców oraz zamawiającego;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 8) przez zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też przyjęcie przez Wykonawcę, założenia dotyczącego sposobu wykonania zamówienia i wyceny niezgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) oraz warunkami zamówienia;

4. art. 16 ustawy pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez brak odrzucenia oferty SANIPOR pomimo zaistnienia okoliczności, w skutek których oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a także z uwagi na żądanie zamawiającego przekazania dowodów braku rażąco niskiej ceny, które nie zostały przedstawione przez SANIPOR, a następnie brak weryfikacji tego faktu przez zamawiającego to zignorowanie braku przedłożenia żadnych dowodów i uznanie przez zamawiającego wyjaśnień wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawcy, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania;
3. odrzucenia oferty SANIPOR ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę, jak też założenia dotyczące sposobu wykonania zamówienia i wyceny są niezgodne z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia;
4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Cenę ofertową wykonawca przedstawia w złotych polskich z dokładnością co do dwóch miejsc po przecinku, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w swz, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia. Podana w ofercie cena brutto musiała uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w swz, obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia, a także obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez wykonawcę z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia i uwzględniać wszystkie czynności związane z prawidłową, terminową realizacją przedmiotu zamówienia, a także należny podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

5. W Rozdziale III pkt 4 SWZ Zamawiający dokonał opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert do których należały między innymi:

a.Kryterium cena - 60 % wartości zamówienia (brutto) (z zastosowaniem wzoru);

b.Kryterium wpływ na środowisko - 40 % - ocenie zamawiającego podlegała odległość wybranej przez wykonawcę i wskazanej w jego ofercie (Formularz oferty) instalacji komunalnej, do której kierowane będą odpady zmieszane (niesegregowane). Odległość miała być mierzona jako trasa przejazdu samochodu od wyznaczonej lokalizacji w danym sektorze wskazanej w swz (środek sektora) do instalacji po drogach publicznych. Punkty były przydzielane zgodnie z tabelą zamieszczoną przy kryterium, wykonawcy mogli uzyskać od 0 do 40 pkt.

4. Zamawiający wskazał, iż ocena wartości zamówienia to liczba punktów uzyskanych w zakresie dwóch kryteriów przyznanych Wykonawcy w procedurze oceny oferty przetargowej. Najwyższa liczba punktów uzyskanych przez Wykonawcę stanowi ofertę najkorzystniejszą, a tym samym wybraną przez zamawiającego.

5. W postępowaniu o numerze 1.ZF.PN.U.2024, otwarcie ofert miało miejsce 19.03.2024 r., a budżet zamawiającego wynosił 24 723 300,00 zł brutto. W terminie składania ofert następujący Wykonawcy złożyli swoje oferty:

a) SANIPOR: 14.516.640,00 zł - 60 pkt, wpływ na środowisko 40 pkt; razem 100 pkt;

b) odwołujący cena: 16.381.200 zł - 53,40 pkt, wpływ na środowisko - 40 pkt; razem 93,40 pkt;

6. Z uwagi na fakt, że cena zaproponowana przez wykonawcę była niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o vat, zamawiający wezwał SANIPOR do złożenia wyjaśnień wraz z niezbędnymi dowodami w przedmiocie rażąco niskiej ceny w dniu 20.03.2024 r., a wykonawca ustosunkował się do pisma zamawiającego i złożył odpowiedź w dniu 23 marca 2024 roku.

Dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 20.03.2024 r.,

wyjaśnienia SANIPOR z dnia 23.03.2024 r.,

7. Odwołujący w tym miejscu jedynie zauważa, że brzmienie art. 224 ust. 1 Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na Wykonawcy. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17, zgodnie z którym „To na Wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego Wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi dowodami, co wynika z zacytowanego wyżej art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 9339 ze zm.)”. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

8. To na Wykonawcy ciąży obowiązek przekonania Zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena jest wystarczająca dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. To, że pewne, kategorie kosztów określone są z góry (np. rozporządzenie dotyczące płacy minimalnej), nie oznacza, że dany oferent skalkulował te koszty w takiej właśnie wysokości. Temu właśnie służą przepisy o odrzucaniu ofert z powodu rażąco niskiej ceny, by takich sytuacji unikać (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2023 r., KIO 500/23).

9. Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego Wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym Wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez Wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

10. Tym samym Wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ustawodawca wprowadził w tym zakresie odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to Wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień i stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli Wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli Wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu. wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał Wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc.) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2023 r., KIO 442/23).

11. Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie Zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które Wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza stanowisko prezentowane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie.

12. „W przepisie mowa jest o «wykazaniu», czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności Wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia Wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie Zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację

robót) usług, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem Wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi - w zależności od rodzaju zamówienia i treści wyjaśnień - mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy o pracę, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2020 r., KIO 2664/19).

13.SANIPOR zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, że zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które zaniżenie ceny oferty usprawiedliwiają. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Zgodnie bowiem z wezwaniem z dnia 20.03.2024 r Zamawiający zażądał przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych. Wyjaśnienia miały uwzględniać koszty pracy zgodnie z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Ponadto wyjaśnienia mogły dotyczyć w szczególności kwestii przewidzianych w art. 224 ust. 3 Pzp.

14. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 23 marca 2024 r. wykonawca posłużył się wieloma ogólnikami, które nie sprostaly obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. W zakresie czynników cenotwórczych wykonawca ograniczył się do wskazania, że są to wynegocjowane ceny paliw, własna baza transportowa, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i inne. Do wyjaśnień nie złożono jednak ani jednej przykładowej oferty z preferencyjną stawką ceny paliwa bądź utylizacji odpadów, czy wykazu co wchodzi w skład floty transportowej Wykonawcy. Ponadto wykonawca powołuje się, że posiada własne zaplecze techniczne, sprzęt oraz urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia jednak nie precyzuje, co się na nie składa i o ile obniża to rzeczywistą cenę, w tym wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, że takowe zaplecze czy też sprzęt posiada. Wykonawca zadeklarował również, że posiada system zarządzania jakością, który pozwala na obniżenie kosztów pracy pracowników jednak wciąż stosuje retorykę opartą na zapewnieniach i oświadczeniach nie posługując się żadnymi wiarygodnymi dokumentami w tym zakresie. **Wykonawca dokonując obliczeń operuje wartościami, które nie są możliwe w żaden sposób do zweryfikowania.** Nie ma żadnych podstaw aby przyjąć, że dane podane w wyjaśnieniach mają jakiegokolwiek oparcie w rzeczywistych cenach i kwotach. Ponownie Wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów, które uprawdopodobniłyby ceny worków oferowanych przez dostawcę Wykonawcy w postaci jakiegokolwiek umowy z dostawcą tychże. **Przedstawienie zaś jednej faktury na wcześniejszy zakup worków dla potrzeb zapewne innej realizowanej usługi nie stanowi faktu zagwarantowania ceny worków dla potrzeb niniejszego Zamówienia.** Wykonawca nie sprecyzował co składa się na koszty pozostałe i jakie ewentualne wydatki miałyby ulec pokryciu z tych środków. Nie można zatem uznać aby wyjaśnienia Wykonawcy zarówno pierwotne, jak i te, złożone na kolejne wezwanie, były wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

15.Odnosząc się bezpośrednio do treści samych wyjaśnień, odwołujący stoi na stanowisku, że przedstawiona przez SANIPOR cena za realizację usługi wywozu odpadów z Gminy Miasto Reda przez okres 24 miesięcy jest poniżej kosztów (rażąco niska cena) z powodu szacowania sumy przychodów na bazie nieprawidłowych danych, a także braku uwzględnienia istotnych pozycji kosztowych w przedstawionej kalkulacji oraz nierzetelnego lub nieprawdziwego deklarowania i wyliczania kluczowych pozycji kosztowych. W przedstawionych wyjaśnieniach pominięto lub w wyraźny sposób nie doszacowano istotnych kosztów związanych z realizacją umowy. Są to głównie:

a. Koszt systemu RFID - zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia - Załącznikiem nr 1 do SWZ, Rozdział VII pkt. dotyczącym wymagań w zakresie wyposażania pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych w transpondery RFID. Wszystkie pojemniki na odpady, w które Wykonawca wyposażać będzie właścicieli nieruchomości, muszą posiadać transponder RFID kompatybilny z systemem identyfikacji pojemników zainstalowanym w pojazdach Wykonawcy odbierających odpady komunalne. System do identyfikacji pojemników musi umożliwiać przypisanie pojemników do konkretnej frakcji odpadów i miejsca gromadzenia odpadów. Dodatkowo stosownie do wymagań zamawiającego każdy pojazd realizujący umowę musi być wyposażony w system identyfikacji/rejestracji odbioru pojemników na odpady wraz z systemem kamer rejestrujących pracę pojazdów. W wyjaśnieniach z dnia 23 marca 2024 roku SANIPOR w żaden sposób nie wykazał sposobu poniesienia tego kosztu ani nie ujął go w kosztach oferty. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że SANIPOR nie posiada takiego rozwiązania w swojej flocie pojazdów, a tym samym jest zobligowany do poniesienia kosztu wyposażenia pojazdów w powyższe. Oferowane na

rynku rozwiązania m.in. Elte czy XTrack to koszt około 20-30 tys. złotych jednorazowo (za jeden pojazd) do którego należy doliczyć wydatki abonamentowe. Elementem systemu są również chipy montowane na każdym pojemniku (ponad 8,5 tys. szt.), których cena oscyluje między 1,2 a 2 euro. Dla przyjętej przez SANIPOR liczby pojazdów, którymi Wykonawca planuje realizować umowę, koszty systemu RFID powinny zamknąć się w kwocie około 250 tys. złotych powiększone o około 10-12 tys. złotych w związku z koniecznością chipowania pojemników na odpady. Należy stwierdzić, że SANIPOR nie uwzględnił tej pozycji w kosztorysie.

b.Koszt pojazdów - Wykonawca wskazał, że umowę obsługiwać będzie 10 pojazdów, a jednocześnie SANIPOR nie wskazuje kosztów utrzymania samochodów zostało połączone z kosztem dyspozytora i „innymi” i ma stanowić łączną roczną kwotę 382.000 zł. Powyższe wyjaśnienia są tym samym zbyt ogólne, aby móc w ogóle uznać wyjaśnienia za wiarygodne. Gdyby opierając się na kosztach ponoszonych przez Odwołującego uznać, iż koszt dyspozytora to 9.000 zł brutto miesięcznie, tym samym koszty utrzymania samochodów należałoby ustalić na roczną kwotę 274.000 zł co daje miesięcznie 22,833 złotych (2.284 złotych za pojazd). Z załącznika nr 11 do SWZ - „Wykaz narzędzi” SANIPOR sam przyznaje, że podstawą dysponowania siedmiu z dziesięciu pojazdów przeznaczonych do realizacji zadań objętych przedmiotem zamówienia jest leasing a tym samym kwota przewidzianych kosztów jest niewiarygodna. Odwołujący podkreśla, że pojazdy do realizacji zamówienia mogą być wykorzystywane tylko i wyłącznie do tego zadania i nie mogą być wykorzystywane przez wykonawcę do innych części niniejszego postępowania czy też innych umów. Wykonawca nie wyjaśnił również, czy w podanej kwocie ujęte są koszty serwisu i napraw pojazdów, które nawet przy nowych pojazdach się pojawiają (przeglądy gwarancyjne), ubezpieczeń, opłat eToll.

c. Koszt paliwa - brak ich ujęcia w kalkulacji ceny - Wykonawca ograniczył się jedynie do wzmianki o kosztach poniesionych na zakup paliwa w grudniu 2023 roku i gołosłownym stwierdzeniu o rabatach uzyskiwanych od stałego dostawcy. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, w tym umów długoterminowej dostawy paliwa, obowiązujących go rabatów, a tym samym ewentualnych oszczędności jakie miałyby z tego tytułu osiągnąć. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, SANIPOR wskazał jedną śmieciarkę zeroemisyjną, napędzaną gazem. SANIPOR całkowicie pominął koszt napełniania tej śmieciarki gazem.

d.Koszt wynagrodzeń pracowników - w wyjaśnieniach Wykonawcy brak jest informacji o pracownikach nadzoru (dyspozytor) jak i fakt, iż w kalkulacji również nie ujęto wynagrodzeń pracowników wsparcia, dedykowanych do stałej obsługi rejonu i wykonywania czynności porządkowych m.in. wymiany pojemników, chipów czy realizacji reklamacji.

f. Koszt związany z rezerwą finansową na ewentualne kary umowne - nie został uwzględniony w kalkulacji, a zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ - projekt umowy w myśl § 12 projektu umowy Zamawiający przewidział, aż 38 przypadków możliwości naliczenia kary umownej.

g. Koszt związany z utylizacją odpadów budowlanych - SANIPOR w złożonych w dniu 23 marca 2024 roku wyjaśnieniach wskazał jako cenę utylizacji, odpadów komunalnych budowlanych w wysokości 208,18 zł za tonę. Koszt utylizacji odpadów komunalnych został przez SANIPOR skalkulowany wg ceny za utylizację obowiązującą w zakładzie Eko Dolina spółka z o.o. co wynika z załączonego do wyjaśnień przez tego Wykonawcę cennika Eko Dolina spółka z o.o. Należy podnieść, iż z załączonego cennika w zakresie utylizacji odpadów budowlanych nie znajduje się cena wskazana przez SANIPOR. Wg cennika Eko Dolina przyjmuje do utylizacji ustępujące odpady budowlane:

Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów - cele technologiczne 51,09 zł

Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów -kruszenie 44,91 zł

Gruz ceglany - cele technologiczne 57,31 zł

Gruz ceglany – kruszenie 51,09 zł

Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia – cele technologiczne 89,80 zł

Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia – kruszenie 61,94 zł

Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia 86,70 zł.

Zmieszane odpady budowy, remontów i demontażu 634,54 zł

Zasadą przy odbiorze odpadów komunalnych jest stosowanie stawki wg kodu 17 09 04 FOF przy stawce 634,54 zł.

Tym samym jeżeli nie istnieje w instalacji komunalnej stawka zaproponowana przez SANIPOR tym samym jego oferta jest niewiarygodna.

W świetle zaistniałego stanu faktycznego jak najbardziej zasadnym jak i koniecznym jest przeprowadzenie weryfikacji ceny zaoferowanej przez SANIPOR, zgodności oferty tego wykonawcy z treścią SWZ jak i możliwości realizacji zamówienia. Należy z całą mocą stwierdzić, iż Wykonawca nie udowodnił w sposób wiarygodny - w postaci dokumentu, zaświadczeń, wycen - żadnego z zaproponowanych w ofercie kosztów. Ponadto, jak wskazano powyżej liczne istotne dla realizacji zamówienia wydatki i koszty zostały przez SANIPOR pominięte co w sposób oczywisty zaniżyło cenę proponowaną przez tego oferenta. Wykonawca mimo wezwania ze strony zamawiającego w tym przedmiocie nie przedstawił żadnej rzetelnej informacji, która obaliliby domniemanie rażąco niskiej ceny. W tym kontekście należy podkreślić, że skoro wykonawca nie podołał obaleniu domniemania to jego oferta winna podlegać odrzuceniu.

16. Obowiązkiem zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia, przepisami Pzp oraz prawa powszechnie obowiązującego, z poszanowaniem zasady równego traktowania i konkurencji, a także konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymienianych jedynie wysokość ponoszonych kosztów bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami.

2) Brak wyceny i uwzględnienia kosztów o których mowa w pkt. 17 odwołania spełnia warunki zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „uznk” i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SANIPOR pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też przyjęcie przez wykonawcę założenia dotyczącego sposobu wykonania zamówienia i wyceny niezgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) oraz warunkami zamówienia;

17. W złożonych przez SANIPOR wyjaśnieniach w dniu 23 marca 2024 roku Wykonawca ten wskazał, iż „koszt utylizacji makulatury wynosi 0 zł, ponieważ spółka sprzedaje papier do firmy FOX Recykling”. Odwołujący podnosi, iż stosownie do OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ w Rozdziale I pkt 8 Zamawiający jako warunki wykonywania przedmiotu umowy wskazał, że: „Wykonawca jest obowiązany przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych selektywnie zebrane (segregowane) odpady komunalne do instalacji do odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami ustawy o odpadach lub samodzielnego zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W przypadku niewielkich (do 3% całości) ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych nie podlegających przekazaniu do instalacji komunalnej możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Dane adresowe instalacji komunalnej należy wskazać w umowie”.

Podnieść należy, iż przedmiotowy zapis OPZ wynika z treści art. 6d ust 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) stanowiącego *lex specialis* do przepisów ustawy pzp, a który brzmi:

„4. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: (...)

5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;”.

Wszelchstronną wykładnię przepisu art. 6d ust 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO nr 515/23 z 14 marca 2023 roku. Stwierdzono tam w szczególności, jak należy rozumieć pojęcie „niewielkich ilości w szczególności posługując się odpowiedzią na interpelację nr 32130 w sprawie nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach” (Odpowiadający: podsekretarz stanu w Ministerstwie Środowiska J.O. Warszawa, 06-05-2015), gdzie stwierdzono, iż w opinii resortu środowiska sformułowanie „niewielkie ilości” powinno zostać określone indywidualnie przez gminę, biorąc pod uwagę m.in. całkowitą masę wytwarzanych w danej gminie odpadów, koszty transportu, organizację systemu odbierania odpadów komunalnych. Odpady selektywnie zebrane, jeżeli nie są zanieczyszczone innymi odpadami mogą stanowić surowiec nadający się do recyklingu. Nie w każdym regionie lub województwie istnieją zakłady recyklingu (np. papiernia czy huta szkła), dlatego też, aby obniżyć koszty transportu ustawodawca wskazał możliwość przekazywania odpadów podmiotowi zbierającemu odpady. KIO, mając na uwadze brak jednoznacznego określenia jak należy rozumieć pojęcie niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, uznała, iż należy posłużyć się powyższą odpowiedzią na zgłoszoną interpelację. Tym samym wg KIO z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że taka informacja powinna zostać określona przez gminę, co oznacza, że to po stronie Zamawiającego, który opisuje przedmiot zamówienia w określonych realiach, pozostaje wskazanie jak należy rozumieć niewielkie ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych.

18.W realiach niniejszej sprawy należy wskazać, iż w wyjaśnieniach z dnia 23 marca 2024 roku, SANIPOR wskazał, iż wielkość makulatury, którą zamierza SANIPOR przekazać do firmy Fox Recycling to 602,03 tony. Biorąc pod uwagę fakt, iż szacowana, całkowita wielkość odpadów odbieranych przez wykonawcę wynosić będzie 10.024,57 tony. Tym samym wielkość papieru oddawana do podmiotu zbierającego te odpady, stanowić będzie około 6% całości odpadów, w sytuacji, w której Zamawiający wyraźnie przewidział, iż górną granicą odpadów oddawanych do podmiotu zbierającego te odpady jest 3%.

19.Tyma samym posługując się w sposób odpowiedni treścią uzasadnienia do wyroku KIO nr 515/23 z 14 marca 2023 roku należy stwierdzić, iż skoro Zamawiający jednoznacznie określił jak należy rozumieć „niewielkie ilości” to słusznym i jedynym wnioskiem jest stwierdzenie, że Zamawiający nie dopuszcza przekroczenia maksymalnej wielkości „niewielkich ilości”. Skoro bowiem Zamawiający skorzystał z uprawnienia dopuszczenia możliwości wskazania podmiotu zbierającego odpady selektywnie zbierane a jednocześnie wskazał w sposób nie budzący wątpliwości maksymalną wielkość tak oddawanych odpadów powoduje, że nie ma możliwości zbadania ceny oferty SANIPOR, ze względu na fakt, iż niemożliwe do ustalenia są rzeczywiste koszty odbioru i zagospodarowania odpadów. Brak wskazania kosztów zagospodarowania poszczególnych odpadów selektywnie zbieranych nie zostaje wykazany w żaden sposób podaniem globalnych kwot za zagospodarowanie odpadów i nie uzasadnia ceny oferty w także w przypadku przekroczenia wartości możliwych do przekazania do podmiotu zbierającego te odpady a tym samym nie wskazania instalacji komunalnej do której odpady te będą oddawane. Posługując się w sposób adekwatny ww wyrokiem KIO należy wskazać, iż to wykonawca ten nie przedstawił wymaganych informacji odnośnie instalacji, w których zagospodarowywane będą odpady selektywnie zbierane to jest papier. Natomiast ujęcie i skalkulowanie w cenie ofertowej podmiotu zbierającego odpady selektywnie zbierane, które to rozwiązanie nie zostało przewidziane przez Zamawiającego również nie pozwala na zweryfikowanie prawidłowości ceny oferty, bowiem ujęty w niej jest przedmiot niezgodny z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia zostały określone w szczególności w OPZ, gdzie Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazał górną granicę „niewielkich ilości” wynikających z art. 6d ust 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a jej przekroczenie stanowi jaskrawy przykład naruszenia warunków zamówienia, co winno skutkować zgodnie z art 226 ust. 1 pkt 5) pzp odrzuceniem oferty.

20. Zarzut prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

1. Konsekwencją działania zamawiającego, przejawiającą się w zaniechaniu odrzucenia oferty SANIPOR z przedmiotowego postępowania, było wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. z naruszeniem art. 16 Pzp.

2. Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Prawie zamówień publicznych zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze

względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania.

3. W orzecznictwie podkreśla się, że „na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji (Wyrok WSA w Warszawie z 25 sierpnia 2017 r., Sygn. akt VIII SA/Wa 13/17).

Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, ponieważ nie ma możliwości wykonania zamówienia w cenie zaoferowanej przez SANIPOR, jak i fakt złożenia oferty niezgodnie z warunkami zamówienia to w konsekwencji:

1) albo oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wykonaniu usługi poniżej ceny rynkowej;

2) albo Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z SWZ, gdyż wycenił i zaoferował inny zakres prac, niż przewidziany przez Zamawiającego w SWZ,

W związku z powyższą argumentacją, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki: 1) Odpis KRS Odwołującego; 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania; 3) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa; 4) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu; 5) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej; 6) wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 20.03.2024 r., 7) wyjaśnienia SANIPOR z dnia 23.03.2024 r.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO z dnia 26 kwietnia 2024r.

Na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) - dalej zwana: ustawą Pzp, zamawiający odpowiada na odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Rumi w dniu 11 kwietnia 2024 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Redy w latach 2024-2026” i wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości,

2. obciążenie odwołującego kosztami postępowania i nakazanie odwołującemu zwrot kosztów postępowania na rzecz zamawiającego, zgodnie z normami przepisanyymi

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie zamawiającego

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Redy w latach 2024-2026, działając zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Przystępującego, tj. PRSP „Sanipor” sp. z o.o. z siedzibą w Gdynia. Odwołujący we wniesionym odwołaniu z dnia 11 kwietnia 2024 r. postawił zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1.art. 224 ust. 1 i 6 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez SANIPOR i zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 Pzp, a w konsekwencji cena oferty SANIPOR jest ceną rażąco niską;

2.art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „uznk” i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SANIPOR pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, co również stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także stanowi naruszenie interesu innych wykonawców oraz zamawiającego;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 8) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, iż wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też przyjęcie przez wykonawcę założenia dotyczącego sposobu wykonania zamówienia i wyceny niezgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) oraz warunkami zamówienia ;

4.art. 16 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez brak odrzucenia oferty SANIPOR pomimo zaistnienia okoliczności, w skutek których oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona przez zamawiającego, a także z uwagi na żądanie przez zamawiającego przekazania dowodów braku rażąco niskiej ceny, które nie zostały przedstawione przez SANIPOR, a następnie brak weryfikacji tego faktu przez zamawiającego (zignorowanie braku przedłożenia żadnych dowodów) i uznanie przez zamawiającego wyjaśnień wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawcy, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na wstępie zaznaczyć należy, że w przedmiotowym stanie faktycznym po ocenie wyjaśnień i dowodów otrzymanych od przystępującego w trakcie procedury wyjaśniania cen w złożonych ofertach zamawiający uznał, że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odnosząc się do zarzutów odwołującego, należy podnieść co do następujących zakwestionowanych kosztów:

1)Koszty RFID - w celu weryfikacji prawidłowo realizowanej usługi zamawiający od kilku lat wymaga aby wykonawcy wyposażali pojemniki w chipy RFID, a samochody w ich czytniki - ponieważ spółka SANIPOR od kilku lat odbiera odpady z terenu Gminy Miasto Reda Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawcy za wystarczające. Należy zaznaczyć, że odwołujący nie wykazał, że posiada tego typu urządzenia, co pozwala domniemywać, że nie jest w stanie wyposażyć wymaganej przez zamawiającego liczbę pojemników w chipy RFID w podanej przez Odwołującego cenie;

2)Koszt pojazdów - w Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał od Wykonawców posiadania 5 pojazdów w tym jednego zasilanego paliwem alternatywnym zgodnie z ustawą ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych; zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia warunek zostanie uznany na spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje parkiem maszynowym spełniającym podane niżej kryteria:

a)pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych, co najmniej 2 pojazdy bezpyłne z grzebieniowym i widłowym mechanizmem załadowniczym, funkcją kompaktującą 3x, w tym jeden musi spełnić wymogi w zgodne z wymogami określonymi w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych

b)pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - co najmniej 2 pojazdy przeznaczone do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych

c)pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych - wielkie gabaryty, co najmniej 1 pojazd

d)pojazd przystosowany do odbioru gruzu betonowego z rozbiórek i remontów - 1 pojazd umożliwiający odbiór gruzu w worku typu big-bag lub innym pojemniku.

Dodatkowo w Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający dopuszcza, aby jeden pojazd posiadał więcej niż jedną funkcję (np. odbiór odpadów wielkogabarytowych i worków typu big-bag) przez co zdaniem Zamawiającego maksymalna liczba pojazdów użytych do realizacji usługi nie powinna przekroczyć 5 sztuk.

3)Koszt paliwa - w chwili publikacji ogłoszenia o Zamówieniu Publicznym zamawiający nie miał wiedzy w przedmiocie cen zakupu paliw przez wykonawców, a jedynym dostępnym źródłem wiedzy dla Zamawiającego jest strona PKN ORLEN zawierająca historyczne ceny paliw. Podczas sporządzania szacunków zamawiający przyjął okres od 1 stycznia 2023 roku do 1 lutego 2024 roku, w którym to średnia cena 1000l paliwa wynosiła 5.155 zł netto. Dodatkowo w podanym wyżej terminie mieliśmy do czynienia z tendencją zwyżkową. Warto zauważyć, że w terminie składania ofert tj. od 1 lutego 2024 roku (tj. w dniu ogłoszenia niniejszego zamówienia) do 19 marca (dzień otwarcia ofert) wg danych PKN Orlen średnia cena za 1000 litrów wynosiła 5.054 zł netto - jej średnia cena była o 101 zł netto za 1000 litrów. Należy dodać, że w ostatnim okresie rynek paliw w Polsce cechują duże wahania cen, w związku z tym zamawiający może mieć trudności z oszacowaniem wpływu kosztów paliwa na koszt realizacji umowy. Biorąc pod uwagę w/w dane koszt paliwa zdaniem zamawiającego nie powinien utrudniać czy wręcz uniemożliwiać realizację zadania w podanych przez przystępującego kwotach.

4)Koszt wynagrodzeń - w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający żądał, aby wykonawcy zatrudniali swoich pracowników realizujących niniejszą usługę na umowę o pracę i płacili im zgodnie z obowiązującymi przepisami m.in. o płacy minimalnej, czy nadgodzinach. zamawiający uznał, że skoro przystępujący podał w ofercie cenę za wykonanie całości usługi tzn., że uwzględnił w/w koszt.

5)Koszt związany z rezerwą finansową na ewentualne kary umowne - celem zamawiającego jest aby umowa odbioru odpadów była realizowana bez jakichkolwiek problemów, a nie wykorzystywanie potknięć wykonawcy celem nałożenia

kar umownych. Zamawiający nie ukrywa, że przez 9 lat realizacji umowy nałożył na spółkę SANIPOR 3 kary umowne na niewielkie kwoty. Zamawiający uważa, że o konieczności utworzenia rezerwy finansowej na ewentualne kary umowne decyduje wykonawca przez swoją rzetelną lub nierzetelną pracę.

6) Koszt związany z utylizacją odpadów worków budowlanych - W opisie przedmiotu zamówienia podano kody i rodzaje odpadów oraz łączną wagę odpadów budowlanych, które najczęściej są wyrzucane w ramach worków big-bag. Należy dodać, że Zamawiający od 1 grudnia 2023 roku wprowadził wniosek dla mieszkańców (znajdujący się na stronie internetowej Zamawiającego), w którym określa rodzaje odpadów budowlanych, które odbiera od mieszkańców, a analiza cennika odpadów, który prowadzi EKO-DOLINA jednoznacznie wskazuje, że w workach typu big-bag mieszkańcy mogą oddać odpady z grupy 17 01, których cena, wg cennika określonego w uchwale nr 17/2023 Zgromadzenia Wspólników EKO-DOLINA Sp. z o.o z dnia 11 września 2023 roku nie przekracza 100 zł netto za Mg.

7) Ceny worków - od 1 kwietnia 2022 roku na mocy uchwały NR XXXVIII/390/2021 Rady Miejskiej w Redzie z dnia 28 października 2021 r. Wykonawca dostarcza mieszkańcom ograniczoną liczbę worków, na odpady zbierane na selekty co wpływa na całkowity koszt realizacji umowy.

Wobec powyższego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, gdyż jest oczywiście bezzasadne.

PRZYSTĘPUJĄCY ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE dnia 24 kwietnia 2024r.

Działając w imieniu Przystępującego wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania w całości na posiedzeniu niejawnym, względnie o oddalenie odwołania w całości,
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania i nakazanie odwołującemu zwrot poniesionych kosztów postępowania na rzecz przystępującego, zgodnie z normami prawem przepisanyymi.

1. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Redy w latach 2024-2026, w którym to postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, którzy zaoferowali następujące ceny:

1. PRSP „Sanipor” sp. z o.o. Gdynia: 711,60 cena jednostkowa; 14.516.640,00 zł cena brutto

2. PUK sp. z o.o. Rumia: 803,00 cena jednostkowa; 16.381.200,00 zł cena brutto.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 24.723.300,00 zł brutto.

Zamawiający wezwał ww. Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Wyjaśnienia od wszystkich wykonawców otrzymał w terminie. W wyniku ich oceny dokonał wyboru oferty Przystępującego, który w przeciwieństwie do Odwołującego, wyjaśnił precyzyjnie przeprowadzoną kalkulację i przedłożył dowody na uzasadnienie zaoferowanej ceny. ODWOŁUJĄCY NIE PRZEDŁOŻYŁ ŻADNYCH DOWODÓW.

2. Zarzuty Odwołującego. W tym stanie faktycznym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) Naruszenie przepisów o ocenie wyjaśnień ceny rażąco niskiej, wywodząc, że zamawiający powinien był odrzucić ofertę Sanipor jako ofertę, co do której wykonawca ten uchybił obowiązkowi wyjaśnienia oraz złożył ofertę z ceną rażąco niską (art. 224 ust. 1 i 6 oraz art. 226 ust 1 pkt 5 i 8 Pzp) [zarzut 1 i 3 odwołania].
- 2) Naruszenie przepisów o odrzuceniu oferty, w sytuacji gdy oferta Sanipor stanowi czyn nieuczciwej konkurencji gdyż zawiera rażąco niską cenę (art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp) [zarzut 2 odwołania].
- 3) Naruszenie art. 16 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców [zarzut 4 odwołania].

3. Zarzuty Przystępującego w odniesieniu do odwołania

Mając na uwadze treść odwołania zarzucam Odwołującemu:

- 1) naruszenie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), przez niewykazanie przez odwołującego, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ewentualne późniejsze wykazywanie należy uznać za spóźnione i niedopuszczalne);
- 2) naruszenie art. 5 k.c., przez działanie sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i z zasadami współżycia społecznego polegającym na tym, że przedmiotowym odwołaniem faktycznie zmierza do unieważnienia

postępowania, aby obecnie po poznaniu cen konkurenta, w ewentualnym nowym postępowaniu zastosować niższą cenę niż zaoferowana obecnie przez przystępującego, albowiem wie, że sam na wezwanie zamawiającego nie wyjaśnił precyzyjnie przeprowadzonej kalkulacji i nie przedłożył żadnych dowodów na uzasadnienie zaoferowanej ceny i przy ewentualnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Przystępującego, podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert, jego oferta zostanie odrzucona;

3) niezasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Ad. 1). Naruszenie art. 505 ust. 1 Pzp

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 505 ust. 1 pzp, należy wskazać, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w odwołaniu, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z obowiązującą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej „Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 p.z.p. zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów” (zob. wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2023 r., KIO 798/23).

Analogicznie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w wyroku z dnia 27 marca 2023 r., KIO 540/23 stwierdzając, że „Kluczowe jest, aby wnoszący odwołanie wykonawca mógł (jak wymaga tego art. 505 ust. 1 p.z.p.) wykazać że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz wskutek wadliwych (skarżonych) czynności Zamawiającego poniósł lub może ponieść szkodę. Brak wykazania tych elementów skutkuje oddaleniem odwołania, nawet jeżeli merytorycznie byłoby ono zasadne”.

W odwołaniu na próżno szukać jakiegokolwiek argumentacji zmierzającej do wykazania przez odwołującego spełnienia przesłanki o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, co tym samym potwierdza brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp.

Interes podmiotu korzystającego ze środka ochrony prawnej w ujęciu wskazanego przepisu stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia środka ochrony prawnej, zatem musi on zostać wykazany na etapie wnoszenia danego środka, bowiem legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu uczestnikowi postępowania, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym stosowany jest środek ochrony prawnej. Wnoszący odwołanie nie może powoływać się zatem na interes hipotetyczny.

Wobec faktu, że odwołanie dotyczy kwestii prawidłowości dokonania oceny złożonych ofert, to odwołujący powinien w uzasadnieniu odwołania wskazać nie tylko na czym uchybienia zamawiającego przy jej dokonywaniu polegały ale także w jaki sposób powinna zostać oceniona jego oferta. Następnie powinien wykazać, że przy dokonanej prawidłowo ocenie jego oferty miał on szanse uzyskać więcej punktów niż oferta uznana za najkorzystniejszą. Tego odwołujący w odwołaniu nie uczynił. Nadto, należy mieć na względzie, że przy ewentualnej nowej ocenie ofert odwołującego zostałaby odrzucona z uwagi, że nie przedłożył żadnych dowodów na prawidłowość zaoferowanej ceny, a w tym nie sposób znaleźć wyjaśnień w jego ofercie w kontekście takich elementów cenotwórczych, które sam zarzucił przystępującemu w odwołaniu, a to z kolei prowadzi wprost do przyjęcia, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania. Nadal bowiem jest bez szans na uzyskanie zamówienia.

Powyższe winno skutkować odrzuceniem odwołania w całości na posiedzeniu niejawnym (art. 529 ust. 1 pzp).

Ad. 2). Naruszenie art. 5 k.c.

Jak zostało podniesione powyżej przy omawianiu zarzutu na ruszenia art. 505 ust. 1 pzp, odwołujący wie, że sam na wezwanie zamawiającego nie wyjaśnił precyzyjnie przeprowadzonej kalkulacji i nie przedłożył żadnych dowodów na uzasadnienie zaoferowanej ceny i przy ewentualnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty przystępującego, podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert, jego oferta zostanie odrzucona. Już na tzw. pierwszy rzut oka, bez dogłębnej analizy i oceny wyjaśnień odwołującego dostrzegalne jest, że wyjaśnienia odwołującego zawarte w piśmie z dnia 22 marca 2024 r. są całkowicie gołosłowne i niepoparte żadnymi konkretnymi dowodami, a przy tym nie sposób ustalić w oparciu o jakie konkretne dane przeprowadzono proces kalkulacji.

Powyższe dowodzi, że cel niniejszego postępowania odwoławczego jest sprzeczny z art. 5 k.c., gdyż tego typu działanie

odwołującego jest działaniem sprzecznym ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i z zasadami współżycia społecznego polegającym na tym, że przedmiotowym odwołaniem faktycznie zmierza do unieważnienia postępowania, aby obecnie po poznaniu cen konkurenta, w ewentualnym nowym postępowaniu zastosować niższą cenę niż zaoferowana obecnie przez przystępującego.

Odwołujący pomija fakt, że unieważnienie postępowania, na które de facto liczy, nie oznacza automatycznego rozpoczęcia nowego postępowania, dzięki czemu odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w nowym postępowaniu. Żaden przepis prawa nie przyznaje bowiem wykonawcy roszczenia o wszczęcie postępowania na nowo, a zamawiający może zrezygnować z udzielenia zamówienia lub zrealizować jego przedmiot własnymi siłami. Jak bowiem zauważyła KIO w wyroku z dnia 24 sierpnia 2018 r., KIO 1609/18: „Przez uzyskanie danego zamówienia rozumieć należy szanse na pozyskanie zamówienia, w wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Po unieważnieniu danego postępowania, wykonawca nie może mieć pewności wszczęcia kolejnego tożsamego postępowania, w którym udział miałby zapewniony”. To także potwierdza brak interesu odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania.

W wyroku KIO z dnia 10 lutego 2016 r., KIO 106/16 wyjaśniono, że „Interes wykonawcy musi być związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że ma potrzebę uzyskania zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Żądanie unieważnienia postępowania pozostaje w kolizji z możliwością uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Zawarte w art. 179 ust. 1 p.z.p. sformułowanie: «ma lub miał interes» nie oznacza możliwości udzielenia ochrony prawnej wykonawcom niezainteresowanym w dacie składania odwołania uzyskaniem danego zamówienia”.

W dacie składania odwołania odwołujący wie, że zamówienia nie uzyska. Potwierdza to jego dotychczasowy sposób postępowania znany także dla KIO. Otóż, jego oferta została odrzucona także przez zamawiającego Gminę Miasta Gdyni na podstawie analogicznych wyjaśnień jakie zostały złożone obecnemu zamawiającemu. KIO odwołanie Odwołującego od odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oddaliło w październiku 2023 r. Fakt ten dowodzi celu, jaki zatem chce osiągnąć odwołujący, tj. nie uzyskanie zamówienia w ramach niniejszego postępowania, lecz chce po tym jak już poznał cenę konkurenta, w ewentualnym nowym postępowaniu zastosować niższą cenę niż zaoferowana obecnie przez przystępującego.

Reasumując, skoro Odwołujący sam nie wyjaśnił, ani nie udokumentował w żaden sposób, że jego oferta jest rzetelna, to w myśl art. 5 k.c. nie może czynić ze swego prawa użytku, bowiem jest to sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Charakterystyczne jest, że odwołujący przyjął już w kalkulacji rzekome oszczędności, które miałby osiągać z tytułu tego, że jest w fazie realizacji inwestycji „Budowa nowej bazy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o.”, gdzie jednym z integralnych elementów na trzyhektarowej działce, będzie instalacja fotowoltaiczna (PV) zasilająca stację ładowania pojazdów elektrycznych. Tymczasem, planowany termin oddania nowej bazy to dopiero wrzesień 2024, który nadto nie wiadomo, czy w ogóle zostanie dochowany. Błędne było zatem powoływanie się na hipotetyczne oszczędności, które nie wiadomo w sposób pewny kiedy faktycznie nastąpią, a zamówienie będzie przecież już realizowane od 1 czerwca 2024 r.

Ad. 3). Niezasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu

Omówienie znajduje się poniżej w punkcie 4 niniejszego pisma.

3.Odniesienie się do zarzutów Odwołującego

Zarzut 1 i 3 zawarty w odwołaniu dotyczący rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu oferty złożył przystępujący i odwołujący, przy czym odwołujący nigdy nie świadczył usług na terenie objętym zamówieniem, a przystępujący świadczy usługi na rzecz zamawiającego nieprzerwanie od 1 stycznia 2016 r., tj. już 9 rok! Wyłącznie zatem przystępujący ma dokładną znajomość wszelkich uwarunkowań świadczenia usług na terenie objętym zamówieniem, w przeciwieństwie do odwołującego, który takiej wiedzy nie posiada.

W tym stanie rzeczy zamawiający miał pewność, że przystępujący zna dokładnie teren i podmioty, od których odbiera odpady, ma tam już umieszczone pojemniki spełniające wszelkie wymagania, posiada klucze do poszczególnych posesji i potrafi świadczyć usługi na jego terenie, a także zna z wieloletniego doświadczenia jakie ponosi koszty świadczonych usług z tego terenu.

Zamawiający uwzględnił powyższe okoliczności badając wyjaśnienia złożone przez wszystkich wykonawców w postępowaniu, w tym przez przystępującego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania zarzucił, że przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie sprecyzował poszczególnych elementów składających się na cenę, do czego przystępujący odniesie się zatem poniżej.

1) Koszty RFID.

Przystępujący nie musiał wykazywać kosztu nabycia RFID, ponieważ posiada już transporter RFID kompatybilny z systemem identyfikacji pojemników, jak również posiada chipy na wszystkich pojemnikach.

Zarzut w tym zakresie jest jeszcze o tyle niezrozumiały, że wymóg RFID obowiązuje od wielu lat i posiadanie RFID było wymagane w poprzednich przetargach, jak też w obecnie jeszcze realizowanym zamówieniu. Zamawiający zatem ma zweryfikowany ten fakt.

Tego typu urządzeń nie posiada Odwołujący, więc to Odwołujący był zobowiązany do wliczenia w ofercie tego kosztu oraz do wykazania dowodami faktu jego posiadania oraz kosztu zakupu pojemników i ich oczyszczenia i podstawienia, a tego nie uczynił.

Przykładowo można wskazać, że sam odwołujący określił ten koszt na łączną kwotę rzędu 316.550,00 zł, który po podzieleniu przez 20.400 planowanej ilości ton odpadów daje kwotę 15,52 zł, którą ewentualnie należałoby doliczyć do ceny za jedną tonę, co i tak stanowi kwotę niższą niż cena odwołującego.

2) Koszt pojazdów.

Rata leasingowa w ujęciu sprawozdań finansowych, czyli rachunku zysków i strat nie jest kosztem. Samochody ciężarowe Przystępujący część pojazdów finansuje w ramach leasingu od 3 lat przy wpłacie własnej, która wynosiła 40%, w związku z tym obecnie nawet odsetki są na niewielkim poziomie, ponieważ część rat została już spłacona. Prócz tego, z doświadczenia Przystępujący wie, że do obsługi terenu objętego zamówieniem faktycznie używa tylko 5 samochodów, dlatego koszt obejmuje 5 samochodów, które nie są w leasingu. Zamawiający nie wymaga, aby było używanych 10 samochodów. Ma jedynie posiadać taką ilość, która i tak nie musi być używana tylko do jednego zamówienia.

Nieprawdziwe jest także twierdzenie Odwołującego, że pojazdy do realizacji zamówienia mogą być wykorzystywane tylko i wyłącznie do tego zadania. Otóż, Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania do SIWZ odpowiedział na pytanie nr 17, które brzmiało: „Z czego wynika i jaka jest intencja zakazu wykonywania pojazdami innych umów i czy Zamawiający planuje jego uchylenie?”. Odpowiedź na to pytanie nr 17 była następująca:

„Zamawiający informuje, że związku z tym, że wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy będzie obliczane jako iloczyn jednostkowej podanej w ofercie jednostkowej stawki za 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych oraz ilości Mg faktycznie odebranych i przekazanych do zagospodarowania odpadów komunalnych, chcąc uniknąć mieszania odpadów odbieranych w ramach niniejszej umowy z odpadami odbieranymi z w ramach umów komercyjnych, wprowadzono wysoką karę za odbiór odpadów tym samym pojazdem i w tym samym czasie.

Nie ma przeszkód aby Wykonawca odbierał odpady od innych kontrahentów w dni, w które nie świadczy usług określonych przedmiotowa umowa w różnych dniach/tygodniach miesiąca ewentualnie innymi samochodami". (zob. <https://platformazakupowa.pl/transakcja/882530>).

Niezależnie od tego koszty zostały wyliczone następująco:

NrOkres	Koszt netto	rodzaj kosztu	wartość kosztu
1Styczeń	30 711,63	Części zamienne	6 191,89
	Opony	465,90	
	Naprawy zewnętrzne	5 838,26	
	Usługi obce	3 925,58	
	Dyspozytor	6 500,00	
	Pozostałe koszty	7 790,00	
2Luty	27 550,44	Części zamienne	3 858,00

		Opony	125,68	
		Naprawy zewnętrzne	4 882,79	
		Usługi telekomunikacyjne	910,00	
		Usługi obce	3 483,97	
		Dyspozytor	6 500,00	
		Pozostałe koszty	7 790,00	
3Marzec	34 481,14	Części zamienne	9 601,89	
		Naprawy zewnętrzne	3 070,78	
		Usługi telekomunikacyjne	1 265,00	
		Usługi obce	6 253,47	
		Dyspozytor	6 500,00	
		Pozostałe koszty	7 790,00	
4Kwiecień	17 715,02	Części zamienne	979,84	
		Naprawy zewnętrzne	600,01	
		Usługi telekomunikacyjne	929,20	
		Usługi obce	915,97	
		Dyspozytor	6 500,00	
		Pozostałe koszty	7 790,00	
5Maj	23 216,21	Części zamienne	2 996,01	
		Naprawy zewnętrzne	2 447,62	
		Usługi telekomunikacyjne	929,20	
		Usługi obce	2 553,38	
		Dyspozytor	6 500,00	
		Pozostałe koszty	7 790,00	
6Czerwiec	38 938,91	Części zamienne	4 867,41	
		Naprawy zewnętrzne	16 279,92	
		Usługi telekomunikacyjne	929,20	
		Usługi obce	2 572,38	
		Dyspozytor	6 500,00	
		Pozostałe koszty	7 790,00	
7Lipiec	64 319,03	Części zamienne	26 830,47	
		Naprawy zewnętrzne	20 299,06	
		Usługi telekomunikacyjne	920,00	
		Usługi obce	1 979,50	
		Dyspozytor	6 500,00	
		Pozostałe koszty	7 790,00	
8Sierpień	23 996,28	Części zamienne	2 132,78	
		Opony	4 500,00	

	Naprawy zewnętrzne	292,00	
	Usługi telekomunikacyjne	920,00	
	Usługi obce	1 861,50	
	Dyspozytor	6 500,00	
	Pozostałe koszty	7 790,00	
9Wrzesień	19 339,93	Części zamienne	85,00
	Naprawy zewnętrzne	2 165,00	
	Usługi telekomunikacyjne	980,00	
	Usługi obce	1 819,93	
	Dyspozytor	6 500,00	
	Pozostałe koszty	7 790,00	
10Październik	31 645,20	Części zamienne	1 910,49
	Opony	8 000,00	
	Naprawy zewnętrzne	1 943,26	
	Usługi telekomunikacyjne	980,00	
	Usługi obce	4 521,45	
	Dyspozytor	6 500,00	
	Pozostałe koszty	7 790,00	
11Listopad	26 744,08	Części zamienne	2 176,12
	Opony	2 619,23	
	Naprawy zewnętrzne	3 490,32	
	Usługi telekomunikacyjne	980,00	
	Usługi obce	3 188,41	
	Dyspozytor	6 500,00	
	Pozostałe koszty	7 790,00	
12Grudzień	43 326,42	Części zamienne	14 145,95
	Opony	729,66	
	Naprawy zewnętrzne	3 942,35	
	Usługi telekomunikacyjne	718,63	
	Usługi obce	9 499,83	
	Dyspozytor	6 500,00	
	Pozostałe koszty	7 790,00	
Razem	381 984,29	381 984,29	

3)Koszt paliwa.

Przystępujący na dowód preferencyjnej stawki zakupu paliwa załączył do wyjaśnień fakturę zakupu paliwa, wykazując tym samym w sposób nie budzący wątpliwości za ile jest wstanie nabywać paliwo, a fakt dotychczasowego realizowania usług na terenie objętym zamówieniem powoduje, że z doświadczenia przystępujący doskonale wie jakie ilości paliwa zużywa.

Warto porównać także koszt paliwa wskazany w kalkulacji przez odwołującego. Otóż, przystępujący wskazał, że jego

roczny koszt wynosi 313.000,00 zł, które po podzieleniu przez 12 miesięcy daje kwotę 26.083,00 zł netto. Tymczasem, Odwołujący wskazał, że jego koszt w ciągu 2 lat będzie wynosił 655.248,00 zł brutto, który po podzieleniu przez 24 miesiące daje kwotę 27.302,00 zł brutto, czyli netto 22.197,00 zł. Koszt zatem przystępującego jest wyższy niż odwołującego, więc swoją kalkulacją odwołujący sam potwierdził, że przystępujący jest w stanie wykonać zamówienie z kosztem w wysokości 26.083,00 zł netto, skoro on może wykonać z kosztem w wysokości 22.197,00 zł netto. Koszt paliwa został wyliczony w następujący sposób:

Paliwo Reda 2023

ON				
NrOkres	Koszt netto	Cena	ilość	wartość
1Styczeń	29 296,23	5,87	4 990,84	29 296,23
2Luty	24 459,06	5,47	44,99	246,10
	5,75	4 210,95	24 212,96	
3Marzec	32 408,68	4,92	59,36	292,05
	5,47	2 157,56	11 801,85	
	5,38	3 775,98	20 314,77	
4Kwiecień	22 444,05	5,01	44,60	223,45
	5,00	4 444,12	22 220,60	
5Maj	23 492,60	4,41	4 703,09	20 740,63
	4,53	607,50	2 751,98	
6Czerwiec	25 763,71	4,58	42,74	195,75
	4,57	5 594,74	25 567,96	
7Lipiec	22 817,71	4,52	1 737,04	7 851,42
	4,59	3 260,63	14 966,29	
8Sierpień	24 836,37	4,87	5 099,87	24 836,37
9Wrzesień	24 181,58	4,76	2 342,08	11 143,62
	4,52	2 887,06	13 037,96	
10Październik	20 293,30	4,51	4 501,62	20 293,30
11Listopad	29 912,55	4,86	91,76	445,68
	5,14	5 737,32	29 466,88	
12Grudzień	33 096,66	4,67	7 082,53	33 096,66
Razem 313 002,50		313 002,50		

4) Koszty wynagrodzeń.

Przystępujący na dowód wyliczenia kosztów wynagrodzeń przedstawił listę płac kierowców i ładowaczy. Średni koszt 1 pracownika za miesiąc wynosi 8.015,62 zł, czyli został spełniony warunek o zapewnieniu minimalnego wynagrodzenia.

5) Koszt związany z rezerwą finansową na ewentualne kary umowne.

Zgodnie z art. 35d ust. 1 pkt. 1 ustawy o rachunkowości rezerwy są tworzone na pewne lub w dużym stopniu dające się przewidzieć koszty. Przystępujący obsługuje miasto Reda od 1 stycznia 2016 roku i przez blisko 9 lat nie otrzymał żadnych kar umownych za wyjątkiem kwoty 600 zł. Tworzenie zatem rezerw byłoby niezgodne z ustawą o rachunkowości.

6) Koszt związany z utylizacją odpadów budowlanych.

Zamawiający nie podał żadnych ilości odpadów odbieranych w ramach poszczególnych kodów odpadów budowlanych.

Przystępujący zatem uśrednił cenę odpadów biorąc od uwagę dane historyczne znane mu z blisko 9-letniego doświadczenia w odbieraniu odpadów budowlanych z terenu objętego zamówieniem.

Żaden natomiast przepis prawa nie przewiduje czegoś takiego jak wskazuje w odwołaniu Odwołujący, tj. że jest przy odbiorze odpadów komunalnych stosowana zasada, iż stosuje się stawki wg kodu 17 09 04 z ceną 634,54 zł. Wśród odpadów budowlanych Zamawiający podał około 6 różnych odpadów w cenie od 44,91 zł do 634,54 zł za tonę. Przyjęcie najwyższej stawki byłoby zakłamaniem rzeczywistego kosztu odbioru odpadów. Doświadczenie przystępującego w zakresie odbioru tych odpadów, daje przewagę w stosunku do odwołującego, który nie ma doświadczenia w tym jaki dominuje rodzaj odpadów budowlanych.

Prócz tego, zamawiającemu wiadomym jest, że przystępujący posiada zezwolenie na składowanie odpadów budowlanych na terenie swojej bazy.

7)Ceny worków.

Przystępujący przedstawił zamawiającemu dowód w postaci faktury za worki, czym wykazał w sposób obiektywny jaki jest koszt ich zakupu.

Przystępujący zwraca uwagę, że zamawiający doskonale wie, iż koszty których przystępujący nie musi ponosić w związku z tym, że przez ostatnie lata wykonywał zamówienia u Zamawiającego, to:

- Montaż systemu lokalizacji w kwocie 180.193,20 zł;

-Pojemniki w kwocie 196.574,40 zł;

-Piloty, klucze, wadium w kwocie 22.933,68 zł;

Przy zatem założeniu ww. wysokości tych kosztów, których wysokość sam wskazał Odwołujący, to razem otrzymujemy kwotę 399.702,18zł, którą gdy podzielimy przez 20.400 ton, to otrzymamy 19,59 zł do każdej tony, którą należałoby ewentualnie dolożyć.

Gdyby wobec tego nawet dolożyć do ceny Przystępującego 19,59 zł, to otrzymamy kwotę 731,19 zł, która i tak jest niższa niż kwota zaproponowana przez Odwołującego w wysokości 803,00 zł. Koszty przystępującego i odwołującego są zbliżone, choć przystępującego jest cena niższa także z tego względu, że nie musi już ponosić kosztu rozstawienia pojemników do tysięcy posesji, ponieważ ten koszt został już poniesiony w poprzednich zamówieniach i obecnie nie trzeba już podstawiać pojemników, gdyż już one stoją.

Cena worków została ustalona w oparciu o następujące dane:

Worki Reda 2023

Worki								
NrOkres	Koszt	netto	rodzaj	litry	Cena	za	szt	ilość
sztuk	wartość	szt w paczce						paczek
1Styczeń								ilość
2Luty	207 870,00		żółte	120,00	0,30	6 000,00	156 000,00	46
800,00	26,00		tworzywa sztuczne					
			niebieskie	120,00	0,30	6 000,00	156 000,00	46
800,00	26,00		papier					
			brązowe	120,00	0,38	6 000,00	156 000,00	59
280,00	26,00		zielone					
			zielone	80,00	0,32	3 000,00	78 000,00	24
570,00	26,00		szkło					
			szare	80,00	0,39	3 000,00	78 000,00	30
420,00	26,00		popiół					
3Marzec	64 012,00		żółte	120,00	0,32	2 000,00	52 000,00	16
640,00	26,00		tworzywa sztuczne					

640,00	26,00	niebieskie papier	120,00	0,32	2 000,00	52 000,00	16
640,00	26,00	brązowe zielone	120,00	0,32	2 000,00	52 000,00	16
880,00	26,00	zielone szkło	80,00	0,38	800,00	26 000,00	9
212,00	26,00	szare popiół	80,00	0,36	450,00	11 700,00	4
Razem	271 882,00				271 882,00		

Zarzut 2 zawarty w odwołaniu dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że złożenie oferty przez przystępującego oznacza, że dopuścił się on czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów (a nawet argumentacji), że doszło do sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia „w celu eliminacji innych przedsiębiorców”. Zgodnie z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dla uznania, że doszło do czynu wyspecyfikowanego w tym przepisie niezbędne jest wykazanie, że (1) sprzedaż ma miejsce poniżej kosztów wytworzenia oraz (2) jej celem jest wyeliminowanie innych przedsiębiorców. Ze względu na brak dowodów a nawet jakiegokolwiek argumentacji zgłoszonej przez odwołującego, zarzut powinien być oddalony.

Zarzut 4 zawarty w odwołaniu dotyczący nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący podnosi, że został skrzywdzony przez nierówne traktowanie wykonawców w tym postępowaniu, co narusza dyspozycję art. 16 ustawy pzp. W związku z tym wskazuję, że:

-Przystępujący i odwołujący byli wzywani do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w tym samym terminie i na tych samych zasadach;

-Przystępujący i odwołujący złożyli wyjaśnienia, z tym że dowody do wyjaśnień przedłożył przystępujący, a odwołujący nie przedłożył ŻADNYCH dowodów. Poziom kosztów przyjętych do kalkulacji przez przystępującego nie wzbudził wątpliwości zamawiającego, gdyż z wyjaśnień wszystkich wykonawców wynikają podobne kwoty, a nadto przystępujący złożył dowody uprawdopodobniające, że poziom ten jest możliwy do osiągnięcia bez specjalnych uwarunkowań, co potwierdził także dotychczas realizowanym zamówieniem.

Warto zauważyć, że oferta odwołującego nie została odrzucona w postępowaniu, pomimo że wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami. Wykonawcy zostali zatem równo potraktowani.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki: 1)Odpowiedź odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 20.03.2024 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. 2) Wyjaśnienia treści SIWZ (wyciąg dot. pytania nr 17)/zob. .

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Odwołanie z dnia 11 kwietnia 2024 r. dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętego przez zamawiającego i prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Redy w latach 2024 - 2026” (znak sprawy:1.ZF.PN.U.2024) i wniesione zostało na czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany/SANIPOR.

Odwołanie zawiera następujące zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 1 i 6 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8) przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez SANIPOR i zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224, a w konsekwencji cena oferty SANIPOR jest ceną rażąco niską;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „uznk” i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SANIPOR pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, co również stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także stanowi naruszenie interesu innych wykonawców oraz zamawiającego;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 8) przez zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też przyjęcie przez Wykonawcę, założenia dotyczącego sposobu wykonania zamówienia i wyceny niezgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) oraz warunkami zamówienia;

4. art. 16 przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez brak odrzucenia oferty SANIPOR pomimo zaistnienia okoliczności, wskutek których oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a także z uwagi na żądanie zamawiającego przekazania dowodów braku rażąco niskiej ceny, które nie zostały przedstawione przez SANIPOR, a następnie brak weryfikacji tego faktu przez zamawiającego to zignorowanie braku przedłożenia żadnych dowodów i uznanie przez zamawiającego wyjaśnień wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawcy, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na podstawie powyżej wskazanych zarzutów odwołania odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania;
3. odrzucenia oferty SANIPOR ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę, jak też założenia dotyczące sposobu wykonania zamówienia i wyceny są niezgodne z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia;
4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Izba na podstawie dokonanych ustaleń w toku postępowania odwoławczego w oparciu o dokumentację zamawiającego prowadzoną i przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy, uwzględniła odwołanie w zakresie całości podniesionych zarzutów odwołania, dzieląc argumentację formalną i prawną, powyżej cytowanego odwołania w uzasadnieniu wyroku.

Zamawiający w dniu 20 marca 2024r. wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych na podstawie art.224 ust.2 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art.224 ust.1 ustawy Pzp., czyli w sytuacji gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania nie stwierdzając, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Powyższej treści informacja znalazła się w wezwaniu zamawiającego do wykonawcy wybranego z jednoczesnym pouczeniem, że zamawiający oprócz wyjaśnień oczekuje złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych (pkt 1 wezwania zamawiającego). Jednocześnie zamawiający w wezwaniu wykonawcy wybranego przywołał art.224 ust.3 ustawy Pzp wskazując, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług; 3) oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Tak więc zamawiający wymienił wszystkie okoliczności wynikające z ustawy Pzp, które może przywołać w wyjaśnieniach wykonawca, ale tak jak ustawa Pzp, tak w wezwaniu zamawiający podkreślił, że nie są one wyczerpujące, jak i obowiązkowe w zakresie jakim je wymienił, ponieważ to wykonawca odpowiada za treść wyjaśnień, które podlegają badaniu i ocenie przez zamawiającego. Wezwany wykonawca został również pouczony o treści art.224 ust.6 ustawy Pzp, zgodnie z którym niedostarczenie w wyznaczonym terminie (do dnia 25.03.2024 r.) przez wykonawcę żądanych wyjaśnień lub gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu spowoduje,

że zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy wezwanego. W podsumowaniu wezwania zamawiający przywołał również art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, wskazując wykonawcy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, od którego zamawiający żąda wyjaśnień. Z powyższych ustaleń **lzby** wynika, że wykonawca wybrany został w sposób wyczerpujący poinformowany o obowiązujących przepisach, jak i skutkach ich nie przestrzegania przy sporządzeniu i przekazaniu wyjaśnień do zamawiającego.

Na tak sporządzone wezwanie przez zamawiającego, wykonawca w dniu 23 marca 2024r. udzielił zamawiającemu odpowiedzi, zgodnie z którą przedstawił „kalkulację ceny” to jest wymieniając poszczególne koszty, które uwzględnił wyliczając cenę w tym roczny koszt utylizacji odpadów komunalnych wynoszący: 3 755 423,20 zł., a co skalkulował na podstawie ilości poszczególnych frakcji oraz ceny za utylizację obowiązującą w zakładzie Eko Dolina spółka z o.o. (Dowód: załączył do wyjaśnień cennik „Eko Dolina” spółka z o.o.). Przy czym koszt utylizacji makulatury wynosi 0 (zero) złotych, ponieważ SANIPOR sprzedaje papier do firmy FOX Recykling, czyli nie ma z tego tytułu kosztów, tylko ma dochód. Przedstawił kolejno w wyjaśnieniach rodzaje odpadów, ich ilości, cenę 2024r. i koszt ich rocznej utylizacji (mieszane, szkło, papier- zero (0), plastik, zielone, gabaryty, popiół, bio, kuchenne, budowlane, opony). Wykonawca w wyjaśnieniach podał również kwotę rocznego kosztu pracy brygad wywozowych wraz z dodatkowymi świadczeniami, gdzie kalkulację przygotowano na podstawie list płac dla 16 pracowników, ze wskazaniem miesięcznego kosztu pracy na jednego zatrudnionego wyższego od ustalonego minimalnego wynagrodzenia za pracę (Dowód: lista płac). Wykonawca w wyjaśnieniach podał również roczny koszt zużycia paliwa wskazując, że kalkulację oparł na podstawie danych za 2023 rok, co do ilości zużycia paliwa oraz ceny paliwa jaką uzyskuje od bezpośredniego dostawcy. W wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że od kilku lat wykonuje usługi odbioru odpadów od mieszkańców miasta Reda i zna rynek usług na rzecz zamawiającego. Dalej określił: kwotę rocznego kosztu zakupu worków na podstawie danych historycznych z 2023 roku oraz cen zakupu worków jakie są wynegocjowane od producenta (dowód: faktura zakupu worków z 31.01.2024 r.), kwotę rocznych kosztów pozostałych w tym utrzymanie samochodów, dyspozytora, podając kwotę łącznych rocznych kosztów. Wykonawca podał także średnio roczną planowaną ilość odpadów, średnią cenę netto za 1 tonę odpadów plus zysk (7,34%), podając dalej kwotę zł netto oraz brutto z 8% podatku VAT. Dalej w wyjaśnieniu, już bez wskazania kwot, wykonawca wezwany przywołał czynniki cenotwórcze, które zadecydowały o wysokości ceny i tak wśród nich wymienił, wynegocjowane ceny paliw, własną bazę transportową, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i szereg innych sprzyjających wykonawcy wybranemu. Wykonawca wezwany oświadczył, że przyjęte ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia, w tym: koszty bezpośrednie takie jak: koszt pracy osób wykonujących czynności w ramach umowy, koszt transportu (samochody, paliwo i inne koszty eksploatacyjne), koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki, koszty zagospodarowania odpadów i inne oraz koszty pośrednie takie jak: koszty ubezpieczeń, komunikacji, zabezpieczenia wykonania umowy itd., które ostatecznie przynoszą wykonawcy zysk. Również wykonawca wezwany w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny określił okoliczności wpływające na sytuację wykonawcy pozwalającą na przyjęcie cen zaoferowanych, wymieniając je następująco: własna baza transportowa oraz umowa na dostawę paliw. Nadto wskazał, że wpływ na wysokość zaoferowanej ceny rzez Wykonawcę za realizację przedmiotu zamówienia stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na: posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa Wykonawcy zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia co skutkuje obniżeniem kosztów transportu jak również brakiem konieczności najmu terenu na bazę; ponadto jako firma działająca na rynku lokalnym, wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera; Wykonawca posiada wprowadzony system zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników; Wykonawca zatrudnia pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia przynajmniej w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę; Wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu; posiadaniu - w chwili składania oferty - wszystkich wymaganych pojemników na odbiór odpadów oraz kluczy umożliwiających dostęp do pergoli, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia; korzystaniu z atrakcyjnych rabatów (cena dnia) na zakup paliwa do pojazdów samochodowych z uwagi na bliską współpracę z dostawcami paliw. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. Spółka posiada również na wszystkich samochodach skonfigurowany system GPS dzięki czemu koszt ten można wyłączyć z kalkulacji. Spółka posiada wieloletnie doświadczenie w obsłudze wywozu odpadów z terenu miasta Reda. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę. Załączniki do wyjaśnień to: 1) cennik Eko Dolina, 2) Lista płac kierowców i ładowaczy, 3) Faktura Aramco Fules 1210021632, 4) Faktura

Powyższych ustaleń co do treści wezwania zamawiającego oraz udzielonego wyjaśnienia Izba dokonała na podstawie wezwania zamawiającego z dnia 20 marca 24r. i odpowiedzi SANIPOR/wykonawca wybrany z dnia 23 marca 24r. znajdujących się w aktach sprawy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego zostały złożone dwie oferty:

a) SANIPOR/ wykonawca wybrany/ przystępujący po stronie zamawiającego cena: 14.516.640,00 zł - 60 pkt, wpływ na środowisko 40 pkt; razem 100 pkt;

b) odwołujący cena: 16.381.200 zł - 53,40 pkt, wpływ na środowisko - 40 pkt; razem 93,40 pkt;

Otwarcie ofert nastąpiło 19.03.2024 r., budżet zamawiającego wyniósł: 24 723 300,00 zł brutto.

Izba zważyła

Zamawiający był zobowiązany do wezwania wyjaśnienia ceny oferty przystępującego/SANIPOR, a w konsekwencji wykonawcy wybranego, z uwagi na zaoferowaną cenę brutto oferty przez tego wykonawcę, która wynosiła poniżej 30 % wartości zamówienia brutto podanej przez zamawiającego na otwarciu ofert. Jak powyżej **Izba** ustaliła wezwanie od zamawiającego odpowiadało wymogom art.224 ustawy Pzp i zawierało pouczenie o rygorze odrzucenia oferty, w przypadku gdy wyjaśnienie nie wykaże, że cena oferty odpowiada wymogom swz (specyfikacja warunków zamówienia)/opz (opis przedmiotu zamówienia) oraz o obowiązku dowodowym po stronie wezwanego. Zamawiający nie określił własnych żądań co do sposobu, metody oraz zakresu wyjaśnienia ceny, posłużył się wprost postanowieniami art.224 ustawy Pzp. W takiej sytuacji to wykonawca decyduje o treści, sposobie, metodzie i zakresie wyjaśnień, które mają wykazać przeszacowanie wyceny zamówienia sporządzonej przez zamawiającego, a przede wszystkim o prawidłowej wycenie oferty z swz/opz przez wykonawcę.

Wykonawca wybrany w terminie wyznaczonym przedstawił wyjaśnienie wskazując na poszczególne koszty według niego elementów niezbędnych i służących do obsługi przedmiotowego zamówienia. Przede wszystkim powoływał się na okoliczność, że od szeregu lat wykonuje przedmiotowe zamówienie na rzecz zamawiającego i doskonale zna warunki świadczenia usługi, w związku z tym zna niezbędne koszty do obsługi zamówienia. Wskazał w związku z tym na szereg elementów mających wpływ na świadczoną usługę takie jak między innymi: własną bazę, własny sprzęt, własne środki transportu w tym wyposażenie w kontenery/pojemniki do odpadów, elektroniczne systemy kontroli świadczenia usług, wiedzę o warunkach świadczonej usługi. Według oświadczenia wykonawcy wybranego nie będzie ponosił kosztów nabycia, czy też utrzymania sprzętu z uwagi na jego posiadanie jak i znaczne jego zamortyzowanie. Przedstawił według niego wystarczającą tzw. kalkulację koniecznych elementów wyposażenia, sprzętu, czy też wydatków na obsługę kadrową, podając sumaryczne/ostateczne kwoty jakie zamierza przeznaczyć na poszczególne elementy kosztów usługi. Przy czym ograniczył się do podania końcowych poszczególnych kosztów bez ich wyliczenia to jest udowodnienia czy są wystarczające i skalkulowane zgodnie z zakresem usługi/opz. W efekcie złożonych wyjaśnień wykonawca wybrany wykazał, że poszczególne elementy stanowią sumarycznie kwotę podaną w ofercie. W ocenie Izby tak przedstawione wyjaśnienia, nie stanowią kalkulacji niezbędnych kosztów na wykonanie usługi w oparciu o wymagania swz/opz i jedynie wskazują, że łączna kwota podana w ofercie stanowi sumę wymienionych/podzielonych kosztów usługi. Izba stwierdza, że wykonawca wybrany nie przedstawił kalkulacji kosztów posługując się wymaganiami swz, a tym samym nie spełnił obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który to obowiązek spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w wyjaśnieniach dokonał tylko podziału kwoty podanej w ofercie na poszczególne elementy kosztowe, nie wykazując tym samym, że poszczególne elementy kosztowe są wystarczające do realizacji pełnego zakresu usługi. W związku z tym z przedstawionej tylko sumy poszczególnych kosztów usługi nie wynika, czy poszczególne koszty pokrywają koszty wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Reasumując na podstawie przedstawionej „kalkulacji”, a raczej podziału kosztu usługi na części, wykonawca wybrany nie udowodnił, że poszczególne części są wystarczające do zakresu świadczeń przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca wybrany nie udowadniając, że jego cena oferty pokryje wszystkie wymagane w opz koszty usługi, nie wykazał przeszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego. Bowiem nie wystarczy dokonać podziału kwoty/ceny oferty na poszczególne części kosztowe aby wykazać, że cena oferty nie jest rażąco niska. W ocenie **Izby** takie wyjaśnienie ceny nie spełnia wymagań wynikających z art.224 ustawy Pzp, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art.226 ust.1pkt 8 w związku z art.224 ust. 2 pkt 1) i ust.6 ustawy Pzp.

Izba podziela argumentację odwołania, co do braku prawidłowego wyjaśnienia ceny, w szczególności w następującym zakresie:

W przedstawionych wyjaśnieniach pominięto lub w wyraźny sposób nie doszacowano istotnych kosztów związanych z realizacją umowy. Są to głównie:

Koszt systemu RFID - zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia - Załącznikiem nr 1 do SWZ, Rozdział VII pkt. dotyczącym wymagań w zakresie wyposażania pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych w transpondery RFID. Wszystkie pojemniki na odpady, w które Wykonawca wyposażać będzie właściciele nieruchomości, muszą posiadać transponder RFID kompatybilny z systemem identyfikacji pojemników zainstalowanym w pojazdach Wykonawcy odbierających odpady komunalne. System do identyfikacji pojemników musi umożliwiać przypisanie pojemników do konkretnej frakcji odpadów i miejsca gromadzenia odpadów. Dodatkowo stosownie do wymagań zamawiającego każdy pojazd realizujący umowę musi być wyposażony w system identyfikacji/rejestracji odbioru pojemników na odpady wraz z systemem kamer rejestrujących pracę pojazdów. W wyjaśnieniach z dnia 23 marca 2024 roku SANIPOR w żaden sposób nie wykazał sposobu poniesienia tego kosztu ani nie ujął go w kosztach oferty. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że SANIPOR nie posiada takiego rozwiązania w swojej flocie pojazdów, a tym samym jest zobligowany do poniesienia kosztu wyposażenia pojazdów w powyższe. Oferowane na rynku rozwiązania m.in. Elte czy XTrack to koszt około 20-30 tys. złotych jednorazowo (za jeden pojazd) do którego należy doliczyć wydatki abonamentowe. Elementem systemu są również chipy montowane na każdym pojemniku (ponad 8,5 tys. szt.), których cena oscyluje między 1,2 a 2 euro. Dla przyjętej przez SANIPOR liczby pojazdów, którymi Wykonawca planuje realizować umowę, koszty systemu RFID powinny zamknąć się w kwocie około 250 tys. złotych powiększone o około 10-12 tys. złotych w związku z koniecznością chipowania pojemników na odpady. Należy stwierdzić, że SANIPOR nie uwzględnił tej pozycji w kosztorysie.

Koszt pojazdów - Wykonawca wskazał, że umowę obsługiwać będzie 10 pojazdów, a jednocześnie SANIPOR nie wskazuje kosztów utrzymania samochodów zostało połączone z kosztem dyspozytora i „innymi” i ma stanowić łączną roczną kwotę 382.000 zł. Powyższe wyjaśnienia są tym samym zbyt ogólne, aby móc w ogóle uznać wyjaśnienia za wiarygodne. Gdyby opierając się na kosztach ponoszonych przez Odwołującego uznać, iż koszt dyspozytora to 9.000 zł brutto miesięcznie, tym samym koszty utrzymania samochodów należałoby ustalić na roczną kwotę 274.000 zł co daje miesięcznie 22.833 złotych (2.284 złotych za pojazd). Z załącznika nr 11 do SWZ - „Wykaz narzędzi” SANIPOR sam przyznaje, że podstawą dysponowania siedmiu z dziesięciu pojazdów przeznaczonych do realizacji zadań objętych przedmiotem zamówienia jest leasing a tym samym kwota przewidzianych kosztów jest niewiarygodna. Odwołujący podkreśla, że pojazdy do realizacji zamówienia mogą być wykorzystywane tylko i wyłącznie do tego zadania i nie mogą być wykorzystywane przez wykonawcę do innych części niniejszego postępowania czy też innych umów. Wykonawca nie wyjaśnił również, czy w podanej kwocie ujęte są koszty serwisu i napraw pojazdów, które nawet przy nowych pojazdach się pojawiają (przeglądy gwarancyjne), ubezpieczeń, opłat eToll.

c. Koszt paliwa - brak ich ujęcia w kalkulacji ceny - Wykonawca ograniczył się jedynie do wzmianki o kosztach poniesionych na zakup paliwa w grudniu 2023 roku i ogólnym stwierdzeniu o rabatach uzyskiwanych od stałego dostawcy. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, w tym umów długoterminowej dostawy paliwa, obowiązujących go rabatów, a tym samym ewentualnych oszczędności jakie miałby z tego tytułu osiągnąć. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, SANIPOR wskazał jedną śmieciarkę zeroemisyjną, napędzaną gazem. SANIPOR całkowicie pominął koszt napełniania tej śmieciarki gazem.

Koszt wynagrodzeń pracowników - w wyjaśnieniach Wykonawcy brak jest informacji o pracownikach nadzoru (dyspozytor) jak i fakt, iż w kalkulacji również nie ujęto wynagrodzeń pracowników wsparcia, dedykowanych do stałej obsługi rejonu i wykonywania czynności porządkowych m.in. wymiany pojemników, chipów czy realizacji reklamacji.

Koszt związany z rezerwą finansową na ewentualne kary umowne - nie został uwzględniony w kalkulacji, a zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ - projekt umowy w myśl § 12 projektu umowy Zamawiający przewidział, aż 38 przypadków możliwości naliczenia kary umownej.

g. Koszt związany z utylizacją odpadów budowlanych - SANIPOR w złożonych w dniu 23 marca 2024 roku wyjaśnieniach wskazał jako cenę utylizacji, odpadów komunalnych budowlanych w wysokości 208,18 zł za tonę. Koszt utylizacji odpadów komunalnych został przez SANIPOR skalkulowany wg ceny za utylizację obowiązującą w zakładzie Eko Dolina spółka z o.o. co wynika z załączonego do wyjaśnień przez tego Wykonawcę cennika Eko Dolina spółka z o.o. Należy podnieść, iż z załączonego cennika w zakresie utylizacji odpadów budowlanych nie znajduje się cena wskazana przez SANIPOR. Wg cennika Eko Dolina przyjmuje do utylizacji ustępujące odpady budowlane:

Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów - cele technologiczne 51,09 zł,

Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów - kruszenie 44,91 zł,

Gruz ceglany - cele technologiczne 57,31 zł,

Gruz ceglany – kruszenie 51,09 zł,

Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia – cele technologiczne 89,80 zł,

Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia – kruszenie 61,94 zł,

Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia 86,70 zł,

Zmieszane odpady budowy, remontów i demontażu 634,54 zł,

Zasadą przy odbiorze odpadów komunalnych jest stosowanie stawki wg kodu 17 09 04 FOF przy stawce 634,54 zł.

Tym samym jeżeli nie istnieje w instalacji komunalnej stawka zaproponowana przez SANIPOR tym samym jego oferta jest niewiarygodna.

Izba podziela argumentację odwołania w powyższym zakresie i stwierdza, że słusznie odwołujący zakwestionował prawidłowość kalkulacji kosztów oferty wykonawcy wybranego, który wykazał niezgodność wyceny oferty z przywołanym przez wykonawcę wybranego cennikiem EKO DOLINY. Również potwierdziły się zarzuty odwołania o nie podanie przez wykonawcę wybranego wszystkich niezbędnych kosztów usługi czy to przez ich pominięcie, czy to przez ich niedoszacowanie.

Izba podziela także ogólną ocenę złożonych wyjaśnień przez odwołującego, jak poniżej, w szczególności co do przywołania konkluzji orzeczeń sądowych, z których wynika, że „Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymienających jedynie wysokość ponoszonych kosztów bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13):

Obowiązkiem zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia, przepisami Pzp oraz prawa powszechnie obowiązującego, z poszanowaniem zasady równego traktowania i konkurencji, a także konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymienających jedynie wysokość ponoszonych kosztów bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami.

W ocenie **Izby**, właściwą ocenę złożonych wyjaśnień, odwołujący zamieścił stwierdzając:

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 23 marca 2024 r. wykonawca posłużył się wieloma ogólnikami, które nie sprostają obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. W zakresie czynników cenotwórczych wykonawca ograniczył się do wskazania, że są to wynegocjowane ceny paliw, własna baza transportowa, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i inne. Do wyjaśnień nie złożono jednak ani jednej przykładowej oferty z preferencyjną stawką ceny paliwa bądź utylizacji odpadów, czy wykazu co wchodzi w skład floty transportowej Wykonawcy. Ponadto wykonawca powołuje się, że posiada własne zaplecze techniczne, sprzęt oraz urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia jednak nie precyzuje, co się na nie składa i o ile obniża to rzeczywistą cenę, w tym wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, że takowe zaplecze czy też sprzęt posiada. Wykonawca zadeklarował również, że posiada system zarządzania jakością, który pozwala na obniżenie kosztów pracy pracowników jednak wciąż stosuje retorykę opartą na zapewnieniach i oświadczeniach nie posługując się żadnymi wiarygodnymi dokumentami w tym zakresie. Wykonawca dokonując obliczeń operuje wartościami, które nie są możliwe w żaden sposób do zweryfikowania. Nie ma

żadnych podstaw aby przyjąć, że dane podane w wyjaśnieniach mają jakiekolwiek oparcie w rzeczywistych cenach i kwotach. Ponownie Wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów, które uprawdopodobniłyby ceny worków oferowanych przez dostawcę Wykonawcy w postaci jakiegokolwiek umowy z dostawcą tychże. Przedstawienie zaś jednej faktury na wcześniejszy zakup worków dla potrzeb zapewne innej realizowanej usługi nie stanowi faktu zagwarantowania ceny worków dla potrzeb niniejszego Zamówienia.

Izba uwzględnia zarzut odwołania, że brak wyceny oraz uwzględnienia kosztów o których mowa w odwołaniu, potwierdza naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej SANIPOR jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk polegającej na sprzedaży usługi poniżej kosztów jej świadczenia. W tym również zarzut potwierdza się co do pkt 17 odwołania to jest „utilizacji makulatury za 0 złotych” („koszt utilizacji makulatury wynosi 0 zł, ponieważ spółka sprzedaje papier do firmy FOX Recykling”).

W ocenie **Izby** zarzut co do nieprawidłowo przyjętego kosztu utilizacji makulatury, odnosi skutki przede wszystkim co do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty SANIPOR mimo, przyjęcia przez tego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia i wyceny niezgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) oraz warunkami zamówienia (swz).

W złożonych przez SANIPOR wyjaśnieniach w dniu 23 marca 2024 roku Wykonawca ten wskazał, iż „koszt utilizacji makulatury wynosi 0 zł, ponieważ spółka sprzedaje papier do firmy FOX Recykling”. Odwołujący podnosi, iż stosownie do OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ w Rozdziale I pkt 8 Zamawiający jako warunki wykonywania przedmiotu umowy wskazał, że: „Wykonawca jest obowiązany przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych selektywnie zebrane (segregowane) odpady komunalne do instalacji do odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami ustawy o odpadach lub samodzielnego zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W przypadku niewielkich (do 3% całości) ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych nie podlegających przekazaniu do instalacji komunalnej możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Dane adresowe instalacji komunalnej należy wskazać w umowie”.

Podnieść należy, iż przedmiotowy zapis OPZ wynika z treści art. 6d ust 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 399) stanowiącego lex specialis do przepisów ustawy Pzp, a który brzmi:

„4. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: (...)

5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;”.

Wszelchną wykładnię przepisu art. 6d ust 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO nr 515/23 z 14 marca 2023 roku. Stwierdzono tam w szczególności, jak należy rozumieć pojęcie „niewielkich ilości w szczególności posługując się odpowiedzią na interpelację nr 32130 w sprawie nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach” (Odpowiadający: podsekretarz stanu w Ministerstwie Środowiska J.O. Warszawa, 06-05-2015), gdzie stwierdzono, iż w opinii resortu środowiska sformułowanie „niewielkie ilości” powinno zostać określone indywidualnie przez gminę, biorąc pod uwagę m.in. całkowitą masę wytwarzanych w danej gminie odpadów, koszty transportu, organizację systemu odbierania odpadów komunalnych. Odpady selektywnie zebrane, jeżeli nie są zanieczyszczone innymi odpadami mogą stanowić surowiec nadający się do recyklingu. Nie w każdym regionie lub województwie istnieją zakłady recyklingu (np. papiernia czy huta szkła), dlatego też, aby obniżyć koszty transportu ustawodawca wskazał możliwość przekazywania odpadów podmiotowi zbierającemu odpady. KIO, mając na uwadze brak jednoznacznego określenia jak należy rozumieć pojęcie niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, uznała, iż należy posłużyć się powyższą odpowiedzią na zgłoszoną interpelację. Tym samym wg KIO z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że taka informacja powinna zostać określona przez gminę, co oznacza, że to po stronie Zamawiającego, który opisuje przedmiot zamówienia w określonych realiach, pozostaje wskazanie jak należy rozumieć niewielkie ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych.

W realiach niniejszej sprawy należy wskazać, iż w wyjaśnieniach z dnia 23 marca 2024 roku, SANIPOR wskazał, iż

wielkość makulatury, którą zamierza SANIPOR przekazać do firmy Fox Recycling to 602,03 tony. Biorąc pod uwagę fakt, iż szacowana, całkowita wielkość odpadów odbieranych przez wykonawcę wynosić będzie 10.024,57 tony. Tym samym wielkość papieru oddawana do podmiotu zbierającego te odpady, stanowić będzie około 6% całości odpadów, w sytuacji, w której Zamawiający wyraźnie przewidział, iż górną granicą odpadów oddawanych do podmiotu zbierającego te odpady jest 3%.

Tym samym posiłkując się w sposób odpowiedni treścią uzasadnienia do wyroku KIO nr 515/23 z 14 marca 2023 roku należy stwierdzić, iż skoro Zamawiający jednoznacznie określił jak należy rozumieć „niewielkie ilości” to słusznym i jedynym wnioskiem jest stwierdzenie, że Zamawiający nie dopuszcza przekroczenia maksymalnej wielkości „niewielkich ilości”. Skoro bowiem Zamawiający skorzystał z uprawnienia dopuszczenia możliwości wskazania podmiotu zbierającego odpady selektywnie zbierane a jednocześnie wskazał w sposób nie budzący wątpliwości maksymalną wielkość tak oddawanych odpadów powoduje, że nie ma możliwości zbadania ceny oferty SANIPOR, ze względu na fakt, iż niemożliwe do ustalenia są rzeczywiste koszty odbioru i zagospodarowania odpadów. Brak wskazania kosztów zagospodarowania poszczególnych odpadów selektywnie zbieranych nie zostaje wykazany w żaden sposób podaniem globalnych kwot za zagospodarowanie odpadów i nie uzasadnia ceny oferty w także w przypadku przekroczenia wartości możliwych do przekazania do podmiotu zbierającego te odpady a tym samym nie wskazania instalacji komunalnej do której odpady te będą oddawane. Posługując się w sposób adekwatny ww wyrokiem KIO należy wskazać, iż to wykonawca ten nie przedstawił wymaganych informacji odnośnie instalacji, w których zagospodarowywane będą odpady selektywnie zbierane to jest papier. Natomiast ujęcie i skalkulowanie w cenie ofertowej podmiotu zbierającego odpady selektywnie zbierane, które to rozwiązanie nie zostało przewidziane przez Zamawiającego również nie pozwala na zweryfikowanie prawidłowości ceny oferty, bowiem ujęty w niej jest przedmiot niezgodny z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia zostały określone w szczególności w OPZ, gdzie Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazał górną granicę „niewielkich ilości” wynikających z art. 6d ust 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a jej przekroczenie stanowi jaskrawy przykład naruszenia warunków zamówienia, co winno skutkować zgodnie z art 226 ust. 1 pkt 5) pzp odrzuceniem oferty.

W związku z powyższym, w ocenie **Izby** zarzut naruszenia art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp został wykazany przez odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podnosząc powyższy zarzut uzasadniał: Konsekwencją działania zamawiającego, przejawiającą się w zaniechaniu odrzucenia oferty SANIPOR z przedmiotowego postępowania, było wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp.

Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Prawie zamówień publicznych zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. to w konsekwencji: 1) oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wykonaniu usługi poniżej ceny rynkowej; 2) Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z SWZ, gdyż wycenił i zaoferował inny zakres prac, niż przewidziany przez Zamawiającego w SWZ.

W ocenie **Izby** uzasadnienie odwołania, co do naruszenia art.16 ustawy Pzp, w związku z zarzutami rażąco niskiej ceny oferty jak i niezgodności oferty z warunkami zamówienia, wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wobec obowiązujących przepisów prawa, jak i postanowień swz.

Izba nie podziela argumentacji zamawiającego i przystępującego w sprawie, przedstawionych w części wstępnej uzasadnienia wyroku (odpowiedź na odwołanie przystępującego z 24 kwietnia 2024r. i odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 26 kwietnia 2024r.) co do braku prawa po stronie odwołującego do wniesienia odwołania z powodu

braku interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i nadużycia prawa przez wniesienie odwołania co wyczerpuje dyspozycję art.5 kodeksu cywilnego, a w konsekwencji wnioskowania o odrzucenie odwołania na podstawie art.529 ust.1 ustawy Pzp.

W ocenie **Izby** nie zachodzi brak interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego, co skutkuje prawem do wniesienia odwołania w związku z treścią art.505 ust.1 ustawy Pzp. Interes w uzyskaniu zamówienia jest elementem obiektywnym i oceniany jest w kontekście sytuacji ofertowej odwołującego w rankingu ofert. Tak więc niezależnie od uzasadnienia czy też braku uzasadnienia istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia w samej treści odwołania, Izba rozstrzyga o jego istnieniu, niezależnie od braku uzasadnienia interesu w odwołaniu. W ocenie **Izby** w niniejszej sprawie skoro złożono dwie oferty to jest wykonawcy wybranego i odwołującego to w sposób oczywisty po stronie odwołującego leży interes w uzyskaniu zamówienia, a co za tym idzie prawo do środka ochrony prawnej, co też odwołujący wykazał składając odwołanie. Ponadto należy zwrócić uwagę, że w myśl art. 513 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto należy mieć na uwadze, że **Izba** nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art.555 ustawy Pzp). W obowiązującym stanie prawnym, gdzie **Izba** jest związana zarzutami odwołania, nie znajduje usprawiedliwienia odstąpienie od ich rozpoznania z powodu argumentów, że odwołanie nie służy doprowadzeniu czynności zamawiającego do zgodności z prawem, a tylko nadużyciu prawa przez doprowadzenie do unieważnienia postępowania. Nawet gdyby przyjąć istnienie celu odwołującego zmierzającego do unieważnienia postępowania to przeciw dyspozycji nadużycia prawa w myśl art.5 k.c. przemawia art.457 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Więc brak jest podstaw do stwierdzenia nadużycia prawa w rozumieniu art.5 kodeksu cywilnego. W konsekwencji **Izba** nie znalazła uzasadnienia, do uwzględnienia wniosku zamawiającego i przystępującego po jego stronie, do zastosowania w sprawie art. 529 ust./1 ustawy Pzp.

Reasumując Izba uwzględnia podniesione zarzuty odwołania w całości.

W powyższym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku, mając na uwadze, że naruszone przepisy ustawy Pzp, miały istotny wpływ na wynik postępowania z uwagi na zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równowagi stron.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego 18.600 zł 00gr tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie przedłożonej do akt faktury, bez kosztów dojazdu wykazanych w fakturze na kwotę 600zł, ale nie wliczonych co do odległości jak i stawki za kilometr dojazdu na posiedzenie/rozprawę.

Przewodniczący: