

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2025 r. przez wykonawcę: **PreZero Recycling Południe Sp. z o.o., ul. Szybowa 44, 44-193 Knurów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina i Miasto Czerwionka-Leszczyny, ul. Parkowa 9, 44-230 Czerwionka-Leszczyny**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 353/25 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: PreZero Recycling Południe Sp. z o.o., ul. Szybowa 44, 44-193 Knurów, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: PreZero Recycling Południe Sp. z o.o., ul. Szybowa 44, 44-193 Knurów tytułem wpisu od odwołania.

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:

Sygn. akt: KIO 353/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina i Miasto Czerwionka-Leszczyny prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „Pzp”, w przedmiocie: „Świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 3 września 2024 r., nr publikacji 527462-2024, nr wydania Dz.U. S: 171/2024

W dniu 21 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwane dalej „ALBA”).

Wykonawca PreZero Recycling Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, wniósł odwołanie wobec niezgodnej z Pzp czynności dokonanej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez PTO Lipnicki Sp. z o.o. Sp. k. w części 1 i 2 zamówienia i w konsekwencji - unieważnieniu postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna, ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław (dalej: „ALBA”), a to wobec złożenia wyjaśnień nie uzasadniających podanej w ofercie ceny, w szczególności w zakresie wyjaśnień dotyczących kosztów zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, która to wartość nie tylko jest zaniżona, ale również nie została wykazana w sposób rzetelny co do swojej poprawności, co ze względu na wolumen wskazanej frakcji w łącznym wolumenie odpadów objętych zamówieniem, jak i stopień zaniżenia kosztów skutkuje tym, że zaoferowana cena charakteryzuje się przymiotami ceny rażąco niskiej,

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALBA, która to została sporządzona w warunkach nieuczciwej konkurencji, albowiem ALBA wraz z innymi członkami grupy kapitałowej, dopuściła się deliktu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej ceny

rynkowej i poniżej kosztów ich świadczenia, co skutkowało zaniżeniem kosztów przyjętych przez ALBĘ w zakresie zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ALBA jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z uznaniem, że oferta wykonawcy ALBA podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp albo art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp,
- 3) podjęcia czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty zostały złożone przez dwóch wykonawców, tj. Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający dnia 21 stycznia 2025 r., jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy ALBA. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu rankingu oceny ofert i nie została odrzucona. Mając na względzie zakres zarzutów odwoławczych, Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jego uwzględnienie umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia, które po przeprowadzeniu postępowania w sposób zgodny z przepisami Pzp powinno być mu udzielone.

Postępowanie zostało zainicjowane i jest prowadzone przez Gminę i Miasto Czerwionka-Leszczyny (dalej: „Gmina” lub „Zamawiający”) celem nabycia podstawowej dla lokalnego systemu gospodarki odpadami komunalnymi usługi kompleksowej, o której mowa w art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 399, dalej: „u.c.p.g.”).

Stosownie do postanowienia §2 ust. 2 i 3 projektowanych postanowień umowy – załącznik nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „PPU”):

„2. Rozpoczęcie wykonywania usługi nastąpi 2 stycznia 2025 r.

3. Termin zakończenia realizacji umowy 31 grudnia 2027 roku.”

Stosownie do postanowienia §1 ust. 3 PPU zakres nabywanych usług obejmuje:

- 1) odbieranie i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych pochodzących bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych,
- 2) odbieranie i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych pochodzących bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych, na których prowadzona jest działalność społeczno-użytkowa (tj. oświatowa, przeciwpożarowa, administracji publicznej, kulturalna, dostawy wody i oczyszczania ścieków, jednostek gospodarki komunalnej, ochrony zdrowia oraz cmentarzy),
- 3) odbieranie i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych pochodzących bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, o których mowa w pkt 2,
- 4) odbieranie i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych z Gminnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych zlokalizowanego przy ul. Polnej 6 w Czerwionce-Leszczynach,
- 5) dostarczanie właścicielom nieruchomości zamieszkałych worków do selektywnego zbierania odpadów komunalnych,
- 6) opracowywanie harmonogramów odbierania odpadów z terenów nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, o których mowa w ust. 2 oraz przekazanie ich właścicielom nieruchomości, po ich zatwierdzeniu przez Zamawiającego zgodnie z pkt. V SOPZ.

Zakres usług realizowanych w ramach zamówienia obejmuje świadczenia na frakcjach odpadów komunalnych, wyspecyfikowanych opisowo w ramach Rozdziału III ust. 1 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SWZ (dalej: „SOPZ”), w którym konkretne rodzaje odpadów zostały przypisane danym miejscom ich deponowania i odbioru przez wykonawcę (bezpośrednio z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy/bezpośrednio z nieruchomości, na których prowadzona jest działalność społeczno-użytkowa (tj. oświatowa, przeciwpożarowa, administracji publicznej, kulturalna, dostawy wody i oczyszczalni ścieków, jednostek gospodarki komunalnej, ochrony zdrowia oraz cmentarzy) oraz nieruchomości, które w części stanowią nieruchomość zamieszkałą, a w części nieruchomość niezamieszkałą/z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zwanego dalej PSZOK, zlokalizowanego przy ul. Polnej 6 w dzielnicy Leszczyny).

Zamawiający dokonał uszczegółowienia ilościowego zakresu zamówienia z powołaniem na dane historyczne (2022 i 2023 r.) w ramach zestawienia tabelarycznego przedstawionego w Rozdziale IV SOPZ i skonkretyzowanego co do kodów odpadów, w ramach odpowiedzi na pytania do dokumentów zamówienia z dnia 30 września 2024 r.

Stosownie do danych ujętych w ww. zestawieniach tabelarycznych wolumen niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych stanowi największy strumień o wielkości 39,53% (2022 r.) / 38,57% (2023 r.) strumienia łącznego. Wskazana powyżej frakcja odpadów ma największy udział ilościowy w łącznym strumieniu odpadów.

Pomimo, że zakres zamówienia obejmuje szereg usług, to rozliczenie następuje w oparciu o ujednoliconą stawkę jednostkową, właściwą również dla każdej frakcji odbieranych, transportowanych i zagospodarowanych odpadów komunalnych (niezależnie od sposobu ich deponowania czy odbioru). Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 17 SWZ:

„17.1. Wykonawca określi w ofercie cenę ofertową za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych

bez względu na ich rodzaj w następujący sposób:

- 1) cenę netto - cyfrowo w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,
- 2) stawkę podatku od towarów i usług (VAT) - cyfrowo w %,
- 3) cenę brutto - cyfrowo oraz słownie, w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Cena ofertowa jest ceną ryczałtową i zostanie zamieszczona w umowie na wykonanie przedmiotu zamówienia.

17.2. Cena ofertowa, o której mowa w pkt. 1. musi obejmować wszystkie koszty związane z należyty, zgodnym z obowiązującymi przepisami oraz warunkami określonymi w SWZ, wykonaniem pełnego zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia, w tym w szczególności: koszty transportu i zagospodarowania odpadów, opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku tzn. opłatę marszałkowską - dla masy odpadów, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez Wykonawcę. W cenie ofertowej należy uwzględnić także wpływ z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych.

17.3. Do porównania ofert będzie brana pod uwagę cena brutto za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj podana w ofercie."

Z powyższym korespondują postanowienia §6 ust. 1 – 3 PPU, zgodnie z którymi:

„1. Za usługę objętą przedmiotem umowy, określoną w § 1 niniejszej umowy, strony ustalają stawkę wynagrodzenia za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj w wysokości:

..... zł netto + % VAT = zł brutto;

słownie:..... zł brutto.

2. Rozliczenie pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą następować będzie na podstawie faktycznie odebranych i zagospodarowanych (przekazanych do instalacji przetwarzania) przez Wykonawcę ilości odpadów komunalnych.

3. Całkowite wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy (maksymalna wartość nominalna zobowiązania wynikającego z umowy) nie może przekroczyć iloczynu 56 000 ton odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych oraz stawki określonej w ust. 1 tj.: zł brutto; słownie: zł brutto z zastrzeżeniem ust. 4."

Zaoferowane ceny, stosownie do postanowień SWZ, obejmować muszą całokształt sfery kosztowej, w tym związanej z transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych. Miejsca zagospodarowania odpadów na etapie przed złożeniem oferty są wybierane, a następnie zapewniane przez wykonawcę świadczącego usługę.

Wykonawca ALBA zaoferował cenę jednostkową 827,66 zł netto.

Pismem z dnia 13 grudnia 2024 r. Zamawiający, w związku wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, wezwał wykonawcę ALBA do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, w tym jej istotnych części składowych, o których między innymi mowa w pkt 17.2 SWZ. Zamawiający wskazał w ww. wezwaniu, że „W kalkulacji dotyczącej wyliczenia ceny ofertowej należy przedstawić wszystkie koszty związane z należyty, zgodnym z obowiązującymi przepisami oraz warunkami określonymi w SWZ, wykonaniem pełnego zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia, w tym w szczególności takie części składowe ceny ofertowej jak:

- 1) koszty transportu (z podziałem na koszty paliwa, koszty osobowe pracowników oraz koszty eksploatacji pojazdów),
- 2) koszty zagospodarowania odpadów z podziałem na poszczególne frakcje,
- 3) opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku tzn. opłatę marszałkowską - dla masy odpadów, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez Wykonawcę,
- 4) koszty wyposażenia mieszkańców w worki do selektywnej zbiórki odpadów,
- 5) wpływ z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych.

Ponadto Wasza Spółka zobowiązana jest złożyć wyjaśnienia, mając na uwadze przepis art. 224 ust 3 ustawy Pzp, co najmniej w zakresie:

- 1) 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 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Ponadto zgodnie z art. 224 ust 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie

uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”

Wykonawca ALBA dnia 19 grudnia 2024 r. złożył wyjaśnienia wraz z załączoną kalkulacją wyliczenia ceny ofertowej, zawierającą koszty związane z wykonaniem usług stanowiących przedmiot zamówienia, w tym w szczególności takie części składowe ceny ofertowej jak: 1) koszty transportu (z podziałem na koszty paliwa, koszty osobowe pracowników oraz koszty eksploatacji pojazdów), 2) koszty zagospodarowania odpadów z podziałem na poszczególne frakcje, 3) opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku tzn. opłatę marszałkowską - dla masy odpadów, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez Wykonawcę, 4) koszty wyposażenia mieszkańców w worki do selektywnej zbiórki odpadów, 5) wpływ z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych.

Wykonawca ALBA w wyjaśnieniach złożonych 19 grudnia 2024 r. wskazał:

„Zagospodarowanie odpadów z podziałem na każdą frakcję; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. jest częścią międzynarodowej grupy kapitałowej ALBA, która m.in. na Górnym Śląsku posiada 2 instalacje komunalne w Dąbrowie Górniczej oraz w Chorzowie. Dodatkowo instalacje te mają możliwość zagospodarowania bioodpadów ze względu na posiadane instalacje do kompostowania bioodpadów a dzięki wyposażeniu w nowoczesne zautomatyzowane sortownie odpadów i instalacje do produkcji paliw alternatywnych, posiadają również możliwość efektywnego przetwarzania odpadów selektywnie zbieranych. To powoduje, że przekazane odpady są zagospodarowane zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami. Instalacja w Chorzowie posiada również linię do sortowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych. WPO ALBA na podstawie wewnętrznych uzgodnień ma możliwość korzystania z tych instalacji na warunkach preferencyjnych. Wykonawca aktualnie korzysta z bazy magazynowo – transportowej zlokalizowanej w Chorzowie, co zmniejsza znacząco koszty dojazdu z instalacji do bazy magazynowo – transportowej. Koszty zagospodarowania odpadów zostały wskazane w tabeli nr 9 i podsumowane w tabeli zbiorczej pod nazwą „Kalkulacja”.”

Stosownie do tabeli nr 9 załączonej do wyjaśnień wykonawcy ALBA na potrzeby kalkulacji przyjął cenę w wysokości 550 zł netto/Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Tożsama wartość została zaprezentowana w kalkulacji (tabela 0) w poz. lp. 15. Celem udowodnienia ww. kosztów wykonawca ALBA przedstawił korespondencję e-mail z dnia 19 grudnia 2024 r., w której na pytanie: „Dzień dobry, W nawiązaniu do rozmowy bardzo proszę o potwierdzenie cen netto zagospodarowania odpadów z terenu miasta i gminy Czerwionka Leszczyny na instalacji w Chorzowie oraz Dąbrowie Górniczej” udzielono odpowiedzi: „Dzień dobry, Potwierdzam ceny zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów na instalacjach w Chorzowie oraz Dąbrowie Górniczej” Przywołana tu korespondencja stanowi jedyny środek dowodowy na wykazanie przez ALBĘ deklarowanej w wyjaśnieniach ceny zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ALBA ze względu na RNC

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;”

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 824/23, Odwołujący podniósł, że „zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p. to właśnie szczegółowe, konkretne, merytoryczne wyjaśnienia ceny wykonawcy poparte dowodami powinny obalić domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny [...]. Po drugie, wyjaśnienia powinny zawierać konkretne dane i informacje obrazujące wpływ indywidualnych możliwości/warunków realizacji przez konkretnego wykonawcę na możliwość obniżenia ceny. Zawarte w wyjaśnieniach twierdzenia nie mogą mieć charakteru abstrakcyjnego. Każdorazowo muszą odnosić się do konkretnych punktów sporządzonej kalkulacji.”

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał rzetelnej weryfikacji złożonych przez wykonawcę ALBA wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca ALBA w wyjaśnieniach wskazał, że koszt zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wynosi 550 zł netto. Ww. cena została wskazana na cały okres obowiązywania umowy, tj. na okres 3 lat (2025 – 2027). Na potwierdzenie wskazanej kwoty wykonawca ALBA przedłożył korespondencję e-mail, która w sposób lakoniczny potwierdza ceny za zagospodarowanie m.in. wskazanej frakcji odpadów komunalnych, precyzując jedynie obszar z którego odpady mają zostać odebrane i przywiezione do instalacji. Wykonawca ALBA nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które pozwalałyby na obiektywne przyjęcie, że wskazane wartości kwotowe są realne i rzeczywiście takie koszty będą ponoszone w toku realizacji zamówienia, w szczególności przez cały okres realizacji zamówienia.

Pomimo tego, że wykonawca ALBA wskazał, że jest częścią międzynarodowej grupy kapitałowej, posiadającej własne instalacje komunalne, z których ma możliwość korzystania na warunkach preferencyjnych, nie można pominąć faktu, że ceny (koszty) za zagospodarowanie odpadów w instalacji, w szczególności niesegregowanych (zmieszanych)

odpadów komunalnych, nie mogą z tej przyczyny stać się cenami znacznie niższymi niż ceny rynkowe, w szczególności, że ceny rynkowe w przypadku wskazanej frakcji odpadów są względnie zbliżone (w porównaniu do innych frakcji odpadów komunalnych). Wskazana okoliczność wynika w szczególności z tego, że niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, stosownie do regulacji art. 9e ust. 1 pkt 2) u.c.p.g., podmiot odbierający odpady obowiązany jest przekazać bezpośrednio do instalacji komunalnej. Regulacja art. 9e ust. 1d dopuszcza przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do termicznego przekształcania, jeżeli gmina, z której są odbierane te odpady, prowadzi selektywne zbieranie odpadów zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 4a u.c.p.g.

Zgodnie z art. 35 ust. 6 pkt 1) u.o. „*Instalacją komunalną jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca: mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku*”

Stosownie do art. 38b ust. 1 pkt 1 u.o. „*Marszałek województwa w Biuletynie Informacji Publicznej prowadzi listę funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35 ust. 6*”.

Zważając na powyższe, zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych może nastąpić wyłącznie w instalacji komunalnej lub ITPOK. Wskazana okoliczność, połączona z niedoborem tego rodzaju instalacji na rynku, a nadto z ograniczeniami co do ilości odpadów, które mogą być w poszczególnych z nich zagospodarowane (tzw. moce przerobowe) skutkuje tym, że ceny za zagospodarowanie wskazanych frakcji odpadów komunalnych są zasadniczo wysokie i stosunkowo na zbliżonym poziomie. Uzasadnione jest to również tym, że koszty funkcjonowania tego rodzaju instalacji, ze względu na szczególne wymagania prawne i faktyczne, są wyższe niż mniej skomplikowanych instalacji np. przeznaczonych do zagospodarowania frakcji odpadów selektywnych.

W konsekwencji nawet wykorzystywanie instalacji podmiotu z grupy kapitałowej – tak w przypadku ALBY czy Odwołującego, nie umożliwiają znacznej redukcji kosztowej, względem cen rynkowych.

Wskazaną okoliczność należy rozpatrywać również w perspektywie zmienności cen / kosztów zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, która niewątpliwie wystąpi w okresie realizacji zamówienia, który został określony na 3 lata kalendarzowe. Notoryjnym pozostaje, że ceny za zagospodarowanie wskazanej frakcji odpadów komunalnych wzrosną, jak miało to miejsce w okresach historycznych. Notoryjność wzrostu wskazanej kategorii kosztów odnotowywana jest m.in. przez Izbę, która chociażby w wyroku z dnia 20 listopada 2023 r., KIO 3247/23, uznając, że zwiększony koszt zagospodarowania winien stanowić okoliczność samoistnie i odrębnie aktualizującą waloryzację wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że wskazana przez wykonawcę ALBA cena za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w wysokości 550 zł (na cały okres realizacji umowy, tj. okres prawie 3 lat) jest ceną nierealną, już w perspektywie aktualnie obowiązujących na rynku cen za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, które prezentują się w następujący sposób w wybranych przykładowych instalacjach. Odwołujący przedstawił cennik Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych – załącznik do Uchwały Zarządu MPO Sp. z o.o. w Toruniu, nr 15/2024 z dnia 17.12.2024 roku, cennik za przyjęcie odpadów komunalnych do ZUO. Uchwała nr 8 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników PGK „SANIKOM” sp. z o.o. z dnia 06.11.2024 r., cenni zagospodarowania odpadów, wysokość opłat za usługi zagospodarowania odpadów w Zakładzie Odzysku i Unieszkodliwiania Odpadów MPKG Sp. z o.o. w Katowicach przy ul. Miłowickiej 7A, cennik za przyjęcie odpadów do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Legnicy przy ul. Rzeszotarskiej, cennik zagospodarowania odpadów 2024 – ceny za przyjęcie do zagospodarowania 1Mg (tony) odpadów w Regionalnym Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Woli Pawłowskiej, cennik za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów w Instalacji Komunalnej Zakład Gospodarki Odpadami Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej, cennik za przyjęcie odpadów do Instalacji Komunalnej w Oświęcimiu obowiązujący od dnia 01.01.2025 r., zarządzenie nr 836/2023 Prezydenta Miasta Wałbrzych z dnia 17 października 2023 r. w sprawie ustalenia stawek opłat za usługi przyjęcia do zagospodarowania odpadów komunalnych w Instalacji Komunalnej - Zakładzie Segregacji i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu, uchwałę nr 21/2024 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników „EKO DOLINA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 29 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikiem nr 1.

Mając powyższe zestawienie na uwadze należy wskazać, że średnia cena przedstawionych powyżej cen zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wynosi ok. 643,78 zł netto, co potwierdza zasadność twierdzeń Odwołującego o wystąpieniu rażąco niskiej ceny w zakresie ceny zaoferowanej przez wykonawcę ALBA. Wskazana przez wykonawcę ALBA cena za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów

komunalnych jest niższa o ok. 25 % względem powyżej wskazanej średniej.

Odwołujący podniósł, że nawet doliczając do wartości 550 zł całość narzutu przyjętego przez wykonawcę ALBA w wysokości 53,79 zł netto, nie sposób uznać, iż pozwoli on na pokrycie deficytu kalkulacyjnego. Cena za zagospodarowanie odpadów komunalnych co do zasady corocznie ulega aktualizacji – podwyższeniu, z uwagi na szereg czynników wpływających na składowe ceny za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Odwołujący przedstawił przykładowe zestawienie zmian cen za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Toruniu: cennik Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych – załącznik do Uchwały Zarządu MPO Sp. z o.o. w Toruniu, nr 6/2022 z dnia 9.02.2022 roku, cennik Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych - załącznik do Uchwały Zarządu MPO Sp. z o.o. w Toruniu, nr 16/2022 z dnia 23.11.2022 roku, cennik Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych – załącznik do Uchwały Zarządu MPO Sp. z o.o. w Toruniu, nr 15/2024 z dnia 17.12.2024 roku

Powyższe zestawienie potwierdza sukcesywny, a niekiedy znaczny wzrost cen za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Odwołujący wskazał, że na przestrzeni ostatnich trzech lat cena wzrosła o ponad 65 %, co stanowi znaczący wzrost ceny i potwierdza trend zmianowy cen za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Na podstawie ww. wyliczeń należy przewidywać, że cena za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego również ulegnie zmianie, poprzez wzrost ceny jednostkowej za zagospodarowane ww. frakcji odpadów komunalnych. Dotychczasowe zmiany cen wskazują na brak możliwości przyjęcia przez wykonawców założenia, że ceny te będą niezmiennie i to w wysokości 550 zł netto przez cały okres obowiązywania umowy, tym bardziej w sytuacji, w której umowa ma być zawarta na okres ok. 3 lat. Przyjmując (wyłącznie na potrzeby niniejszej estymacji kosztów), że aktualnie cena ta wynosi 550 zł, to przy przyjęciu powyżej ukazanego trendu zmianowego, będzie ona wynosiła ok 900 zł netto w końcowej fazie realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że cena za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych zależna jest m.in.: od wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska w danym roku ustalanych na podstawie Obwieszczenie Ministra Klimatu i Środowiska. Na podstawie przedstawionych danych Odwołujący podniósł, że następuje coroczny wzrost opłaty za korzystanie ze środowiska w danym roku, co w sposób bezpośredni wpływa na ceny za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w poszczególnych instalacjach.

Dodatkowo, cały szereg pozostałych kosztów wpływających na cenę za zagospodarowanie odpadów komunalnych ulega cyklicznemu i systematycznemu wzrostowi. W tym zakresie są to takie koszty jak koszty pracownicze, koszty energii, koszty napraw itp. Zważając na to, że niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, odmiennie niż odpady selektywnie zbierane, nie stanowią surowca umożliwiającego uzyskiwanie istotnych dodatkowych przychodów (pomijając w tym zakresie instalacje ITPOK wytwarzające energię, co nie ma miejsca w przypadku instalacji wskazanych przez ALBĘ), zmiany kosztowe zagospodarowania wskazanej frakcji odpadów bezpośrednio przekładają się na cenę za przyjęcie jej celem zagospodarowania (opłata na bramie).

Zdaniem Odwołującego, deficyt kalkulacyjny wynikający z przyjęcia kosztu zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, przekłada się nie tylko na wiarygodność wyjaśnień wykonawcy ALBA, ale i na całą kalkulację w ten sposób, że zaoferowana przez wykonawcę ALBA nie pozwala na pokrycie koniecznych kosztów świadczenia usługi. Koszt zagospodarowania kluczowej frakcji odpadów, stanowi istotny element kalkulacji, którego zaniżenie w stopniu w jakim uczynił to wykonawca ALBA przekłada się na całość kalkulacji. Przyjmując realne wartości kosztów zagospodarowania wskazanej frakcji odpadów komunalnych, cena zaoferowana przez wykonawcę ALBA winna być wyższa, aby możliwe było ich pokrycie.

Odwołujący wskazał, że przyjęte przez wykonawcę ALBA ceny za zagospodarowanie nie są wiarygodne, z uwagi na fakt ich przedstawienia w postaci tabeli sporządzonej przez wykonawcę ALBA i jedynie potwierdzonej za pomocą wiadomości e-mail przez członka zarządu jednej ze spółek będących częścią międzynarodowej grupy kapitałowej. Wiarygodność wskazanego środka dowodowego, w szczególności wobec treści korespondencji, jest znikoma. Jednocześnie, ze względu na to, że koszt zagospodarowania wskazanej frakcji odpadów odbiega od ceny rynkowej, a nadto miałby mieć charakter stały w całym okresie realizacji zamówienia, wykonawca ALBA winien wykazać te okoliczności i to w sposób dający Zamawiającemu pewność, iż kalkulacja wykonawcy ALBA ma charakter rzetelny i wiarygodny.

O przedstawionych przez wykonawcę ALBA wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a w szczególności w zakresie kosztu zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, nie sposób stwierdzić, że rozwiewają wszelkie wątpliwości, a wręcz pogłębiają wątpliwości w zakresie możliwości należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę ALBA.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że wykonawca ALBA w swoich wyliczeniach nie uwzględnił w sposób rzetelny i wykazany stosownymi środkami dowodowymi, że koszt zagospodarowania (niesegregowanych)

zmieszanych odpadów komunalnych przez cały okres realizacji zamówienia, będzie wynosił wartość kwotową deklarowaną przez ALBĘ w złożonych wyjaśnieniach (w tym załączonych zestawieniach tabelarycznych i załączonej korespondencji e-mail).

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ALBA ze względu na delikt nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy ALBA podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przyjmując, że cena za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w wysokości 550,00 zł netto ma charakter rzeczywisty, to jak wykazano powyżej odbiega ona istotnie od cen rynkowych, jak również racjonalnych estymacji cenowych w przyszłości (w okresie 3 lat). Zaoferowanie ceny w wysokości 550 zł netto na okres 3 lat realizacji zamówienia, nastąpić miało przez operatora pozostającego z wykonawcą ALBA w relacjach kapitałowych. Jednocześnie wskazana okoliczność dała asumpt to tego, aby zaoferować wykonawcy ALBA preferencyjną cenę za zagospodarowanie odpadów komunalnych. W konsekwencji to względy podmiotowe, a nie przedmiotowe stanowią czynnik determinujący decyzję prowadzącego instalację.

Odwołujący podkreślił, że podmioty pozostające w tej samej grupie kapitałowej zobligowane są do takiego kształtowania cen za towary i usługi, aby ceny miały charakter rynkowy i nie naruszały konkurencji. Wszystkie spółki powiązane powinny stosować ceny transferowe. Zgodnie z art. 11c ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 2805) podmioty powiązane są obowiązane ustalać ceny transferowe na warunkach, które ustaliłyby między sobą podmioty niepowiązane. Niedochowanie tych wymogów stanowi naruszenie przepisów, wywołujące prawem przewidziane konsekwencje, a jednocześnie może być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Przyjmując, że wykonawca ALBA będzie płacić za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych cenę 550 zł netto / Mg, to uzyska zysk z realizacji zamówienia, dzięki temu, że pozostający w jednej grupie kapitałowej z wykonawcą ALBA operator instalacji, będzie świadczyć usługę poniżej kosztów. Jak wskazano powyżej na cenę zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych składa się szereg kosztów, których pokrycie uzasadnia cenę na tzw. bramie. W sytuacji w której ALBA poprzez uzyskanie zaniżonych cen, które generują u operatora instalacji niepokrycie kosztów, składa ofertę w postępowaniu dochodzi do dopuszczenia się deliktu nieuczciwej konkurencji, który wprost wiąże się ze złożeniem oferty przez wykonawcę ALBA.

Pismem z dnia 20 lutego 2025 r. Zamawiający, działając zgodnie z art. 521 ust. 1 i 2 Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego.

Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty, w których:

- 1) wykonawca ALBA zaoferował cenę jednostkową: 893,87 zł brutto za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj;
- 2) Odwołujący zaoferował cenę jednostkową: 897,48 zł brutto za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj.

Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi 48 504 960,00zł brutto tj. 866,16 zł brutto (802,00 zł netto) za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 224 ust 2 pkt 1 Pzp (ceny złożonych ofert nie odbiegają o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania ani od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert).

W dniu 13.11.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy ALBA jako najkorzystniejszej. W dniu 25.11.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie (Sygn.akt KIO 4423/24), w którym zarzucił Zamawiającemu między innymi naruszenie art. 224 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ALBA do wyjaśnienia zaoferowanej przez niego ceny. W dniu 3.12.2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty z dnia 13.11.2024 r. i zdecydował o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 13 grudnia 2024 r., na podstawie art. 224 ust 1 Pzp wezwał wykonawcę ALBA do udzielenia wyjaśnień. Zaoferowana przez wykonawcę ALBA cena brutto za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj (zwana dalej ceną ofertową) na tym etapie postępowania wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z określonymi wymaganiami w dokumentach zamówienia z uwagi na takie kwestie jak:

- a) najbliższa instalacja do przetwarzania niesegregowanych odpadów komunalnych (stanowiących największą ilość w strumieniu odpadów komunalnych) wykazana w załączonym do oferty wykazie instalacji, zlokalizowana jest około 31 km

od Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny tj. Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych w Zakładzie Segregacji i Kompostowni Odpadów, ul. Cmentarna 19F Zabrze,
b) najbliższa instalacja do przetwarzania niesegregowanych odpadów komunalnych (stanowiących największą ilość w strumieniu odpadów komunalnych) wykazana przez drugiego wykonawcę zlokalizowana jest w odległości około 9 km od Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny.

Odległość instalacji od miejsca odbierania odpadów przekłada się bezpośrednio na koszty świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia, w tym koszty transportu odpadów. W kontekście powyższego niewielka różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi w złożonych ofertach wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez wykonawcę ALBA przedmiotu zamówienia zgodnie z zaproponowaną ceną ofertową.

W dniu 19 grudnia 2024 r. Zamawiający otrzymał odpowiedź wykonawcy ALBA na wezwanie z dnia 13 grudnia 2024 r. do udzielenia wyjaśnień. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający dokonał rzetelnej analizy i weryfikacji otrzymanych wyjaśnień i stwierdził co następuje.

Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wykonawca ALBA złożył wyjaśnienia oraz kalkulacje i inne dowody, dotyczące wyliczenia ceny ofertowej, w tym jej istotnych części składowych. W kalkulacji wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z należytem, zgodnym z obowiązującymi przepisami oraz warunkami określonymi w SWZ, wykonaniem pełnego zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia. Wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia dotyczące poszczególnych części składowych ceny ofertowej takich jak:

- 1) koszty transportu (z podziałem na koszty paliwa, koszty osobowe pracowników oraz koszty eksploatacji pojazdów),
- 2) koszty zagospodarowania odpadów z podziałem na poszczególne frakcje,
- 3) opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku tzn. opłatę marszałkowską - dla masy odpadów, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez wykonawcę,
- 4) koszty wyposażenia mieszkańców w worki do selektywnej zbiórki odpadów,
- 5) wpływ z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych.

Ponadto, wykonawca złożył wyjaśnienia również w zakresie:

- 1) 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 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2024r. poz. 1773) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Dodatkowo, wykonawca oświadczył w swoich wyjaśnieniach, że „zapoznał się szczegółowo z dokumentami zamówienia a jego kalkulacja obejmuje wszystkie możliwe koszty wykonania usługi a także bufor w postaci kosztów ogólnych skalkulowanych na poziomie 5 % wartości wszystkich kosztów” a także, że „cena oferty pokrywa wszystkie koszty wykonania usługi”.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca ALBA w sposób należyty wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy ALBA obejmują wszystkie elementy objęte wezwaniem Zamawiającego i zawierają konkretne, szczegółowe i merytoryczne wyliczenia ceny ofertowej, w tym kalkulacje i inne dowody, które uzasadniają podaną w jego ofercie cenę. Wyjaśnienia obrazują wpływ indywidualnych możliwości i warunków realizacji zamówienia na zaoferowaną cenę i potwierdzają, że wykonawca ALBA zaoferował cenę wiarygodną, realną, nie odbiegającą od cen rynkowych.

Przechodząc do zarzutu Odwołującego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ALBA ze względu na rażąco niską cenę - kosztu zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przyjętego w kalkulacji wykonawcy ALBA w wysokości 550 zł. netto Zamawiający stwierdził, że za błędne należy uznać stwierdzenie Odwołującego, że „wskazana przez wykonawcę ALBA cena za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w wysokości 550 zł (na cały okres realizacji umowy, tj. okres prawie 3 lat) jest ceną nierealną, już w perspektywie aktualnie obowiązujących na rynku cen za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych”. Wybrane przez Odwołującego instalacje do przetwarzania odpadów, zestawione przez niego w tabeli na stronie 11 i 12 odwołania ceny pokazują, że cena za zagospodarowanie odpadów zmieszanych przyjęta w kalkulacji przez wykonawcę ALBA nie odbiega o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wskazanych w tabeli Odwołującego. W związku z czym, mając na uwadze postanowienia art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp nie można stwierdzić, że kwestionowana przez Odwołującego cena, jest rażąco niska.

Dodatkowo tylko dwie z dziecięciu instalacji, które Odwołujący wybrał dla zobrazowania realiów rynkowych w zakresie ceny zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych znajdują się w województwie śląskim (Zakład Odzysku i Unieszkodliwiania Odpadów MPGK sp. z o.o. w Katowicach oraz Zakład Gospodarki Odpadami Spółka

Akcyjna w Bielsku-Białej)), w którym zgodnie z ofertą wykonawcy ALBA będą zagospodarowane odebrane od Zamawiającego niesegregowane zmieszane odpady komunalne (pozostałe znajdują się na terenie całej Polski). Trudno uznać, że średnia cen obowiązujących w tych instalacjach dowodzi, że cena 550 zł przyjęta przez wykonawcę ALBA jest nierynkowa. Ceny zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych wskazane w tabeli Odwołującego, mieszczą się w zakresie od 565 zł do 785 zł, co wskazuje na ich duże zróżnicowanie wynikające z faktu, że każdy podmiot zarządzający instalacją poczynił wyliczenia na podstawie stosowanej przez siebie polityki czy założeń. Nie sposób z różnic w wartościach cen wskazanych w ww. tabeli wywieść, że cena 550 zł przyjęta przez wykonawcę ALBA, nawet jeżeli jest niższa od cen wskazanych w tabeli, jest ceną nierynkową. Ponadto, Odwołujący dla przykładowego wykazania, że cena zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych systematycznie wzrasta pokazał wzrost tej ceny o 65% w instalacji znajdującej się w województwie kujawsko-pomorskim (Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Toruniu), tj. w instalacji, w której zgodnie z jego zastawieniem ta cena jest najwyższa.

Skoro ceny zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych różnie kształtują się w poszczególnych instalacjach oczywistym jest, że inaczej kształtować się będzie także ewentualny wzrost tych cen w poszczególnych instalacjach. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób kształtuje się wzrost cen zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych w instalacjach znajdujących się na terenie województwa śląskiego. To właśnie w województwie śląskim znajdują się instalacje, w których zgodnie z ofertą wykonawcy ALBA oraz zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami (zasada bliskości – art. 20 ustawy o odpadach), będą zagospodarowywane niesegregowane odpady komunalne odebrane z terenu gminy i miasta Zamawiającego.

Zamawiający dla przykładu wskazał, że: w instalacji Cofinco Poland Sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju, znajdującej się w województwie śląskim, cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych na przestrzeni trzech ostatnich lat wzrosła, znacząco mniej niż w instalacji w Toruniu wskazanej przez Odwołującego, tj. o około 18,3 %. Jako dowód przedstawił e-mail przedstawiciela Cofinco Poland Sp. z o.o. do Zamawiającego z dnia 11.02.2025 r.

Jednocześnie, Zamawiający zauważył, że cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych na przestrzeni trzech ostatnich lat w instalacji Cofinco Poland Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju wzrosła mniej niż wzrost opłaty marszałkowskiej w tym okresie, na który zwraca uwagę Odwołujący. Wzrost tej opłaty wyniósł około 27 % w tym okresie.

Odwołujący nie wykazał także, jak kształtuje się cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych w instalacjach należących do grupy kapitałowej, do której sam należy, jak również nie wykazał, jak kształtuje się ta cena w instalacjach należących do grupy kapitałowej, do których należy wykonawca ALBA. Trudno zatem uznać ww. zestawienie przedstawione przez Odwołującego za dowód potwierdzający, że cena 550 zł przyjęta przez wykonawcę ALBA jest nierealna w całym okresie realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę tylko instalacje wskazane przez Odwołującego, a znajdujące się w województwie śląskim tj:

- 1) Zakład Odzysku i Unieszkodliwiania Odpadów MP GK sp. z o.o. w Katowicach - Cena netto za 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych 585,00 zł,
- 2) Zakład Gospodarki Odpadami Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej - Cena netto za 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych 630,00 zł,

to cena 550 zł przyjęta w kalkulacji przez wykonawcę ALBA nie odbiega znacząco od średniej arytmetycznej ww. cen, gdyż odbiega od niej zaledwie o 9,5 %.

Biorąc natomiast pod uwagę dwie ww. instalacje wskazane przez Odwołującego, znajdujące się w województwie śląskim oraz dwie inne przykładowe instalacje znajdujące się również w województwie śląskim, gdzie cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych kształtuje się następująco:

- 1) Cofinco Poland Sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju - cena netto za 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych 530,00 zł, (dowód: mail przedstawiciela Cofinco Poland Sp. z o.o. do Zamawiającego z dnia 11.02.2025 r.)
- 2) Sego Sp. z o.o. w Rybniku - cena netto za 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych 590,00 zł, (dowód: mail przedstawiciela Sego Sp. z o.o. do Zamawiającego z dnia 10.02.2025 r.),

to cena 550 zł przyjęta w kalkulacji przez wykonawcę ALBA odbiega od średniej arytmetycznej cen w tych czterech instalacjach tylko o 6 %.

Trudno zatem zgodzić się z Odwołującym, że cena za zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych wykonawcy Alba jest rażąco niska i nierealna.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności i dowody, cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych wskazana w kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy ALBA w wysokości 550 zł netto jest ceną rynkową i ustaloną na poziomie podobnym do cen występujących na obszarze, na którym będzie realizowana usługa będąca przedmiotem zamówienia.

Jako dowód uzasadniający przyjęcie w kalkulacji ceny kosztu zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w wysokości 550 zł wykonawca ALBA załączył korespondencję mailową z dnia 19 grudnia 2024 r., w której potwierdzono koszty zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów (w tym zmieszanych

odpadów komunalnych) z terenu Gminy i Miasta Czerwionka Leszczyny w instalacjach znajdujących się w Dąbrowie Górniczej i w Chorzowie.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że „przyjęte przez wykonawcę ALBA ceny za zagospodarowanie nie są wiarygodne, z uwagi na fakt ich przedstawienia w postaci tabeli sporządzonej przez wykonawcę ALBA i jedynie potwierdzonej za pomocą wiadomości e-mail przez członka zarządu jednej ze spółek będących częścią międzynarodowej grupy kapitałowej”. Zdaniem Zamawiającego, ww. korespondencja mailowa stanowi wiarygodny dowód potwierdzający cenę za zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych przyjętą w kalkulacji przez wykonawcę ALBA. Doktryna i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące składania przez Wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdzają, że mail może stanowić dowód w zakresie sposobu wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje bowiem dla dowodów w zakresie sposobu wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych szczególnych wymogów formalnych. Ww. ustawa nie wskazuje także przykładowego katalogu takich dowodów w zakresie rodzaju jak i formy co oznacza, że możliwe jest przedłożenie przez wykonawcę każdego dowodu stanowiącego potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Na wiarygodność przedstawionego przez wykonawcę ALBA dowodu wskazuje także fakt, że Pan G.Z., który w ww. korespondencji mailowej potwierdził ceny zagospodarowania odpadów, jest członkiem zarządu Przedsiębiorstwa Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. w Chorzowie oraz członkiem zarządu Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, czyli podmiotów zarządzających instalacjami, do których będą przekazywane odpady zgodnie z ofertą wykonawcy ALBA.

Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem Odwołującego że: „wykonawca ALBA w swoich wyliczeniach nie uwzględnił w sposób rzetelny i wykazany stosownymi środkami dowodowymi, że koszt zagospodarowania (niesegregowanych) zmieszanych odpadów komunalnych przez cały okres realizacji zamówienia, będzie wynosił wartość kwotową deklarowaną przez Wykonawcę ALBA w złożonych wyjaśnieniach (w tym załączonych zestawieniach tabelarycznych i załączonej korespondencji e-mail)”. Treść korespondencji mailowej, którą przedstawił wykonawca ALBA nie przesądza o tym, że koszt zagospodarowania (niesegregowanych) zmieszanych odpadów komunalnych jest kosztem ustalonym tylko na konkrety dzień, a nie w okresie 3 letnim.

Nieprawdziwe są zatem zarzuty Odwołującego, że „Wykonawca ALBA nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które pozwalałyby na obiektywne przyjęcie, że wskazane wartości kwotowe są realne i rzeczywiście takie koszty będą ponoszone w toku realizacji zamówienia, w szczególności przez cały okres realizacji zamówienia.”

Ww. zarzut nie znajduje potwierdzenia także dlatego, że wskazany w wyjaśnieniach wykonawcy ALBA w tabeli „0” narzut w wysokości 6,49% doliczony do sumy kosztów poniesionych w celu realizacji umowy pozwoli na pokrycie ewentualnego wzrostu tych kosztów m.in. wzrostu opłaty marszałkowskiej.

Z uwagi na powyższe z przedłożonych przez wykonawcę ALBA wyjaśnień, jak również z załączonych kalkulacji i dowodów, nie można wywieść, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę została ustalona na poziomie, który może zagrozić prawidłowej realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Wobec wszystkich przedstawionych powyżej argumentów nie można stwierdzić, że cena za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w wysokości 550 zł jest rażąco niska, niewiarygodna czy całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jedynie w sytuacji, gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia ofert (Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXI Zs 148/22).

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie zakwestionował pozostałych elementów składających się na zaoferowaną przez wykonawcę ALBA ryczałtową cenę za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj. Zakwestionowanie jednego elementu ceny ofertowej, czy też stwierdzenie, że cena tego elementu jest rażąco niska nie świadczy o tym, że cena oferty jest rażąco niska. Odwołujący zakwestionował wyłącznie jedną część składową tej ceny, której wartość sama w sobie w oderwaniu od pozostałych elementów, które na nią wpływają, nie świadczy o tym, że cenę oferty wykonawcy ALBA można uznać za rażąco niską, tym bardziej, że zgodnie z dokumentami zamówienia rozliczenie za wykonaną usługę będącą przedmiotem zamówienia będzie następować w oparciu o ujednoliconą ryczałtową stawkę jednakową dla każdej frakcji odbieranych i zagospodarowanych odpadów. Wobec powyższego, rzekomy deficyt kalkulacyjny, który opisuje Odwołujący, może teoretycznie zostać skompensowany cenami za inne elementy świadczenia usługi. Również z tego powodu cena ryczałtowa za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj nie ma charakteru rażąco niskiego.

Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, że ewentualne zaniżenie ceny zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych powoduje rażąco niski charakter podanej w ofercie wykonawcy ALBA ceny ryczałtowej za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj. W szczególności Odwołujący nie wykazał, o jaką kwotę - w jego ocenie - została ta cena zaniżona. Odwołujący przedstawił w odwołaniu własne

rozważania dotyczące cen zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych na rynku odpadów, które nie są miarodajne dla oceny wyliczenia przez wykonawcę ALBA ceny za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj. Wykonawca ALBA był uprawniony do dokonania kalkulacji ceny zgodnie z przyjętym przez siebie modelem biznesowym i przyjętą własną metodą kalkulacji oraz własnym doświadczeniem.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ustawodawca nie odnosi się zatem w ww. przepisie do elementów składowych ceny ale do ceny oferty ogółem.

Złożone przez wykonawcę ALBA wyjaśnienia, uzasadniają cenę jego oferty, jak również dowodzą, że nie jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że wykonawca za wskazaną cenę ofertową realnie jest w stanie wykonać usługę będącą przedmiotem zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W związku z powyższym zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8, w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALBA nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Zamawiającego, za nieuzasadniony należy uznać również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ALBA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, ze względu na delikt nieuczciwej konkurencji.

Skoro przyjęta w kalkulacji wykonawcy ALBA cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych jest ceną rynkową, nie można stwierdzić że pozostający w jednej grupie kapitałowej z wykonawcą ALBA operator instalacji, będzie świadczyć usługę zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych poniżej kosztów.

Zastosowanie w ofercie ceny rynkowej nie może być postrzegane jako działanie sprzeczne z prawem, dobrym obyczajem, czy naruszeniem interesu innego przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje: Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie:

W przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług ustalona przez Zamawiającego szacunkowo przed wszczęciem postępowania wynosi 4 8504 960,00zł brutto, tj. 866,16 zł brutto (802,00 zł netto) za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- 1) wykonawca ALBA zaoferował cenę jednostkową: 893,87 zł brutto za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj
- 2) Odwołujący zaoferował cenę jednostkową: 897,48 zł brutto za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj.

Biorąc pod uwagę zarówno wartość zamówienia, jak i średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 224 ust 2 pkt 1 Pzp. Ceny złożonych ofert nie odbiegają o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania ani od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

W dniu 13 listopada 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ALBA jako najkorzystniejszej.

W dniu 25 listopada 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 4423/24), w którym zarzucił Zamawiającemu między innymi naruszenie art. 224 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ALBA do wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

W dniu 3 grudnia 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i zdecydował o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W wyniku powtarzanych czynności badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 13 grudnia 2024 r., na podstawie art. 224 ust 1 Pzp, wezwał wykonawcę ALBA do udzielenia wyjaśnień.

W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę ALBA cena brutto za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj wzbudziła jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z określonymi wymaganiami w dokumentach zamówienia z

uwagi na takie kwestie jak:

- a) najbliższa instalacja do przetwarzania niesegregowanych odpadów komunalnych (stanowiących największą ilość w strumieniu odpadów komunalnych) wykazana w załączonym do oferty wykazie instalacji, zlokalizowana jest około 31 km od Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny tj. Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych w Zakładzie Segregacji i Kompostowni Odpadów, ul. Cmentarna 19F Zabrze,
- b) najbliższa instalacja do przetwarzania niesegregowanych odpadów komunalnych (stanowiących największą ilość w strumieniu odpadów komunalnych) wykazana przez drugiego Wykonawcę zlokalizowana jest w odległości około 9 km od Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny.

Zamawiający wyjaśnił, że „Ponieważ odległość instalacji od miejsca odbierania odpadów przekłada się bezpośrednio na koszty świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia, w tym koszty transportu odpadów, to niewielka różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi w złożonych ofertach wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez wykonawcę ALBA przedmiotu zamówienia zgodnie z zaproponowaną ceną ofertową”.

W dniu 19 grudnia 2024 r. wykonawca ALBA przedłożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. Zgodnie z treścią ww. wezwania, wykonawca ALBA złożył wyjaśnienia oraz kalkulacje i inne dowody, dotyczące wyliczenia ceny ofertowej, w tym jej istotnych części składowych. Wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia dotyczące poszczególnych części składowych ceny ofertowej. W kalkulacji ww. wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z należnym, zgodnym z obowiązującymi przepisami oraz warunkami określonymi w SWZ, wykonaniem pełnego zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący nie kwestionował tych okoliczności w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

- I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. wobec złożenia wyjaśnień przez tego wykonawcę nie uzasadniających podanej w ofercie ceny, w szczególności w zakresie dotyczącym kosztów zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, która to wartość nie tylko jest zaniżona, ale również nie została wykazana w sposób rzetelny co do swojej poprawności, co ze względu na wolumen wskazanej frakcji w łącznym wolumenie odpadów objętych zamówieniem, jak i stopień zaniżenia kosztów, skutkuje tym, że zaoferowana cena charakteryzuje się przymiotami ceny rażąco niskiej.

Zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący twierdził m.in, że wykonawca ALBA nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami jakichkolwiek dowodów, które pozwalałyby na obiektywne przyjęcie, że wskazane w wyjaśnieniach wartości kwotowe są realne i rzeczywiście takie koszty będą ponoszone w toku realizacji zamówienia, w szczególności przez cały okres realizacji zamówienia; w konsekwencji nawet wykorzystywanie instalacji podmiotu z grupy kapitałowej – tak w przypadku ALBY czy Odwołującego, nie umożliwiają znacznej redukcji kosztowej, względem cen rynkowych; przyjmując realne wartości kosztów zagospodarowania wskazanej frakcji odpadów komunalnych, cena zaoferowana przez wykonawcę ALBA winna być wyższa, aby możliwe było ich pokrycie; w konsekwencji to względy podmiotowe, a nie przedmiotowe stanowią czynnik determinujący decyzję prowadzącego instalację.

Powyższe twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami przez Odwołującego, a tym samym pozostały niesprecyzowane i gołosłowne.

Na wstępie Izba wskazuje, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALBA obejmują wszystkie elementy objęte wezwaniem Zamawiającego i zawierają konkretne, szczegółowe i merytoryczne wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny ofertowej, w tym także szczegółowe kalkulacje i dowody, które uzasadniają podaną w ofercie cenę. Wyjaśnienia przedstawiają wpływ indywidualnych możliwości ww. wykonawcy i warunków realizacji zamówienia na zaoferowaną cenę i potwierdzają, że wykonawca ALBA zaoferował cenę wiarygodną, realną, nie odbiegającą od cen rynkowych. Wyjaśnienia są szczegółowe, rzeczowe, zawarte w wyjaśnieniach informacje są spójne i wiarygodne.

Jako dowód uzasadniający przyjęcie w kalkulacji ceny kosztu zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w wysokości 550 zł wykonawca ALBA załączył korespondencję mailową z dnia 19 grudnia 2024 r., w której potwierdzono koszty zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów (w tym zmieszanych odpadów komunalnych) z terenu Gminy i Miasta Czerwionka Leszczyny w instalacjach znajdujących się w Dąbrowie Górniczej i w Chorzowie. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ww. korespondencja mailowa stanowi dowód potwierdzający cenę za zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych przyjętą w kalkulacji przez wykonawcę WPO ALBA. Odwołujący nie wykazał, że jest to dowód niewiarygodny oraz nie przedstawił dowodu na okoliczności przeciwnie. Nie budzi wątpliwości fakt, że e-mail może stanowić dowód przedkładany w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty i jej istotnych części składowych. Ustawa Pzp w żaden sposób nie ogranicza i nie przewiduje jakichkolwiek wymogów formalnych dla dowodów składanych przez wykonawców w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ustawa nie zawiera katalogu dowodów, które może złożyć wykonawca w ramach ww. wyjaśnień, zatem

wykonawca może przedkładać każdy dowód, potwierdzający określone okoliczności istotne dla wyjaśnienia ceny.

W świetle zgromadzonych w sprawie dowodów, nie można stwierdzić, że stawka za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w wysokości 550 zł jest rażąco niska, niewiarygodna czy całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Odwołujący nie wykazał również, o jaką konkretną kwotę została zaniżona ww. stawka przyjęta przez wykonawcę ALBA w stosunku do kosztów ponoszonych przez instalację.

Izba zważyła również, że jak wynika z treści zarzutu, Odwołujący zakwestionował wyłącznie jedną część składową ceny oferty, której wartość sama w sobie w oderwaniu od pozostałych elementów, które na nią wpływają, nie świadczy o tym, że jest to cena rażąco niska. W tym miejscu trzeba podkreślić dodatkowo, że zgodnie z dokumentami zamówienia, rozliczenie za wykonaną usługę będącą przedmiotem zamówienia będzie następować w oparciu o ujednoliconą ryczałtową stawkę, obejmującą wszystkie frakcje odbieranych i zagospodarowanych odpadów. Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, że ewentualne zaniżenie kosztu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych powoduje rażąco niski charakter ceny ryczałtowej za 1 tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych bez względu na ich rodzaj, podanej w ofercie wykonawcy ALBA.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, tylko dwie z dziesięciu instalacji, które Odwołujący wybrał dla zobrazowania realiów rynkowych w zakresie ceny zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych znajdują się w województwie śląskim (Zakład Odzysku i Unieszkodliwiania Odpadów MPGK sp. z o.o. w Katowicach oraz Zakład Gospodarki Odpadami Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej), gdzie wykonawca ALBA będzie odbierał i zagospodarowywał odpady. Pozostałe znajdują się na terenie całej Polski, co jest niemiarodajne dla udowodnienia twierdzeń Odwołującego.

Ponadto, przedstawione przez Odwołującego w tabeli ceny zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych są zróżnicowane – największa różnica wynosi ponad 200 zł, co stanowi blisko 40%. Nie sposób na podstawie tych różnic w cenach przywołanych przez Odwołującego wyprowadzić wniosku, że cena 550 zł przyjęta przez wykonawcę ALBA jest ceną nierynkową. Zauważyć należy, że cena rażąco niska, to cena niewiarygodna, nierealna, na pierwszy rzut oka zbyt niska, aby mogła pozwalać na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, to także cena ustalona poniżej kosztów świadczenia danego wykonawcy, całkowicie oderwana od realiów rynkowych.

Subiektywny dobór podmiotów – instalacji - przez Odwołującego na potrzeby wykazania wysokości cen tzw. rynkowych nie pozwala na wykazanie, że, jak wynika z porównania tych cen, kwota 550 zł przyjęta w kalkulacji przez wykonawcę ALBA odbiega w sposób znaczący od uśrednionego poziomu cen na danym rynku. Biorąc także pod uwagę także wyłącznie instalacje znajdujące się w województwie śląskim, wykazane przez Zamawiającego, cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych - 550 zł, przyjęta w kalkulacji przez wykonawcę ALBA znajduje się na średnim poziomie, co w pełni świadczy o jej rynkowości.

Odwołujący nie wykazał zatem przedstawionym zestawionym cenowym, że cena 550 zł przyjęta przez wykonawcę ALBA jest nierealna w okresie realizacji zamówienia. Odwołujący nie odniósł się także do kwestii, na jakim poziomie kształtuje się cena zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych w instalacjach należących do grupy kapitałowej Odwołującego.

Izba stwierdziła w tych okolicznościach, że przedstawione przez Odwołującego ceny zagospodarowania niesegregowanych odpadów komunalnych nie są w pełni miarodajne dla stwierdzenia, że koszt przyjęty przez wykonawcę ALBA jest nierealny i zaniżony.

Reasumując, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego należy uznać, że z przedłożonych przez wykonawcę ALBA wyjaśnień oraz kalkulacji i dowodów nie można wywieść, że zaoferowana cena została ustalona na poziomie, który nie pozwala na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Złożone przez wykonawcę ALBA wyjaśnienia uzasadniają cenę jego oferty i przekonują, że wykonawca za wskazaną cenę ofertową jest w stanie wykonać usługę będącą przedmiotem zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALBA, która to została sporządzona w warunkach nieuczciwej konkurencji, albowiem wykonawca ALBA wraz z innymi członkami grupy kapitałowej, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez sprzedaż usług poniżej ceny rynkowej i poniżej kosztów ich świadczenia, co skutkowało zaniżeniem kosztów przyjętych przez ALBĘ w zakresie zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

W danych okolicznościach sprawy zarzut powyższy jest nieuzasadniony.

Przepis art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawiera przepis art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, konieczne jest łączne spełnienie

następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby, uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia powyższych przesłanek, tj., że przyjęty do kalkulacji ceny oferty wykonawcy ALBA koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych stanowi działanie sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami lub zagraża bądź narusza interes innego przedsiębiorcy. Odwołujący nie wykazał także w żadnym stopniu przesłanek pozwalających na przyjęcie, że złożenie oferty przez wykonawcę ALBA stanowi czyn nieuczciwej konkurencji także w rozumieniu art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 uznk.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Natomiast przepis art. 15 ust. 1 uznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Przesłanki wskazane w przytoczonych przepisach nie zostały przez Odwołującego sprecyzowane ani wykazane. Odwołujący nie przedstawił dowodów oraz nie uprawdopodobnił nawet okoliczności, że wykonawca ALBA, płacąc za zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych cenę 550 zł netto / Mg, uzyska zysk z realizacji zamówienia, tylko dzięki temu, że pozostający w jednej grupie kapitałowej operator instalacji będzie świadczyć usługę poniżej własnych kosztów. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że wykonawca ALBA na potrzeby realizacji zamówienia uzyskał zaniżone ceny, które generują u operatora instalacji niepokrycie ponoszonych kosztów. Odwołujący w najmniejszym nawet stopniu powyższych twierdzeń nie wykazał, zatem należy uznać je za nieuzasadnione i gołosłowne.

W konsekwencji powyższego należało uznać, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty wykonawcy WPO ALBA w trybie art. 226, ust. 1 pkt. 7 Pzp. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza, że ww. oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: