

WYROK

Warszawa, dnia 5 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Związek Międzygminny "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie,

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku i Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J.

z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Związek Międzygminny "Gospodarka Komunalna"

z siedzibą w Chrzanowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego – Związku Międzygminnego "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie kwotę

4 276 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Związek Międzygminny "Gospodarka Komunalna" z siedzibą w Chrzanowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych w PSZOK zlokalizowanych na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna” oraz wyposażenie PSZOK-ów w pojemniki i kontenery”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 października 2023 r., pod numerem 2023/S 203-634992.

W dniu 12 lutego 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcaprowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "M." M.J. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą M.”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie przepisów ustawy PZP, tj.:

1) wobec czynności dotyczącej wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku i Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie (dalej jako: „Konsorcjum ENERIS”) oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Konsorcjum ENERIS do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia części cen jednostkowych wskazanych w treści Załącznika nr 1A do Specyfikacji Warunków Zamówienia – Formularza kalkulacyjnego ceny ofertowej, szczegółowo oznaczonych dalej w odwołaniu,

2) wobec czynności dotyczącej wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) w odniesieniu do czynności dotyczącej wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS oraz zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Konsorcjum ENERIS do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia części cen jednostkowych wskazanych w treści Załącznika nr 1A do SWZ – Formularza kalkulacyjnego ceny ofertowej, szczegółowo oznaczonych dalej w odwołaniu – art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP – poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum ENERIS do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1A do SWZ – Formularzu kalkulacyjnym ceny ofertowej w zakresie cen jednostkowych wskazanych w jego Części A w poniższych pozycjach, pomimo tego, że ceny te spełniały przesłanki wskazane w hipotezie art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w opisany poniżej sposób:

a) Lp. 8 (kod odpady 15 01 09):

– cena niższa o 33% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów usług (wyceny), ustalonej przed wszczęciem postępowania,

– cena niższa o 35% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy PZP,

b) Lp. 10 (kod odpadu 15 01 11):

– cena niższa o 97% od wyceny,

– cena niższa o 91% od średniej arytmetycznej,

c) Lp. 15 (kod odpadu 17 01 07):

– cena niższa o 42% od średniej arytmetycznej,

d) Lp. 16 (kod odpadu 17 01 80):

– cena niższa o 68% od wyceny,

– cena niższa o 39% od średniej arytmetycznej,

e) Lp. 20 (kod odpadu 17 03 80):

– cena niższa o 44% od wyceny,

f) Lp. 22 (kod odpadu 20 01 01):

– cena niższa o 51% od wyceny,

– cena niższa o 35% od średniej arytmetycznej,

g) Lp. 23 (kod odpadu 20 01 02)

– cena niższa o 58% od wyceny,

– cena niższa o 42% od średniej arytmetycznej,

h) Lp. 26 (kod odpadu 20 01 13*)

– cena niższa o 56% od wyceny,

i) Lp. 27 (kod odpadu 20 01 14*):

– cena niższa o 56% od wyceny,

j) Lp. 28 (kod odpadu 20 01 15*):

– cena niższa o 56% od wyceny,

k) Lp. 29 (kod odpadu 20 01 17*):

– cena niższa o 56% od wyceny,

l) Lp. 30 (kod odpadu 20 01 19*):

– cena niższa o 56% od wyceny;

ł) Lp. 32 (kod odpadu 20 01 25):

– cena niższa o 75% od wyceny,

– cena niższa o 60% od średniej arytmetycznej,

m) Lp. 33 (kod odpadu 20 01 26*):

– cena niższa o 97% od wyceny,

– cena niższa o 89% od średniej arytmetycznej,

n) Lp. 34 (kod odpadu 20 01 27*):

– cena niższa o 97% od wyceny,

– cena niższa o 93% od średniej arytmetycznej,

o) Lp. 36 (kod odpadu 20 01 29*):

– cena niższa o 56% od wyceny,

p) Lp. 37 (kod odpadu 20 01 30):

– cena niższa o 97% od wyceny,

– cena niższa o 82% od średniej arytmetycznej,

q) Lp. 40 (kod odpadu 20 01 37*):

– cena niższa o 56% od wyceny,

r) Lp. 41 (kod odpadu 20 01 38):

– cena niższa o 97% od wyceny,

– cena niższa o 85% od średniej arytmetycznej,

s) Lp. 44 (kod odpadu 20 01 80):

– cena niższa o 97% od wyceny,

– cena niższa o 92% od średniej arytmetycznej,

t) także w zakresie, wskazanej w Części B w poz. Lp. 1 Formularza kalkulacyjnego, ceny za wyposażenie PSZOK w pojemniki i kontenery:

– cena niższa o 82% od wyceny,

– cena niższa o 40% od średniej arytmetycznej (zarzut nr 1),

2) w odniesieniu do czynności dotyczącej wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty (zarzut alternatywny w stosunku do zarzutu nr 1 odwołania, gdyż według Odwołującego ocena prawna zdarzenia może być dwojaka):

a) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ENERIS pomimo tego, że Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego nie złożyło wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny dotyczącej cen jednostkowych wskazanych w treści Załącznika nr 1A do SWZ – Formularza kalkulacyjnego ceny ofertowej w Części A w pozycjach: Lp. 8, 10, 15, 16, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 44 oraz w Części B w pozycji Lp. 1 (zarzut nr 2),

b) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP – poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ENERIS pomimo tego, że Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego złożyło nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i niewiarygodne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny – i tym samym Konsorcjum nie wykazało, że złożona przez nie oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wręcz treść złożonych wyjaśnień wskazuje na to, iż złożona przez Konsorcjum oferta zawiera rażąco niską cenę i nie uwzględnia wszystkich obligatoryjnych wymogów dotyczących realizacji zamówienia określonych w treści SWZ, Załączniku nr 8 do SWZ – Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), innych dokumentach postępowania, a także w przepisach powszechnie obowiązującego prawa (w szczególności zakresie wyliczenia ceny ofertowej oraz cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1A do SWZ – Formularzu kalkulacyjnym ceny ofertowej co do cen zamieszczonych w Części A Formularza kalkulacyjnego w pozycjach Lp.: 1. – odpady o kodzie 15 01 01, 7. – odpady o kodzie 15 01 07, 9. – odpady o kodzie 15 01 10, 11. – odpady o kodzie 16 01 03, 12. – odpady o kodzie 17 01 01, 18. – odpady o kodzie 17 02 02, 21. – odpady o kodzie 17 09 04, 24. – odpady o kodzie 20 01 10, 25. – odpady o kodzie 20 01 11, 35. – odpady o kodzie 20 01 28, 46. – odpady o kodzie 20 02 01, 47. – odpady o kodzie 20 03 07 (zarzut nr 3),

c) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ENERIS pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, a jej zaniżenie nie znajduje żadnego innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej w związku z jego realizacją, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków zadeklarowanych w ofercie, na co również wskazuje treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Konsorcjum ENERIS w postępowaniu (zarzut nr 4),

d) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ENERIS pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców, w szczególności Odwołującego (zarzut nr 5),

e) art. 16 pkt 1 ustawy PZP – poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności z oceną wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ENERIS (zarzut nr 6).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie odwołania oraz jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegających na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS,

2) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS,

3) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jego konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

4) ewentualnie, tylko w razie uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 odwołania i jednocześnie w razie nienakazania przez Izbę Zamawiającemu dokonania czynności dalej idących, wskazanych w pkt 2 i 3 powyżej – ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności zwrócenia się przez Zamawiającego do Konsorcjum ENERIS o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP w odniesieniu do cen jednostkowych wskazanych w Załączniku nr 1A do SWZ – Formularzu kalkulacyjnym ceny ofertowej w jego Części A w pozycjach Lp. 8, 10, 15, 16, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 44 oraz w jego Części B w pozycji Lp. 1.

Ponadto Odwołujący wniósł odopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu lub przedłożonych na rozprawie przed Izbą, a także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu zarzutów nr 1 i nr 2 odwołania wykonawca M. wskazał na wstępie, że w aktach przedmiotowego postępowania zalegają dokumenty w postaci: a) „Wycena przedmiotu zamówienia 2023.pdf” – zawierający wycenę przedmiotu zamówienia wraz z Załącznikami nr 1–3 oraz b) „Zestawienie cen – badanie rażąco niskiej ceny.xlsx”. Odwołujący podniósł, że analiza treści tych dokumentów i jego własne wyliczenia prowadzą po wniosku, że Zamawiający po otwarciu ofert dokonał prawidłowych ustaleń w przedmiocie tego, w jakim zakresie ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum ENERIS w treści Załącznika nr 1A do SWZ – Formularza kalkulacyjnego ceny ofertowej spełniają

przesłanki obligujące Zamawiającego do skierowania do Konsorcjum wezwania w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. Wyrażna i szczegółowa informacja dokumentująca ustalenia poczynione przez Zamawiającego została utrwalona zwłaszcza w pliku „Zestawienie cen – badanie rażąco niskiej ceny.xlsx” w zakładce: „Ceny jednostkowe”, w treści której Zamawiający m. in. wyliczył, o ile poszczególne ceny jednostkowe z oferty Konsorcjum ENERIS odbiegają od wyceny dokonanej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zidentyfikował wówczas prawidłowo wszystkie pozycje Formularza kalkulacyjnego, które powinny budzić wątpliwości, tj. 12 pozycji z Części A Formularza kalkulacyjnego, które ostatecznie znalazły się w treści skierowanego do Konsorcjum ENERIS Wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zawartej w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 28 listopada 2023 r. oraz 20 innych pozycji z Części A Formularza kalkulacyjnego, które zostały szczegółowo wymienione w treści zarzutu nr 1 odwołania.

Ponadto Odwołujący zauważył – co nie znalazło odzwierciedlenia w treści „Zestawienie cen – badanie rażąco niskiej ceny.xlsx”, ale wynika z treści „Wycena przedmiotu zamówienia 2023.pdf”, że Zamawiający wycenił łączne koszty wyposażenia trzech PSZOK w pojemniki i kontenery na kwotę 3 x 103 008 zł 00 gr miesięcznie netto (czyli 25 752 zł 00 gr miesięcznie), co pozwala stwierdzić, że cena podana przez Konsorcjum ENERIS w Części B Formularza kalkulacyjnego w poz. Lp. 1 (55 717 zł 00 gr = 4 643 zł 08 gr) jest o 82% niższa od wyceny i niższa o 40% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Pomimo tego Zamawiający z niewiadomych przyczyn nie wymienił ceny za wyposażenie PSZOK w pojemniki i kontenery (Część B poz. Lp. 1 Formularza kalkulacyjnego) w części szczegółowej Wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zawartej w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 28 listopada 2023 r.

Ponadto w ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo nie wymienił również cen jednostkowych z Części A z pozycji Lp. 8, 10, 15, 16, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 44 w treści swojego wezwania z dnia 28 listopada 2023 r. Jak wynika z treści „Zestawienia cen – badania rażąco niskiej ceny.xlsx” (zakładka: Do wyjaśnienia), Zamawiający ograniczył się do wskazania w treści tego wezwania z dnia 28 listopada 2023 r. tylko 12 z 32 pozycji z Części A Formularza kalkulacyjnego, kierując się kryterium opisanym w pierwszej linijce arkusza kalkulacyjnego w zakładce „Do wyjaśnienia” stwierdzając, że „wybrano pozycje z rozbieżnymi cenami jednostkowymi w stosunku do wyceny, średniej oraz te, gdzie ilość odpadów przekraczała 10Mg/rok”. Zastosowanie tak właśnie skonstruowanego kryterium potwierdza zresztą treść dalszych czynności dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że to ostatnie kryterium selekcji (ilość odpadów nieprzekraczająca 10 Mg rocznie) jest nieznane ustawie. Po pierwsze z tego powodu, że jeśli Zamawiający zdecydował się badać poszczególne ceny jednostkowe pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny – powinien być konsekwentny i wezwać Konsorcjum ENERIS do wyjaśnienia wszystkich pozycji Formularza kalkulacyjnego, które budziły wątpliwości w świetle normy art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Po drugie zaś przyjęte przez Zamawiającego kryterium jest arbitralne, ponieważ Zamawiający nigdzie w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia nie wyjaśnił, dlaczego uznał za zasadne, celowe i gospodarne ustalenie progu na poziomie 10 Mg rocznie. Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego w tym względzie narusza również art. 16 pkt 2 ustawy PZP. Po trzecie według Odwołującego pominiętych pozycji z Części A i B Formularza kalkulacyjnego na pewno nie można uznać za nieistotne części składowe całkowitej ceny ofertowej, ponieważ te pominięte przez Zamawiającego pozycje z Części A Formularza kalkulacyjnego ceny ofertowej dotyczą łącznie 41,95 Mg odpadów, co jest ilością niebagatelną. W opinii Odwołującego to właśnie ceny jednostkowe dotyczące kodów odpadów o mniejszych szacowanych ilościach przeznaczonych do odbioru i zagospodarowania w ramach realizacji zamówienia publicznego powinny budzić największe wątpliwości Zamawiającego, ponieważ w przypadku tych odpadów ich poszczególne ilości, transportowane jednorazowo (jednym kursem) podczas wykonania usługi w ramach realizacji zamówienia publicznego będą niewielkie, co sprawia, że przy kosztach transportu takich samych albo podobnych jak w przypadku odpadów pojawiających się w dużych ilościach (koszty paliwa, pracy kierowcy itd.) – wynagrodzenie, które uzyska wykonawca od Zamawiającego (będące wynagrodzeniem „od tony”) będzie dużo niższe niż w przypadku rodzajów odpadów, które występują w obfitości. Z tego względu cena za odbiór (a także zagospodarowanie) odpadów występujących w mniejszych ilościach musi być odpowiednio wyższa, żeby uwzględnić pokrycie kosztów logistycznych nawet przy małych ilościach transportowanych odpadów.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z treścią SWZ i OPZ odbiór odpadów z PSZOK odbywa się na zgłoszenie Zamawiającego oraz musi odbyć się w terminie zadeklarowanym przez wykonawcę w treści oferty – w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert: „Czas odbioru odpadów przez Wykonawcę od momentu otrzymania polecenia od Zamawiającego”. W przypadku Konsorcjum ENERIS maksymalny czas odbioru zadeklarowany w treści złożonej oferty wynosi 24 godziny, co oznacza, że szczególnie w przypadku rodzajów odpadów, których łączne ilości przeznaczone do odbioru i zagospodarowania w całym okresie realizacji zamówienia są niewielkie, jest oczywiste, iż ich ilości

przeznaczone do odbioru w każdym danym konkretnym przypadku będą również małe. Wobec konieczności odbioru tych rzadko występujących odpadów w bardzo krótkim terminie ich ilość przewożona pojedynczym transportem będzie niewątpliwie niewielka, w związku z czym wynagrodzeniu zaoferowanemu przez wykonawcę za takie odpady należy przyglądać się w sposób bardziej uważny niż cenę za odpady najpowszechniej spotykane i występujące obficie. Odwołujący wyjaśnił też, że zgodnie z regulacją art. 9e ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym nie można mieszać. Natomiast w przypadku odpadów niebezpiecznych (czyli oznaczonych znakiem „**” w Formularzu kalkulacyjnym), czyli m. in. odpadów z Części A pozycji Lp. 26 (20 01 13*), Lp. 27 (20 01 14*), Lp. 28 (20 01 15*), Lp. 29 (20 01 17*), Lp. 30 (20 01 19*), Lp. 33 (20 01 26*), Lp. 34 (20 01 27*), Lp. 36 (20 01 29*), Lp. 40 (20 01 37*) – zakaz ten w myśl regulacji art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach jest dodatkowo wzmocniony przez zakaz mieszania odpadów niebezpiecznych różnych rodzajów i mieszania odpadów niebezpiecznych z odpadami innymi niż niebezpieczne. Odwołujący zauważył również, że zgodnie z art. 66 i n. ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach wykonawca przedmiotowego zamówienia publicznego będzie obowiązany do prowadzenia ewidencji odpadów odbieranych i zagospodarowywanych w ramach realizacji zamówienia publicznego w postaci tzw. kart przekazania odpadów (KPO). Przepisy prawa wymagają wystawienia oddzielnej karty przekazania odpadów na każdy rodzaj (kod) transportowanych odpadów oraz ustalenia i odnotowania w treści karty wagi transportowanych odpadów o danym kodzie (w chwili przyjęcia w transport oraz w chwili rozładunku na instalacji lub w innym miejscu docelowym), w dodatku w taki sposób, żeby w trakcie transportu danej partii odpadów była zawsze możliwa weryfikacja danych z KPO ze stanem rzeczywistym (zgodnie z art. 67 ust. 3 pkt 9 i art. 69 ust. 1, 1a i 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach). Ponadto zgodnie z treścią Załącznika nr 11 do SWZ – Wzoru raportu miesięcznego wykonawcy jest obowiązany uwzględnić w raporcie dane takie jak: a) Kod odpadu, Ilość odebranych odpadów [Mg], Instalacja do której przekazano odpady, Proces, któremu poddano odpady (jeśli jest już znany), b) Nr KPO, Kod odpadu, Masa odpadu, Nr rejestracyjny pojazdu. Okoliczność ta wraz z zakazami dotyczącymi mieszania odpadów sprawia, że każdy rodzaj odpadów należy transportować oddzielnie od odpadów innych rodzajów, nawet jeśli są to małe ilości odpadów. W związku z tym w ocenie Odwołującego tym bardziej konieczne jest, ze względu na specyfikę przepisów prawa z zakresu gospodarki odpadami, szczególnie wnikliwe badanie cen za wykonanie usługi w przypadku rodzajów odpadów pojawiających się w małych ilościach.

Odnosząc się szerzej do zarzutu nr 2 odwołania wykonawca M. podniósł, że postawienie tego zarzutu wynika z faktu, iż ocena prawna treści Wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zawartej w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 28 listopada 2023 r. może być dwójaka. Z jednej strony, kierując się poglądami orzecznictwa i doktryny co do tego, iż treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do wykonawcy powinna być maksymalnie precyzyjna, tak aby wykonawca mógł dokładnie dowiedzieć się z jego treści, o co wzywa Zamawiający oraz na czym polegają wątpliwości Zamawiającego, zdaniem Odwołującego można twierdzić, iż Zamawiający powinien był w treści przedmiotowego wezwania, oprócz cen jednostkowych wskazanych w pozycjach Lp. 1, 7, 9, 11, 12, 18, 21, 24, 25, 35, 46, 47 Części A Formularza ofertowego, wyraźnie wskazać również dodatkowe dwadzieścia pozycji: Lp. 8, 10, 15, 16, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 44, a zaniechanie tego przez Zamawiającego stanowi obrazę art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP – i tym samym istotny błąd, który mógł mieć wpływ na ostateczny wynik postępowania. Według Odwołującego patrząc na czynność wezwania Konsorcjum ENERIS do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz samą treść wezwania z dnia 28 listopada 2023 r. z drugiej strony – przy uwzględnieniu fragmentu treści wezwania: „(...) *Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej oraz cen jednostkowych w Formularzu kalkulacyjnym a w szczególności do cen w pozycjach [po czym następuje wyliczenie Lp. 1, 7, 9, 11, 12, 18, 21, 24, 25, 35, 46, 47]*” – można uznać, że osnowa wezwania zawiera w swoim zakresie przedmiotowym wezwanie do wyjaśnienia przez Konsorcjum ENERIS całości oferty cenowej, w tym również innych cen jednostkowych niż wyraźnie wyszczególnione, a wyliczenie 12 pozycji w treści wezwania ma jedynie charakter przykładowy, a nie enumeratywny (o czym świadczy użycie wyrażenia „w szczególności”). Wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum ENERIS jako podmioty profesjonalne w branży gospodarki odpadami powinni samodzielnie zdecydować, jakie jeszcze inne, oprócz tych wyraźnie wymienionych przez Zamawiającego, pozycje cenowe wymagają wyjaśnienia, co należy w szczególności odnieść do cen jednostkowych zaoferowanych przez Konsorcjum ENERIS w pozycjach Lp. 10, 15, 23, 32, 33, 34, 37, 41 i 44 Części A Formularza kalkulacyjnego oraz w pozycji Lp. 1 jego Części B, które są o co najmniej 30% niższe od średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Jednakże Konsorcjum ENERIS w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie odniosło się do tych cen jednostkowych, co prowadzi do konkluzji, że w tym zakresie nie udzieliło wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wyznaczonym terminie, natomiast oceniane całościowo wyjaśnienia Konsorcjum ENERIS są niepełne i nie uzasadniają ani podanej w ofercie ceny całkowitej, skoro pomijają te części składowe, ani nie wykazują w żaden sposób zasadności zaoferowania przez Konsorcjum cen jednostkowych Lp. 10, 15, 23, 32, 33, 34, 37, 41 i 44 oraz ceny za wyposażenie PSZOK-ów w pojemniki i kontenery. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie takie niewywiązanie się Konsorcjum

ENERIS z obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień należy zakwalifikować jako przypadek uchybienia obowiązkom wykonawcy, które powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Według Odwołującego nie ma w tym przypadku możliwości skierowania do Konsorcjum ENERIS ponownego wezwania, ponieważ niewywiązanie się przez Konsorcjum z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może stanowić uzasadnienia dla dodatkowego wzywania do wyjaśnień – byłoby to naruszeniem zasady poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając zarzuty nr 3 i nr 4 odwołania wykonawca M. wskazał, że Konsorcjum ENERIS złożyło wyjaśnienia, na podstawie których Zamawiający po dokonaniu ich rzetelnej oceny powinien był stwierdzić, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Mimo szeregu błędów, w tym pominięcia istotnych kosztów oraz braku przedstawienia dowodów na okoliczność ponoszonych kosztów, Zamawiający bezkrytycznie podszedł do przedmiotowych wyjaśnień, zaakceptował je, co w konsekwencji spowodowało wybranie oferty Konsorcjum ENERIS jako oferty najkorzystniejszej. Następnie Odwołujący w tabeli na str. 21 odwołania porównał ceny jednostkowe netto zaoferowane przez wszystkich wykonawców uczestniczących w przetargu wskazane w Załączniku nr 1A do SWZ – Formularzu kalkulacyjnym ceny ofertowej, w odniesieniu do pozycji o wyjaśnienie których Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ENERIS. Odwołujący podał, że z osnovy dokumentu „Zestawienie cen – badanie rażąco niskiej ceny.xlsx” wynika, że:

- cena jednostkowa Lp. 1 (kod odpadu 15 01 01) jest: o 51% niższa od wyceny oraz o 42% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 7 (kod odpadu 15 01 07) jest: o 49% niższa od wyceny oraz o 56% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 9 (kod odpadu 15 01 10*) jest o 71% niższa od wyceny oraz o 33% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 11 (kod odpadu 16 01 03) jest o 39% niższa od wyceny oraz o 31% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 12 (kod odpadu 17 01 01) jest o 44% niższa od wyceny oraz o 46% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 18 (kod odpadu 17 02 02) jest o 62% niższa od wyceny oraz o 42% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 21 (kod odpadu 17 09 04) jest o 41% niższa od wyceny oraz o 34% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 24 (kod odpadu 20 01 10) jest o 32% niższa od wyceny,
- cena jednostkowa Lp. 25 (kod odpadu 20 01 11) jest o 32% niższa od wyceny,
- cena jednostkowa Lp. 35 (kod odpadu 20 01 28) jest o 97% niższa od wyceny oraz o 93% niższa od średniej arytmetycznej,
- cena jednostkowa Lp. 46 (kod odpadu 20 02 01) jest o 32% niższa od wyceny,
- cena jednostkowa Lp. 47 (kod odpadu 20 03 07) jest o 34% niższa od wyceny.

Odwołujący podniósł, iż wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że zaoferowana cena, koszt lub ich istotne części składowe nie są rażąco niskie. Zdaniem Odwołującego w okolicznościach faktycznych tej sprawy Konsorcjum ENERIS nie podołało temu obowiązkowi z kilku przyczyn. Przede wszystkim zdaniem Odwołującego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum ENERIS, w tym w szczególności tabela o tytule „Szczegółowa kalkulacja kosztów” zawierają szereg błędów, nieścisłości i luk. Z zapisów dokumentacji postępowania, a zwłaszcza pkt 2, 3 i 4 OPZ (Załącznik nr 8 do SWZ) oraz § 4 ust. 6, § 13 ust. 2 i § 13 ust. 7 Wzoru Umowy (Załącznik nr 10 do SWZ) wynika, że metodologia przyjęta przez Konsorcjum ENERIS podczas konstruowania tabeli jest błędna, ponieważ wykonawca przedmiotowego zamówienia publicznego nigdy nie może być pewien, jakie ilości odpadów zostaną zgłoszone do odbioru przez Zamawiającego – mogą to być np. ilości takie jak odbiór kilkunastu–dwudziestu kilku kontenerów danego kodu odpadów, zgłoszone do odbioru przez Zamawiającego w poniedziałek przypadający po otwarciu PSZOK-ów w sobotę, które trzeba odebrać w jeden dzień i celem wywozu których potrzeba oczywiście wykonać dużo więcej niż tylko jeden transport jednym pojazdem. Mogą to być też zgłoszone małe ilości danego kodu odpadów, o wadze nawet poniżej 1 tony, które to odpady wykonawca również musi niezwłocznie odebrać i przetransportować zgodnie z warunkami zamówienia, pomimo tego, że ich ilość (a więc i wynagrodzenie, które będzie należne wykonawcy za wykonane usługi) jest znacznie niższa niż możliwości transportowe pojazdu (a koszty ponoszone przez wykonawcę na wykonanie kursu

są przecież takie same jak w przypadku transportowania tym pojazdem odpadów w większej ilości). Z tego względu, że ilości odpadów, które jednorazowo (jednym kursem) będą odbierane w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia są różnorakie, w tym bardzo często mają wagi niższe niż 1 tona, to ilość kursów potrzebna na odbiór odpadów w całym okresie realizacji zamówienia ulega odpowiedniemu zwiększeniu – a zatem rosną także koszty świadczenia usługi, skoro koszt jednego kursu jest właściwie taki sam bez względu na masę transportowanych odpadów (stopień zapelnienia kontenera).

Odwołujący uzasadnił dalej, że w swoich wyliczeniach bazuje on na rzeczywistych danych dotyczących faktycznych częstotliwości odbioru i tonażu transportowanych odpadów, dla wybranych ilości i kodów odpadów, tj. odpadów objętych treścią „Szczegółowej kalkulacji kosztów” przedłożonej przez Konsorcjum ENERIS, które zostały odebrane w ramach wykonania analogicznego zamówienia publicznego przez Odwołującego w 2023 r., albowiem racjonalnie można założyć, że tonaż oraz częstotliwość odbioru odpadów w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego będą utrzymywać się na podobnym poziomie co w przeszłości. Danymi tymi, w szczególności raportami składanymi przez Odwołującego jako wykonawcę uprzedniego zamówienia publicznego, dysponuje też Zamawiający. Zdaniem Odwołującego kardynalnym błędem, który poczyniło Konsorcjum ENERIS, jest to, że w przedstawionej przez tabeli zawierającej szczegółową kalkulację kosztów usługi Konsorcjum liczy koszty realizacji zamówienia, koszty kursów itp. w sposób całkowicie abstrakcyjny, to znaczy nie uwzględniający tego, iż tonaż poszczególnych partii odpadów koniecznych do przetransportowania, częstotliwość poszczególnych kursów itp. to nie są okoliczności, które można wyliczyć za pomocą prostych, formalnych działań matematycznych. Nie są to też wartości, które rozkładają się w jakiś idealny, równy sposób w trakcie realizacji całego zamówienia. Nawet w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym w tabeli – „Szczegółowej kalkulacji kosztów” próżno w ogóle znaleźć jakiegokolwiek odniesienie się przez Konsorcjum ENERIS do tego, jaką częstotliwość odbiorów (kursów) zakłada, jaką zakłada wagę odpadów podczas jednego kursu, a są to przecież informacje podstawowe przy wycenie kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem tego zamówienia publicznego. W ocenie wykonawcy MIKO Konsorcjum ENERIS nie wyjaśniło w ogóle m.in. tego, w jaki sposób dochodzi do wyliczenia kosztów za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów w sytuacji, w której w przedmiotowym zamówieniu publicznym na pewno nie jest tak, że cała ilość odpadów o danym kodzie przeznaczonych do odbioru i zagospodarowania w całym okresie realizacji tego zamówienia publicznego będzie odebrana jednorazowo i w dodatku jednym transportem, ani nie jest tak, że za każdym razem będzie odbierana dokładnie 1 tona odpadów danego rodzaju. Odwołujący uważa, że Konsorcjum ENERIS w żadnym punkcie złożonych przez siebie wyjaśnień w ogóle nie tłumaczy jaką zakłada częstotliwość kursów oraz tonaż poszczególnych kursów, co ma rozstrzygające znaczenie w przypadku kalkulacji, gdyż jak wspomniano koszt jednego kursu (paliwa, koszty pracownicze, eksploatacyjne itd.) jest zasadniczo taki sam bez względu na ilość transportowanych odpadów, dlatego też zmienne w postaci ilości kursów i ilości odpadów transportowanych jednym kursem (stanowiącej podstawę do wyliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy) są elementami przesądzającymi o opłacalności bądź nieopłacalności realizacji danej usługi. W ocenie Odwołującego Zamawiający dysponując z urzędu danymi w przedmiocie tego, jak w latach ubiegłych kształtowały się ilości odpadów przewożonych poszczególnymi kursami, powinien był uwzględnić tę okoliczność podczas dokonywania oceny złożonych wyjaśnień. Również Konsorcjum ENERIS posiadało wiedzę na ten temat, skoro odpady były przekazywane do instalacji partnera Konsorcjum – ZGOK w Balinie.

Odwołujący podniósł również, że Konsorcjum ENERIS w złożonych wyjaśnieniach nie pokazało, w jaki sposób doszło do wyliczenia „kosztów jednostkowych” za 1 tonę odpadów. W tabeli w wyjaśnieniach, bez żadnych objaśnień pojawiają się tak niejasne pozycje jak: a) „średni dystans na zbiórkę [km/1Mg]”, b) „Obsada: 0,5” (w przypadku odpadów o kodzie 20 01 11 i 20 01 28) oraz c) cztery kolejno następujące po sobie wiersze, które mają rzekomo tłumaczyć sposób wyliczenia kosztów kontenerów i pojemników na odpady, przy czym naprawdę w żaden sposób nie wyjaśniają one tego, jak Konsorcjum ENERIS doszło do obliczenia kwot ujętych w pozycji „Koszt pojemników/kontenerów [zł/Mg]”, ani jakie dokładnie kontenery/pojemniki Konsorcjum ENERIS miało na myśli dokonując kalkulacji kwot w poszczególnych rubrykach tabeli. Okoliczność ta ma istotne znaczenia dla wyliczenia kosztów świadczenia usługi tym bardziej, że na str. 1 Załącznika nr 8 do SWZ – Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający sprecyzował w jakie kontenery i pojemniki wykonawca ma obowiązek wyposażyć PSZOK-i. Ponadto Odwołujący podniósł, że treści pisma z dnia 5 grudnia 2023 r. „Odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” na str. 4 zostało również napisane, że: „Dodatkowo, Wykonawca uwzględnił w kalkulacji dodatkowy przychód ze sprzedaży surowców, w tym w szczególności szkła. Poziom odzysku tego surowca jest najwyższy i wynosi ok. 80%. Wykonawca nie ponosi kosztu zagospodarowania tej frakcji, a wręcz jest w stanie uzyskać dodatkowy dochód ze sprzedaży. Ceny skupu szkła negocjowane są indywidualnie i w zależności od jakości surowca osiągają wartość od 150 zł netto/Mg do 400 zł netto/Mg”. Jednocześnie w „Szczegółowej kalkulacji kosztów” w treści tabeli pozycje o nazwach „Odzysk surowca” („85%”) oraz „Cena sprzedaży surowca” („400,00 zł”) znajdują się wyłącznie w kolumnie dotyczącej kalkulacji ceny ofertowej za odbiór i

zagospodarowanie odpadu o kodzie 15 01 01, czyli Opakowań z papieru i tektury. W ocenie Odwołującego jest to ewidentna sprzeczność pomiędzy tymi dwoma oświadczeniami Konsorcjum ENERIS. Nie pozwala to na ustalenie w wyniku lektury złożonych wyjaśnień, co dokładnie Konsorcjum ENERIS miało na myśli oraz czy i które podnoszonych twierdzeń jest prawidłowe, co zdaniem Odwołującego już samo w sobie dyskwalifikuje wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w tym zakresie. Według Odwołującego także twierdzenia Konsorcjum ENERIS w przedmiocie wysokich cen, które Konsorcjum mogłoby uzyskać z tytułu dalszej odsprzedaży odpadów papieru i tektury o kodzie 15 01 01, są zdecydowanie zawyżone. Odwołujący podniósł, że obrót odpadami opakowaniowymi z papieru i tektury (15 01 01) nie polega na tym, że gdy odpady trafiają na instalację, wystarczy, że zostaną tam rozsortowane, aby móc je odsprzedać, w dodatku po wysokiej cenie. Aby w ogóle można było mówić o dalszej sprzedaży odpadów papieru i tektury przez podmiot prowadzący instalację to w pierwszej kolejności musi być to odpad dobrej jakości (czysty, suchy, niezatłuszczony, nie zmieszany w pojemniku/worku z innymi odpadami), następnie na terenie instalacji konieczne jest poddanie tych odpadów wielu procesom, mającym na celu ich doczyszczanie, ustandaryzowanie, polepszenie ich jakości pod kątem wymagań dalszych odbiorców, wreszcie muszą one zostać zbelowane – dopiero wtedy można rozważać atrakcyjność ekonomiczną ich zbycia. Wykonanie tych wszystkich czynności, które są niezbędne do nadania tym odpadom wartości handlowej, wymaga nakładu sił i środków oraz czasu i generuje w związku z tym znaczne koszty. Z tego względu w rzetelnie sporządzonej kalkulacji, jeśli powołano się na możliwość zbycia surowców wtórnych, kalkulacja koniecznie musi uwzględniać też koszty przygotowania odpadów do sprzedaży, a tego zdecydowanie zabrakło w kalkulacji przedłożonej przez Konsorcjum ENERIS. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku odpadów szklanych, a dodatkowo w przypadku tych odpadów rolę na rynku grają takie czynniki jak kolor szkła (nie każdy jest poszukiwany przez recyklerów), to czy jest mowa np. o całych butelkach, czy o stłuczce szklanej, itd. W tym przypadku Konsorcjum ENERIS także nie podjęło się wyjaśnienia tych kwestii w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Wykonawca M. do odwołania dołączył własne wyliczenia w formie tabeli, które jego zdaniem jasno pokazują błędy w tabeli sporządzonej przez Konsorcjum ENERIS ujętej w „Szczegółowej kalkulacji kosztów”. Według Odwołującego kalkulacja przygotowana przez Konsorcjum ENERIS nie wykazuje w żadnej mierze, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W odniesieniu do zastrzeżeń co do wysokości poszczególnych pozycji kosztowych przyjmowanych przez Konsorcjum ENERIS w tabeli „Szczegółowej kalkulacji kosztów” Odwołujący podniósł, że:

1) Wszystkie ceny zagospodarowania odpadów podane w tabeli budzą istotne wątpliwości, z czego szczególne wątpliwości budzą:

– cena za zagospodarowanie odpadów o kodzie 17 09 04 (Zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02 i 17 09 03) – 271 zł 00 gr/Mg netto,

– cena za zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 01 28 (Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice inne niż wymienione w 20 01 27) 200 zł 00 gr/Mg netto.

Według Odwołującego ceny rynkowe za przyjęcie i przetworzenie (zagospodarowanie) odpadów o kodzie 17 09 04 są wyższe, czego mają m. in. dowodzić aktualne cenniki Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Balinie i Zakładu Gospodarki Komunalnej „Bolesław”, a także faktury VAT pochodzące od kontrahentów Odwołującego.

2) Koszty pracy – Konsorcjum ENERIS w załączeniu do złożonych wyjaśnień przedstawiło dokumenty w postaci „Umowy o pracę” z dnia 4 grudnia 2023 r. na stanowisku pracy: ładowacz (nieczystości stałych), w treści której wynagrodzenie brutto zostało określone na kwotę 3 800 zł 00 gr miesięcznie oraz „Aneks do umowy o pracę” z dnia 24 kwietnia 2023 r., w którym wynagrodzenie miesięczne brutto zostało ustalone na kwotę 3 970 zł 00 gr. Zdaniem Odwołującego oba te dokumenty nie są miarodajne do wyliczenia i wykazania kosztów pracy, ponieważ kwoty wynagrodzeń w nich zawartych są niższe od kwoty minimalnego wynagrodzenia obowiązującej w 2024 r., która wynosi w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 r. – 4 242 zł 00 gr brutto miesięcznie (minimalna stawka godzinowa: 27 zł 10 gr brutto), a w okresie od 1 lipca do 31 grudnia 2024 r. – 4 300 zł 00 gr brutto miesięcznie (minimalna stawka godzinowa: 28 zł 10 gr brutto).

3) Czasy przejazdu oraz pokonywane dystanse – wydatki ponoszone na transport odpadów są „stałe” w tym sensie, że są niezależne od ilości transportowanych odpadów – każdy kurs (na podobnej trasie, o podobnym czasie trwania) generuje podobne koszty, bez względu na ilość przewożonych odpadów (stopień zapelnienia kontenera). Odwołujący podkreślił, że konieczność przewiezienia danej ilości odpadów nie jednym kursem, ale np. trzema generuje „potrójny” koszt transportu, natomiast kwota wynagrodzenia, które wykonawca otrzyma od Zamawiającego z tytułu wykonania usługi, jest uzależniona wyłącznie do wagi odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów – i to zdaniem Odwołującego właśnie sprawia, że koszt jednostkowego kursu oraz łączna faktyczna ilość kursów potrzebna do odbioru danej ilości odpadów są czynnikami kluczowymi dla oceny rentowności całego przedsięwzięcia. Odwołujący podniósł, że z treści złożonego przez Konsorcjum ENERIS oświadczenia o podziale zadań czynności związane z

obieraniem i transportem odpadów wykona w całości Lider Konsorcjum – ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji natomiast partner Konsorcjum – ZGOK w Balinie zajmie się częściowo zagospodarowaniem odpadów. Ponadto z „Odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” z dnia 5 grudnia 2023 r. wynika, iż lider Konsorcjum dysponuje bazą magazynowo-transportową w Jaworznie, a także instalację w Siemianowicach Śląskich, partner Konsorcjum posiada instalację w Balinie, natomiast część odpadów niebezpiecznych będzie przekazywana do instalacji ENERIS PROECO w Bydgoszczy. Jednocześnie 3 PSZOK-i objęte tym zamówieniem są zlokalizowane w Trzebir Chrzanowie i Libiążu. Następnie Odwołujący przedstawił w swoim odwołaniu odległości pomiędzy poszczególnymi bazami i instalacjami Konsorcjum ENERIS a PSZOK-ami i zilustrował to mapami wygenerowanymi poprzez stronę internetową Google Maps. Wykonawca M. podniósł również, że Konsorcjum ENERIS nie może w swojej kalkulacji ceny ofertowej poprzestać na tym, że odpady będą zbierane oraz tymczasowo magazynowane na terenie bazy magazynowo-transportowej w Jaworznie, ponieważ rzetelna kalkulacja musi obejmować cały cykl odbioru i zagospodarowania odpadu, czyli aż do jego dostarczenia do właściwej instalacji, a tym samym Konsorcjum ENERIS powinno doliczać czas, koszty paliwa itd. potrzebne np. na przewóz odpadów z bazy lidera Konsorcjum w Jaworznie do instalacji w Siemianowicach Śląskich oraz do instalacji w Bydgoszczy, jak również koszty związane z tymczasowym magazynowaniem tych odpadów na terenie bazy w Jaworznie, czego Konsorcjum ENERIS nie uczyniło. Następnie Odwołujący na str. 39-41 odwołania zaprezentował własne wyliczenia, które jego zdaniem w sposób bezsprzeczny pokazują, że wartości podane przez Konsorcjum ENERIS w tabeli w „Szczegółowej kalkulacji kosztów”, a dotyczące długości tras i czasu potrzebnego na odbiór i transport odpadów, nie przystają do rzeczywistości.

Odwołujący podsumował uzasadnienie zarzutów nr 3 i 4 odwołania w ten sposób, że z uwagi na dużą niejasność i nieprecyzyjność wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ENERIS oraz całkowity brak przedstawienia przez Konsorcjum, jakie założenia poczyniło konstruując wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w szczególności że Konsorcjum ENERIS w żaden sposób nie wyjaśniło poszczególnych pozycji i kwot przyjętych w tabeli w „Szczegółowej kalkulacji kosztów” – na wady złożonych wyjaśnień można patrzeć pod różnymi kątami, w układzie wieloaspektowym, nieraz te linie argumentacji będą się też przecinać. Jego zdaniem Konsorcjum ENERIS nie wywiązało się w sposób należyty z wynikającego z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, co powinno było skutkować odrzuceniem złożonej przez nie oferty na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu nr 6 odwołania dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wykonawca M. wskazał, że w związku z przedstawionymi wyliczeniami złożenie oferty z tak wskazaną ceną stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu) w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Aby możliwe było popełnienie tego czynu konieczne jest spełnienie 3 przesłanek, tj. następuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, następuje utrudnienie dostępu do rynku, a celem tego działania jest eliminowanie innych przedsiębiorców z rynku.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie wszystkie te przesłanki zostały spełnione. Po pierwsze, cena usługi nie pokrywa jej kosztów, w związku z czym mamy do czynienia z próbą sprzedania usług poniżej kosztów ich świadczenia. Po drugie, działanie takie powoduje utrudnienie dostępu do rynku, ponieważ – jak się wskazuje w literaturze prawniczej – „*utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce we wszystkich tych sytuacjach, w których skutki czynów zmateriałizowały się w postaci realnej szkody ich adresatów (np. utrata klientów i zmniejszenie obrotów na skutek zastosowania przez konkurencję sprzedaży produktów poniżej kosztów)*”. Komentowany przepis nie zawiera natomiast żadnych określeń sugerujących, że dla dokonania utrudniania dostępu do rynku konieczne jest osiągnięcie jakiegoś skutku. Co więcej, idea ochrony przysługującej na mocy komentowanej ustawy polega na „*zapobieganiu i zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 1 u.z.n.k.)*”, a sam czyn podlega ustawie nie tylko, jeśli narusza interes przedsiębiorcy lub klienta, ale także jeśli mu zagraża (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Z powyższego wynika, że dla zrealizowania utrudniania dostępu do rynku wystarczające jest samo podjęcie działań, które zgodnie z doświadczeniem życiowym, zasadami prowadzenia obrotu gospodarczego i prawidłowościami rynkowymi są zdolne, chociażby potencjalnie, do wywołania zakłóceń (np. wystawienie na sprzedaż produktów po cenie niższej niż koszty przedsiębiorcy, mało skuteczne rynkowo wymuszanie na klientach dokonania odpowiedniego wyboru)” (tak M. Sieradzka (red.), M. Zdyb (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 15). Po trzecie, działanie takie ma na celu eliminację konkurencji z rynku, ponieważ zdaniem Odwołującego nie można wyobrazić sobie innego celu zaoferowania świadczenia usług po cenie znacznie zaniżonej w stosunku do kosztu, niż chęć osiągnięcia długofalowego planu jakim jest doprowadzenie do eliminacji konkurencji.

Ponadto Odwołujący podniósł, że postępowanie Zamawiającego polegające na nierzetelnej ocenie wyjaśnień Konsorcjum ENERIS, która w szczególności przejawiała się w niezauważeniu przez Związek Międzygminny szeregu pominięć i niespójności w treści wyjaśnień, uzasadnia twierdzenie, że naruszona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Według Odwołującego nie może być uznane za właściwe postępowanie instytucji zamawiającej sprowadzające się do bezkrytycznej i bezrefleksyjnej akceptacji wyjaśnień Konsorcjum ENERIS w sytuacji, gdy ich rzetelna ocena prowadziłaby do konieczności uznania, że nie zostało wykazane, ani tym bardziej udowodnione, że oferta złożona przez Konsorcjum ENERIS nie zawiera rażąco niskiej ceny.

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

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, gdyż nie ziszcza się żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka uniemożliwiająca merytoryczne rozpoznanie odwołania.

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

Izbie stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przez Konsorcjum ENERIS, albowiem zostało ono złożone w przewidzianym przepisami prawa terminie, Konsorcjum wykazało swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, zaś samo zgłoszenie nie zawierało żadnych wad formalnych.

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

Izba uwzględniła też stanowisko prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, a także wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lutego 2024 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w jego piśmie z dnia 28 lutego 2024 r.

Izba wydała postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z następujących dokumentów stanowiących załączniki do pism stron i uczestnika oraz dokumentów przesłanych do Izby drogą e-mailową:

- Cennik ZGOK Balin obowiązujący w 2024 r.,
- Wyciąg z cennika ZGK Bolesław obowiązujący w 2024 r.,
- Wyciąg z faktury VAT nr FA/60/08/2023,
- Wyciąg z faktury VAT nr 249/10/2023,
- Wyciąg z faktury VAT nr 208/12/2023,
- Faktura VAT nr FA/22/12/2023/ZŁOM,
- Faktura VAT nr FA/38/01/2024/ZŁOM,
- Faktura VAT nr FA/27/01/2023/ZŁOM,
- Faktura VAT nr FA/33/02/2023/ZŁOM,
- Faktura VAT nr FA/34/03/2023/ZŁOM,
- Faktura VAT nr FA/48/11/2023/ZŁOM,
- Faktura VAT nr FA/35/12/2023/ZŁOM,
- Zbiorcze zestawienie ilości odpadów 2023,
- Tabela kalkulacyjna Odwołującego,
- Weryfikacja Kalkulacji RNC przedstawionej przez wykonawców ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o.,

– Raporty dzienne – zestawienie ilości odebranych odpadów z PSZOK-ów na terenie gmin Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna” w Chrzanowie za okres styczeń – grudzień 2023 r.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dowodów złożonych do akt sprawy odwoławczej, jednakże dowody złożone przez Odwołującego nie miały istotnego znaczenia dla rozpoznania tej sprawy, albowiem złożone faktury VAT pochodzące od kontrahentów Odwołującego, cenniki czy własna tabela kalkulacyjna Odwołującego mają stanowić kontrast dla tabeli Konsorcjum ENERIS ujętej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, nie podważyły kalkulacji wykonania usługi przyjętej przez Konsorcjum ENERIS.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

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

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

- 1) odbieranie odpadów komunalnych z trzech Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) położonych po jednym na terenie gminy Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia,
- 2) transport i zagospodarowanie wszystkich zebranych w tych PSZOK-ach odpadów,
- 3) wyposażenie trzech (każdego z osobna) PSZOK w kontenery i pojemniki na odpady dostarczane przez mieszkańców do danego PSZOK.

Szczegółowy opis zamówienia został określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ (rozdział IV ust. 2 SWZ).

Oferty w postępowaniu złożyło 3 wykonawców:

- 1) Konsorcjum ENERIS na kwotę 3 365 166 zł 60 gr brutto,
- 2) Wykonawca MKO 4 540 595 zł 94 gr brutto,
- 3) Wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU „Rucki” T.R. z siedzibą w Trzebinii na kwotę 7 255 119 zł 51 gr brutto.

Zamawiający w dniu 28 listopada 2023 r. – uznając, że cena ofertowa brutto zawarta w ofercie Konsorcjum ENERIS jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu – wezwał Konsorcjum ENERIS na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej oraz cen jednostkowych zawartych w Formularzu kalkulacyjnym, a w szczególności do cen ujętych w pozycjach: 1 – odpad o kodzie 15 01 01, 7 – odpad o kodzie 15 01 07, 9 – odpad o kodzie 15 01 10, 11 – odpad o kodzie 16 01 03, 12 – odpady o kodzie 17 01 01, 18 – odpad o kodzie 17 02 02, 21 – odpad o kodzie 17 09 04, 24 – odpad o kodzie 20 01 10, 25 – odpad o kodzie 20 01 11, 35 – odpad o kodzie 20 01 28, 46 – odpad o kodzie 20 02 01 oraz 47 – odpad o kodzie 20 03 07, które w opinii Zamawiającego wydawały się rażąco niskie i budziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający podał, że w wyjaśnieniach należy wykazać, że ceny jednostkowe zawierają wszystkie niezbędne do realizacji zamówienia elementy, w tym m. in. koszty odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, koszty pracownicze (zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego), koszty związane z eksploatacją pojazdów odbierających odpady oraz inne, niezbędne elementy.

Konsorcjum ENERIS w dniu 5 grudnia 2023 r. udzieliło na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień. Konsorcjum potwierdziło, że cena oferty uwzględnia wszelkie koszty wynikające z wymagań Zamawiającego, zakresu przedmiotowego zamówienia, w tym koszt odbioru i transportu odpadów zebranych w PSZOK do odpowiednich instalacji, koszty posiadania i prowadzenia bazy magazynowo-transportowej, koszty wyposażenia PSZOK-ów w pojemniki i kontenery, a także aktualnie obowiązujących przepisów prawa oraz specyfiki i kosztów pracy, przez co stwierdzić należy, iż nie została skalkulowana na rażąco niskim poziomie. Jednocześnie Konsorcjum ENERIS przedstawiło Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia oraz dowody potwierdzające prawidłowość przedstawionej kalkulacji. Do wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci: szczegółowej kalkulacji kosztów, ofert skupu stłuczki szklanej, oferty ENERIS PROECO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy na unieszkodliwianiu odpadów niebezpiecznych, umowy o pracę na stanowiskach kierowcy, ładowacza i sortowacza, dowody rejestracyjne pojazdów przewidzianych do obsługi zamówienia, faktury VAT za zakup paliwa, faktury za zakup kontenerów i pojemników, Certyfikaty ISO 14001 i ISO 9001.

Konsorcjum ENERIS wskazało, że nie jest mu znany podział kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia na poszczególne frakcje odpadów, ponieważ Zamawiający nie podał takiej informacji przed otwarciem ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w związku z tym nie jest możliwe odniesienie się do relacji ceny ofertowej wykonawcy do szacunkowej wartości poszczególnych części składowych zamówienia. Konsorcjum potwierdziło, że skalkulowana na dzień składania ofert cena ofertowa zawierała wszelkie elementy niezbędne do należytej realizacji Zamówienia, na dowód czego składa poniższe wyjaśnienia wraz z kalkulacją kosztów oraz dowodami. Szczegółowe kalkulacje zostały przeprowadzone w oparciu o wymogi opisane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia oraz doświadczenie nabyte w świadczeniu usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych na rzecz Zamawiającego. Konsorcjum uwzględniło w przedstawionej kalkulacji następujące elementy kosztotwórcze:

- 1) koszty transportu, w tym koszty zużycia paliwa, uwzględniające średnią masę odpadów w jednym pojemniku, masę odpadów jaką można odebrać jednym pojazdem oraz odległości między PSZOK a instalacją, a także częstotliwość odbioru,
- 2) koszty wynagrodzenia osób przewidzianych do realizacji zamówienia oraz wszelkie koszty pośrednie związane z ich pracą, w tym koszty zatrudnienia, koszty pracodawcy, urlopy, zwolnienia lekarskie, z uwzględnieniem czasu niezbędnego na odebranie przetransportowanie odpadów oraz częstotliwość wykonywanej usługi,
- 3) koszty sprzętu i jego amortyzacji, przy czym Konsorcjum zaznaczyło, że dysponuje sprzętem, pozwalającym na wykonania zamówienia, który został zakupiony i był, a także będzie wykorzystywany do wykonywania innych zamówień, narzędzia i urządzenia nie przechodzą na własność Zamawiającego, zatem minimalny rzeczywisty koszt w tym zakresie to koszt ich amortyzacji,
- 4) koszty amortyzacji pojemników i kontenerów,
- 5) koszty operacyjne Konsorcjum, w tym powierzchni biurowej, koszty utrzymania bazy transportowej, koszty zarządu, koszty przygotowania oferty,
- 6) zysk i ryzyko wykonawcy, w podziale na poszczególne frakcje odpadów, w tym obiektywne czynniki wpływające na korzystne warunki realizacji zamówienia przez Konsorcjum.

Następnie Konsorcjum ENERIS omówiło w swoich wyjaśnieniach obiektywne czynniki wpływające na korzystne warunki realizacji zamówienia oraz oświadczyło, że wykona w sposób prawidłowy i zgodny z ofertą usługi wskazane przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, przy zachowaniu najwyższych standardów obowiązujących podczas realizacji zamówień tego typu:

- 1) Wiedza i doświadczenie Konsorcjum – znajomość szczegółowych warunków realizacji zamówienia.

Konsorcjum ENERIS korzysta z wieloletniego doświadczenia nabytego w realizacji usług na rzecz Zamawiającego. Doświadczenie w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego na terenie gmin Chrzanów, Trzebinia i Libiąż, pozwoliło Konsorcjum ENERIS na dokonanie precyzyjnego określenia parametrów świadczenia usługi, a co za tym idzie bardzo precyzyjne ustalenie kosztów usługi w oparciu o te czynniki.

- 2) Koszty zagospodarowania odpadów – bliskość instalacji Wykonawcy, zagospodarowanie odpadów w instalacjach Wykonawcy oraz możliwość sprzedaży surowców.

Wykonawca skalkulował przekazanie odpadów odebranych w ramach zamówienia do własnych instalacji, dzięki czemu stawki za zagospodarowanie odpadów poszczególnych frakcji są korzystniejsze niż stawki wolnorynkowe. Wykonawca dysponuje własnymi instalacjami, w tym instalacją komunalną Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie oraz Zakładem ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Siemianowicach Śląskich oraz bazą magazynową w Jaworznie. Dodatkowo, w ramach współpracy spółek należących do Grupy Kapitałowej ENERIS wykonawca przewidział przekazanie części odpadów niebezpiecznych do instalacji termicznego przekształcania odpadów, należącej do ENERIS PROECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, zapewniając tym samym zoptymalizowane rozwiązania w zakresie gospodarowania odpadami oraz korzystne warunki zagospodarowania odpadów niebezpiecznych. Zagospodarowanie wskazanych frakcji odpadów, w odniesieniu do których Zamawiający powziął wątpliwości, wykonawca skalkulował w oparciu o korzystne warunki zagospodarowania odpadów, tj.:

- 2.1) Zagospodarowanie odpadów – Zakład ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Siemianowicach Śląskich.

Wykonawca skalkulował transport części strumienia odpadów odebranych z PSZOK-ów, tj.:

- 1 – odpady o kodzie 15 01 01 - Opakowania z papieru i tektury,

7 – odpady o kodzie 15 01 07 - Opakowania ze szkła,

18 – odpady o kodzie 17 02 02 – Szkło

do instalacji Zakładu ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Siemianowicach Śląskich.

Wykonawca posiada również bazę w Jaworznie, dla której ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada decyzję na zbieranie wskazanych kodów odpadów. Wykonawca przewiduje zbieranie odpadów pod wskazanym adresem, znajdującym się w odległości zaledwie kilkunastu kilometrów od lokalizacji PSZOK-ów, z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady, co w znacznym stopniu ogranicza koszty transportu odpadów, pozwala na zwiększenie efektywności pracy, eliminację dodatkowych kosztów paliwa i opłat drogowych. Jednocześnie wykonawca przewidział zagospodarowanie odpadów we własnej instalacji, nie ponosi więc dodatkowych kosztów związanych z tym procesem, takich jak marża instalacji zewnętrznej. Dodatkowo wykonawca uwzględnił w kalkulacji dodatkowy przychód ze sprzedaży surowców, w tym w szczególności szkła. Poziom odzysku tego surowca jest najwyższy i wynosi ok. 80%. Wykonawca nie ponosi kosztu zagospodarowania tej frakcji, a wręcz jest w stanie uzyskać dodatkowy dochód ze sprzedaży. Ceny skupu szkła negocjowane są indywidualnie i w zależności od jakości i ilości surowca osiągają wartość od 150 zł 00 gr netto/Mg do 400 zł 00 gr netto/Mg.

2.2) Zagospodarowanie odpadów – Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Balinie.

Wykonawca skalkulował transport części strumienia odpadów odebranych z PSZOK-ów, tj.:

11 – odpady o kodzie 16 01 03 - Zużyte opony,

12 – odpady o kodzie 17 01 01 - Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów,

21 – odpady o kodzie 17 09 04 - Zmieszane odpady z budowy, remontu i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02 i 17 09 03 ,

24 – odpady o kodzie 20 01 10 - Odzież,

25 – odpady o kodzie 20 01 11 - Tekstylia,

46 – odpady o kodzie 20 02 01 - Odpady ulegające biodegradacji,

47 – odpady o kodzie 20 03 07 - Odpady wielkogabarytowe,

do instalacji Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balinie. Instalacja partnera Konsorcjum zlokalizowana jest w Balinie, tj. na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna”, co poprzez jej bliskość umożliwia zminimalizowanie kosztów transportu odpadów do instalacji, a co stanowi istotny element kosztotwórczy. Niewielka odległość do instalacji w Balinie, pozwoliła Konsorcjum na znaczące ograniczenie kosztów transportu, zwiększenie efektywności pracy, eliminację dodatkowych kosztów paliwa i opłat drogowych. Wpływa to także na ostateczny koszt pracy, poprzez znaczące ograniczenie liczby godzin pracy pracowników, związanych z wykonaniem odbiorów odpadów.

2.3) Zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych w instalacji termicznego przekształcania odpadów, należącej do ENERIS PRECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy.

Wykonawca skalkulował transport części strumienia odpadów odebranych z PSZOK-ów, tj.:

9 – odpady o kodzie 15 01 10 - Opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone (np. środkami ochrony roślin I i II klasy toksyczności - bardzo toksyczne i toksyczne),

35 – odpady o kodzie 20 01 28 - Farby, tusze, kleje inne niż wymienione w 20 01 27, do instalacji termicznego przekształcania odpadów, należącej do ENERIS PROECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, dzięki czemu uzyskał korzystne warunki utylizacji odpadów niebezpiecznych.

Sam koszt paliwa został skalkulowany w oparciu o obecne ceny paliw, z uwzględnieniem możliwych do przewidzenia wahań cen, na podstawie faktur oraz informacji na temat cen hurtowych paliw. Wykorzystanie przez Konsorcjum ENERIS własnych instalacji gwarantuje zagospodarowanie odpadów w całym okresie realizacji zamówienia, w możliwie najbliższej instalacji, co ogranicza ryzyko wykonawcy, oraz gwarantuje najniższe koszty operacyjne transportu odpadów do instalacji.

3) Koszty zatrudnienia – pracownicy zatrudnieni przez wykonawcę do realizacji zamówienia na rzecz Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna”.

Zgodnie z wymogiem wskazanym w rozdziale V SWZ o nazwie: „Wymagania dotyczące zatrudnienia” Zamawiający

wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy, w całym okresie obowiązywania Umowy, osób wykonujących czynności bezpośrednio związane realizacją przedmiotu zamówienia, czyli: kierowców (kierowanie samochodami przystosowanymi do przewozu odpadów) oraz pracowników fizycznych – załadunek i rozładunek pojemników z odpadami.

Konsorcjum ENERIS oświadczyło, że spełnia wskazany warunek, a złożona przez nie oferta jest zgodna z przepisami, w tym przepisami dotyczącymi kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, którego wysokość w 2024 r. będzie wynosić: od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 30 czerwca 2024 r. – 4 242 zł 00 gr brutto, a od dnia 1 lipca 2024 r. do dnia 31 grudnia 2024 r. – 4 300 zł 00 gr brutto.

Wykonawca załączył przykładowe umowy o pracę i oświadczył, że w kwocie wynagrodzenia, ujętego w wycenie ofertowej, uwzględnione zostały wszystkie wymagane koszty zatrudnienia, obejmujące w szczególności: stałe wynagrodzenie w każdym miesiącu, składki społeczne pracownika, składkę emerytalną, składkę rentową, składkę chorobową, składkę zdrowotną oraz zaliczkę na podatek. Wszystkie osoby przewidziane do realizacji zamówienia zatrudnione są na podstawie umów o pracę. Szczegółowe założenia związane z kosztami pracy zostały przedstawione w Szczegółowej kalkulacji kosztów.

4) Koszty transportu odpadów – własne pojazdy wykonawcy, przeznaczone do obsługi zamówienia.

Konsorcjum ENERIS wyjaśniło, że dla usług jak ta objęta zamówieniem, kalkulacja kosztów transportu oparta jest przede wszystkim na: kosztach pojazdów, kosztach zużytego paliwa, kosztach pracy osób skierowanych od wykonania zamówienia, kosztów przetwarzania i zagospodarowania odpadów w instalacjach.

Koszty paliwa, stanowiące istotny koszt transportu odpadów, uzależnione są od ilości kilometrów jakie przemierza pojazd odbierający odpady od miejsc ich odbioru do instalacji. Wykonawca dysponuje pojazdami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia. Podczas kalkulacji ceny oferty Konsorcjum ENERIS uwzględniło koszty amortyzacji, eksploatacji pojazdów oraz zużycie paliwa w związku z realizacją zamówienia w oparciu o stawki rynkowe, aktualne na dzień składania ofert, z uwzględnieniem ewentualnych wahań cen jakie mogą wystąpić w okresie świadczenia usługi. Oszczędności związane są z brakiem kosztów zakupu pojazdów, co powoduje, że wykonawca faktycznie ponosi tylko koszty bieżącej eksploatacji i amortyzacji pojazdów. Wykonawca już na etapie kalkulacji mógł odnieść się do rzeczywistego wykorzystania pojazdów, kalkulując wyłącznie realny koszt zaangażowania pojazdów do wykonania zamówienia. Optymalizacja wykorzystania pojazdów pozwala na zmniejszenie kosztów związanych z kierowaniem do wykonania zamówienia większej liczby pojazdów, co wpływa na konieczność wkalkulowania kosztów ich amortyzacji, wyposażenia, obsady itp.

5) Koszty gromadzenia odpadów – pojemniki należące do Wykonawcy.

Konsorcjum ENERIS dysponuje własnymi kontenerami i pojemnikami, zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego. Kontenery i pojemniki są już zamortyzowane i znajdują się w dobrym stanie technicznym. Wykonawca uwzględnił w wycenie ofertowej koszty amortyzacji kontenerów i pojemników, na dowód czego przedłożył dowody zakupu kontenerów i pojemników.

6) Zarządzanie procesem świadczonych usług.

Konsorcjum ENERIS wskazało, że świadczy usługi na najwyższym poziomie, korzystając z dotychczasowych doświadczeń, pozyskanej wiedzy oraz nowoczesnych narzędzi, w oparciu o wdrożone procedury, mające na celu poprawne postępowanie z odebranymi odpadami oraz terminowe i należyte wykonanie świadczonych usług. Należący do Grupy Kapitałowej ENERIS lider Konsorcjum – ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz partner Konsorcjum – Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością korzystają ze zintegrowanych systemów zarządzania, zgodnych z ISO 9001 oraz ISO 14001. W szczególności jakość świadczonych usług kontrolowana jest w obszarach takich jak: 1) organizacja pracy, zgodnie z wdrożoną procedurą odbioru odpadów, 2) ochrona środowiskowa, zgodnie z wdrożoną procedurą zarządzania aspektami środowiskowymi, 3) bezpieczeństwo pracy, zgodnie z wdrożoną Procedurą BHP. Stosowanie wypracowanych procedur oraz optymalizacja procesów biznesowych, obejmująca w szczególności: 1) efektywne wykorzystywanie posiadanych zasobów, 2) zapewnienie spójności procesów poprzez dostosowanie ich do struktury organizacyjnej i wyeliminowanie zbędnych działań, co pozwala na obniżenie kosztów operacyjnych, 3) zbudowanie bazy stałych podwykonawców, 4) utrzymywanie wysokiej jakości oferowanych usług, co pozwala na obniżenie kosztów związanych z procesem reklamacyjnym, 5) wdrożenie niezbędnych zmian w strukturze firmy, prowadzących do

zwiększenia jej konkurencyjności na rynku – wpływa na usprawnienie działań, co przekłada się wprost na ograniczenie kosztów. Tym samym oferta Konsorcjum ENERIS zawiera wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania części nr I zamówienia oraz została skalkulowana zgodnie z przepisami dotyczącymi gospodarki odpadami, ochrony środowiska oraz BHP.

Lider Konsorcjum – ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w ramach pełnionej funkcji jest odpowiedzialna za należyte stosowanie procedur w ramach Konsorcjum utworzonego na potrzeby udziału w przetargu oraz realizacji zamówienia. Wykorzystanie wdrożonych procedur pozwala na efektywną organizację wykonywania usługi, która gwarantuje sprawne zarządzanie procesem realizacji zamówienia, pozwalając na zmniejszenie kosztów. W ocenie Konsorcjum ENERIS załączone dowody potwierdzają, że wycena kosztów została wykonana w oparciu o stawki rynkowe, aktualne na dzień składania ofert przepisy prawa oraz gwarantuje zysk.

Ostatecznie w dniu 2 lutego 2024 r. za ofertę najkorzystniejszą w ramach części nr I zamówienia Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum ENERIS, oferta wykonawcy M. została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, natomiast oferta wykonawcy T.R. została odrzucona.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę M. i stwierdziła, że żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, zaś czynność podjęta przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej nie jest obarczona wadami.

W wniesionym odwołaniu wykonawca M. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- art. 224 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,
- art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1,
- art. 224 ust. 5 ustawy PZP, według którego obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy,
- art. 224 ust. 6 ustawy PZP, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 16 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 16 pkt 2 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty,
- art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, według którego czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,
- art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych

przedsiębiorców.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania Izba rozpoznając wnioski Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego o jego odrzucenie z powodu wniesienia po terminie przewidzianym w ustawie PZP nie stwierdziła wynikającej z art. 528 pkt 3 ustawy PZP podstawy do jego odrzucenia. Zarzut nr 1 odwołania odnosił się do zaniechania wezwania Konsorcjum ENERIS do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do cen jednostkowych wskazanych w treści Załącznika nr 1A do SWZ – Formularzu kalkulacyjnym ceny ofertowej Części A w pozycjach: Lp. 8, 10, 15, 16, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 44 oraz w Części B w pozycji Lp. 1. Przedmiotem zarzutu nie było zatem kwestionowanie prawidłowości czynności wezwania dokonanej przez Zamawiającego w dniu 28 listopada 2023 r., tylko Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten niezależnie od wezwania Konsorcjum ENERIS do udzielenia wyjaśnień w zakresie 12 kodów odpadów zaniechał wyraźnego wezwania tego Konsorcjum do wyjaśnień także w zakresie dodatkowych 21 kodów odpadów, których wycena usługi jego zdaniem została w sposób rażąco zaniżona. W związku z tym za datę, od której należy liczyć termin na wniesienie odwołania na zaniechanie czynności, należy co do zasady uznać dzień poinformowania wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W związku z tym wnioski Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego sam zarzut był niezasadny. Odwołujący uważa, że Zamawiający w toku procedury weryfikacji oferty Konsorcjum ENERIS pod kątem rażąco niskiej ceny powinien był również wezwać to Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia części cen jednostkowych wskazanych w treści Załącznika nr 1A do SWZ – Formularza kalkulacyjnego ceny ofertowej także w odniesieniu do kolejnych 21 pozycji, tj. w Części A – pozycje: Lp. 8, 10, 15, 16, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 44 oraz w Części B – pozycja Lp. 1. Należy podnieść, że wywodzenie przez wykonawcę M. obowiązku wezwania Konsorcjum ENERIS do wyjaśnień także co do dodatkowych 21 pozycji z Załącznika nr 1A do SWZ jest nieuprawnione w świetle regulacji art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Po pierwsze w świetle art. 224 ust. 1 ustawy PZP obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania w sprawie wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen lub kosztów materializuje się dopiero wtedy, gdy, po pierwsze powstają u Zamawiającego uzasadnione okoliczności sprawy wątpliwości, czy dany wykonawca za zaoferowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienie bez ponoszenia strat, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania i jednocześnie, po drugie, te jego uzasadnione wątpliwości muszą dotyczyć całej ceny lub kosztów albo ich istotnych części składowych. Z treści dokumentacji postępowania wynika natomiast, że te odpady komunalne o 21 kodach, które w swoim środku ochrony prawnej zakwestionował Odwołujący, dotyczą marginalnej części zamówienia, nie więcej niż 3%. Ciężko zatem uznać, aby ceny jednostkowe zaoferowane za usługę odbioru, transportu oraz zagospodarowania tych 21 rodzajów rzadko występujących w praktyce odpadów stanowiły istotną część zamówienia wymagającą wyjaśnień w świetle regulacji art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP był nieuzasadniony.

W ocenie Izby także alternatywnie sformułowany zarzut nr 2 odwołania nie może być uznany za uzasadniony. O ile w zarzucie nr 1 odwołania wykonawca M. twierdził, iż 21 kodów odpadów powinno obowiązkowo być objęte wyjaśnieniami Konsorcjum ENERIS, to w zarzucie nr 2 Odwołujący zaprezentował odmienną interpretację stanu faktycznego sprawy, tj. że z samego sposobu sformułowania wezwania, w tym z użycia zwrotu „w szczególności”, można wysnuć wniosek, iż Zamawiający oczekiwał jednak ustosunkowania się do sposobu wyceny zamówienia publicznego w zakresie wszystkich rodzajów odpadów. W ocenie Izby, choć Zamawiający użył w wezwaniu zwrotu mogącego literalnie wskazywać na przykładowe wyliczenie, to jednakże biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, jak również samo powołanie się przez Zamawiającego na art. 224 ust. 1 ustawy PZP jako podstawę prawną wezwania, wskazuje to niewątpliwie na to, że jego jedyną intencją było żądanie wyjaśnienia sposobu wycenienia cen jednostkowych tylko w stosunku do głównych kategorii odpadów objętych przedmiotem zamówienia, a nie wszystkich odpadów, których w świetle Załącznika nr 1A do SWZ było aż 47.

Z tego też względu Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP w zakresie opisanym w zarzucie nr 2 odwołania.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ENERIS pomimo tego, że Konsorcjum to na wezwanie Zamawiającego złożyło, w opinii Odwołującego, nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i zarazem niewiarygodne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, Izba na wstępie zauważa, że choć to na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, to jednakże równolegle wcale nie zwalnia to wykonawcę składającego odwołanie w postępowaniu z obowiązku udowodnienia głoszonych przez siebie twierdzeń. Ustalenie czy cena ma rzeczywiście charakter ceny

zaniżonej w stopniu rażącym wymaga w każdym przypadku dokonania konkretyzacji na tle okoliczności faktycznych w danym postępowaniu, przy uwzględnieniu specyfiki danego zamówienia.

Izba stwierdza przede wszystkim, że każdy wykonawca ma prawo do przyjęcia własnych założeń realizacji usługi, własnej kalkulacji ponoszonych kosztów. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, aby założenia przyjęte przez jego konkurenta były nierealne, całkowicie oderwane od rynkowych realiów świadczenia usług w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, czy też aby przyjęta kalkulacja zawierała jakieś błędy metodologiczne, które mogłyby podważać jej rzetelność. Wbrew argumentacji zawartej w odwołaniu „Szczegółowa kalkulacja kosztów” Konsorcjum ENERIS drobiazgowo odnosi się do wezwania Zamawiającego z dnia 28 listopada 2023 r. w zakresie wszystkich wymienionych w nim kategorii odpadów, tj. ujętych w Części A Formularza kalkulacyjnego w pozycjach Lp.: 1 – kod odpadów 15 01 01, 7. – kod odpadów 15 01 07, 9. – kod odpadów 15 01 10, 11. – kod odpadów 16 01 03, 12. – kod odpadów 17 01 01, 18. – kod odpadów 17 02 02, 21. – kod odpadów 17 09 04, 24. – kod odpadów 20 01 10, 25. – kod odpadów 20 01 11, 35. – kod odpadów 20 01 28, 46. – kod odpadów 20 02 01, 47. – kod odpadów 20 03 07, do których wyjaśnienia sposobu wyliczenia cen jednostkowych został zobligowany uczestnik postępowania odwoławczego. Konsorcjum ENERIS zgodnie z wezwaniem Zamawiającego w odniesieniu do każdej z frakcji odpadów wytłumaczyło, w jaki sposób ustaliło stawkę ceny jednostkowej, przy uwzględnieniu kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, kosztów pracowniczych, kosztów paliwa (eksploatacji pojazdów), kosztów utrzymania bazy, kosztów zakupu i amortyzacji kontenerów i pojemników oraz ustalonej przez siebie marży.

W ocenie Izby Odwołujący przyjął własne założenia kalkulacyjne, jako dowody złożył dokumenty rozliczeniowe z własnymi kontrahentami i uważa, że to te jego dokumenty winny stanowić punkt odniesienia dla oceny prawidłowości kalkulacji Konsorcjum ENERIS. Takie podejście nie może jednak zasługiwać na aprobatę Izby. Choć z uzasadnienia odwołania wyraźnie wybrzmiewa, że wykonawca M. chciałby poznać dużo bardziej szczegółowe dane strony kosztowej realizacji zamówienia przez jego konkurenta, niemniej według Izby te zaprezentowane w wyjaśnieniach i załączonych do wyjaśnień szczegółowej kalkulacji oraz dowodach są wystarczające dla uznania, że wybrany wykonawca podolał obowiązkowi udzielenia pełnych, rzetelnych i przekonujących wyjaśnień.

Z uwagi na powyższe Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP.

Jeśli chodzi o zarzut nr 4 odwołania, który dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ENERIS pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to głównymi przyczynami postawienia tego zarzutu odwoławczego było przekonanie wykonawcy M. o nierynkowości ceny głównej i cen jednostkowych, które zaoferował uczestnik postępowania odwoławczego, oraz nieuwzględnienie wszystkich pozycji kosztowych w zakresie świadczenia usługi, których zaniżenia Odwołujący upatruje w niedoszacowaniu ilości kursów (przy uwzględnieniu dystansu pomiędzy bazą transportowo-magazynową i instalacjami, a PSZOK-ami oraz ilości odpadów poszczególnych kategorii koniecznych do transportu) oraz niskich kosztach pracy.

Zarzut ten stanowi uzupełnienie zarzutu nr 3 odwołania. W ocenie Izby w zakresie tego zarzutu Odwołujący poprzez przedłożenie własnej zmodyfikowanej tabeli kalkulacyjnej opartej na szablonie tabeli załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dowodami w postaci przykładowych faktur VAT i cenników od swoich kontrahentów również nie wykazał braku rynkowego charakteru ceny całkowitej, cen jednostkowych oraz ponoszonych kosztów przyjętych przez Konsorcjum ENERIS oraz pominięcia przez niego niektórych kosztów świadczenia usługi przez Konsorcjum ENERIS. W tym przypadku Odwołujący również czyni własne założenia dotyczące realizacji usługi i próbuje je przełożyć na sposób realizacji usługi przez swojego konkurenta, pomijając przy tym, że każdy przedsiębiorca funkcjonujący na rynku posiada swoje indywidualne, właściwe tylko jemu uwarunkowania świadczenia usług wynikające z jego unikalnego doświadczenia gospodarczego, sieci kontaktów biznesowych i wypracowanych na przestrzeni lat warunków współpracy z kontrahentami oraz posiadanych zasobów oraz kadry pracowniczej. Izba nie stwierdziła również, aby Konsorcjum ENERIS w swojej kalkulacji zaniżyło koszty pracy – poniżej obowiązujących w obu półroczach 2024 r. stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej za pracę.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut nr 4 odwołania dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ENERIS z powodu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Izba stwierdza, że także ten zarzut okazał się być niezasadny. Odwołujący w ofercie swojego konkurenta upatrywał sprzedaży usług poniżej rzeczywistych kosztów ich świadczenia, co miało się odbywać celem eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Odwołujący nie wykazał jednak, że

cena za którą Konsorcjum ENERIS zamierza wykonać zamówienie, nie pokrywa wszystkich jej kosztów. Za miarodajne dowody na powyższą okoliczność nie mogą służyć ani własne opracowania i wyliczenia Odwołującego bazujące na jego własnym doświadczeniu (a nie na indywidualnych założeniach przyjętych przez Konsorcjum ENERIS właściwych jego specyfice prowadzenia działalności gospodarczej), ani złożone przez niego liczne faktury zakupowe. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodzenia w postępowaniu, że poprzez złożenie oferty z ceną niższą od ceny zaoferowanej przez Odwołującego doszło do popełnienia przez Konsorcjum ENERIS czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oddaleniu podlegał również zarzut nr 6 odwołania dotyczący przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zarzut ten jest pochodną zarzutów dotyczących prawidłowości oceny przez Zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności oceny wyjaśnień Konsorcjum ENERIS w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zatem zarzut ten jako wynikowy wobec zarzutów wcześniejszych nie mógł podlegać uwzględnieniu, skoro te wcześniejsze zarzuty odwołania dotyczące rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji nie zostały przez Izbę uwzględnione.

Dlatego więc Izba uznała za bezzasadne także zarzuty nr 5 i 6 odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z jego wynikiem na podstawie regulacji art. 574-576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w całości wniosek Zamawiającego i w związku z tym zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 4 276 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy), które obejmowały wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr oraz koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 676 zł 00 gr.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....