

WYROK

z dnia 11 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 18 czerwca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. **CZĘŚĆ A: Usługi z zakresu odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Gminy – Miasto Tomaszów Mazowiecki i ich zagospodarowania** (nr postępowania KWI.271.1.17.2013) prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki** przy udziale wykonawcy: **VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A z siedzibą w Kielcach** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu w części A unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty złożonej przez VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A z siedzibą w Kielcach.**
- 2. Kosztami postępowania w obu sprawach obciążyć zamawiającego: Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki i**
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego: Gminy Miasta Tomaszowa Mazowieckiego** na rzecz **odwołującego: SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych

1

Sygn. akt KIO 1481/13

wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1481/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „ppz” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn **CZĘŚĆ A: Usługi z zakresu odbierania odpadów komunalnych od właścicieli**

nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Gminy – Miasto Tomaszów Mazowiecki i ich zagospodarowania (nr postępowania KWI.271.1.17.2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_079-133145 z 23 kwietnia 2013 r., z tym, że 19 kwietnia 2013 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.tomaszow-maz.pl), na której od 23 kwietnia 2013 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 5.494.962,96 zł, co stanowi równowartość 1.367.042,23 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 5.915.00 zł dla części A zamówienia.

10 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej zwanej również w skrócie „Sita”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach {dalej zwanej również w skrócie „Veolia”}..

18 czerwca 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy pzp – przez zaniechanie ich zastosowania w odniesieniu do oferty złożonej przez Veolię ze względu na fakt, że Wykonawca ten nie udzielił na żądanie Zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, a złożone przez niego pismo potwierdza, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

3

Sygn. akt KIO 1481/13

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Veolię.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

W pierwszej kolejności Odwołujący – powołując się na utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych oraz poglądy doktryny – wyjaśnił, że przez rażąco niską cenę należy rozumieć cenę niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, cenę, za którą wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia {w odwołaniu odesłano w tym miejscu do wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07}. Cena rażąco niska to cena nie tylko odbiegająca od ceny rynkowej, ale i taka cena, za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności {w odwołaniu powołano się tu na orzeczenie zespołu arbitrów z 13 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-666/07}. Dalej Odwołujący przypomniał, że w przypadku gdy w ocenie zamawiającego zaoferowana przez wykonawcę cena budzi wątpliwości co do tego czy nie jest rażąco niska, przed ewentualnym odrzuceniem takiej oferty, zamawiający zobowiązany jest zastosować procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 pzp, tj. wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający pismem z 5 czerwca 2013 roku wezwał Veolię do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując jednocześnie szczegółowo w jakim zakresie oczekuje złożenia wyjaśnień:

Według zamawiającego istotnymi z punktu widzenia wyceny zamówienia są w szczególności:

– lokalizacja miejsca do zagospodarowania odpadów komunalnych tzw. RIPOK (odległość

od granic miasta i kalkulacja kosztów związanych z transportem odpadów),
– uwzględnienie kosztów związanych z wyposażeniem nieruchomości w odpowiednie pojemniki i worki zgodnie z przedmiotem zamówienia podanym w rozdz. 5 SIWZ,
– uwzględnienie kosztów związanych z odbiorem przewidzianej w SIWZ ilości odpadów komunalnych od mieszkańców, ewentualnie wyszczególnienie odrębnie kosztów dla poszczególnych rodzajów odpadów (zmieszane, selektywne, ulegające biodegradacji, wielkogabarytowe, odpady przekazane do GPZOK), przy jednoczesnym uwzględnieniu częstotliwości odbioru odpadów (wg załącznika nr 1 do umowy),
– uwzględnienie osiągnięcia poziomów recyklingu i poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z ustawą z dn. 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2012 r. poz.

4

Sygn. akt KIO 1481/13

391 t.j. z późn. zm.) – art. 3b,

– uwzględnienie kosztów związanych z utrzymaniem pracowników skierowanych do realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego złożone w odpowiedzi pismo Veolii z 6 czerwca 2013 r. nie może być uznane za wyjaśnienia, gdyż Wykonawca na powyższe pytania nie odpowiedział lub odwołał się do ogólników, możliwych do zastosowania praktycznie przez każdego innego wykonawcę, w tym także przez SITA. W szczególności Odwołujący wywiódł, co następuje.

Odpowiedź na pierwsze z postawionych pytań ogranicza się w istocie do jednego zdania {W kalkulacji przyjęto koszt utylizacji odpadów w Zakładzie Gospodarki Odpadami Aquarium sp. z o. o. zgodnie z obowiązującym cennikiem znajdującym się w miejscowości Pukinin, gm. Rawa Mazowiecka oddalonym od granic miasta 33 kilometry. Celem minimalizacji kosztów transportu będziemy korzystać w własnej przesypowni, a odpady wozić transportem zbiorczym}. Nie wskazano przede wszystkim jaka jest cena za przyjęcie jednej tony odpadów, a zdaniem Odwołującego to jest najistotniejszy wskaźnik kosztotwórczy w tym postępowaniu. Nie podano również kosztów transportu odpadów, ograniczając się tu jedynie do podania odległości pomiędzy granicami miasta Tomaszów Mazowiecki a miejscowością Pukinin. Zdaniem Odwołującego odległość ta została przy tym podana nieprawidłowo, gdyż w rzeczywistości wynosi pomiędzy 36,3 km a 38 km {w odwołaniu wklejono wydruki z programów Google Maps i TomTom Maps}. Pomimo wyraźnego żądania nie podano kalkulacji kosztów transportu odpadów, w szczególności: kosztu ogólnego kursów, liczby przewidywanych kursów, kosztu jednostkowego kursu, kosztu paliwa wykorzystywanego w przeliczeniu na jeden kurs oraz innych kosztów transportu. Natomiast stwierdzenie, że wykonawca odpady wozić będzie transportem zbiorczym nic nie wnosi do sprawy, albowiem oczywiste jest, że czynić to będzie każdy wykonawca, gdyż nikt racjonalnie działający nie wozi do instalacji odpadów zebranych z jednego, kilku czy nawet kilkunastu pojemników.

Również następująca odpowiedź na drugie z pytań jest ogólnikowa {Pojemniki w jakie należy wyposażać mieszkańców Gminy Tomaszów Mazowiecki to według naszych wyliczeń (opartych na wieloletniej obsłudze mieszkańców oraz znajomości terenu i specyfiki Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki) to 7.999 szt. z czego 97% ogólnej ilości są to nasze pojemniki już znajdujące się na miejscu, natomiast koszt wyposażenia mieszkańców w worki to 60.000 zł w okresie trwania kontraktu}. W tej części wyjaśnień znajduje się tylko jedna konkretna i zgodna z prawdą informacja – dotycząca kosztu worków. Natomiast w zakresie kosztów pojemników Veolia sugeruje, że w tej chwili obsługuje 97% mieszkańców Tomaszowa Mazowieckiego. Odwołujący podniósł, że tak nie jest, gdyż przede wszystkim Wykonawca ten aktualnie (i w poprzednich latach również) nie odbierał odpadów komunalnych od Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Tomaszowie Mazowieckim,

5

Sygn. akt KIO 1481/13

w którym zamieszkuje ok. 11.000 osób, tj. ok 20% całej populacji miasta. Z tego względu wyjaśnienie takie – jako niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy – nie może być uznane.

Odnosnie kosztów związanych z odbiorem odpadów Veolia oświadczyła,

co następuje: *Przyjęte przez spółkę rozwiązania logistyczne opierają się na maksymalnym wykorzystaniu zasobów technicznych, przy minimalnym wykorzystaniu zasobów kadrowych. W wielu przypadkach nasze środki transportu pracują w systemie dwuzmianowym, co pozwala na maksymalne wykorzystanie posiadanego sprzętu, a obniżenie kosztów bezpośrednich związanych z odbieraniem odpadów na mieszkańca.* Jest to kolejne nic niewnoszące wyjaśnienie, albowiem może je złożyć praktycznie każdy wykonawca działający w tej branży, w której praca w systemie dwuzmianowym nie jest niczym nadzwyczajnym, a wręcz przeciwnie, stanowi pewien standard. W praktyce praca dwuzmianowa nie pozwala na dokonanie jakichś wielkich oszczędności, gdyż pozwala jedynie na lepsze wykorzystania sprzętu (tj. samochodów dostawczych czy sortowni). Nie ma natomiast oszczędności w zakresie wykorzystania pracy ludzi, których wymiar czasu pracy zawsze będzie taki sam, nie zmniejsza się ilość wykonywanych kursów transportowych odpadów, ani pojedynczy koszt takiego transportu, i – przede wszystkim – nie ma to żadnego wpływu na koszt zagospodarowania odpadów (nie zmniejsza to ilości odpadów do zagospodarowania).

Pomimo sformułowania żądania w tym zakresie nie podano również żadnego wyliczenia (kalkulacji) odnośnie kosztu pracy pracowników skierowanych do realizacji umowy. Przede wszystkim nie wskazano jaki ma być łączny koszt pracy tych pracowników, jaki jest koszt pracy jednego pracownika, ilu pracowników zostanie skierowanych do pracy i w jakim wymiarze. Brak jest zatem jakichkolwiek danych w tym zakresie poza stwierdzeniem, że będzie *minimalne wykorzystanie zasobów kadrowych*. Co do kosztów ogólnych, zamiast podać ich wysokość, wskazano jakie to są rodzajowo koszty, a mianowicie wyjaśnienia zawierają stwierdzenie: *Koszty ogólne to: koszty pracowników biura obsługi klienta, koszty dyspozytorów, koszty biurowe, pocztowe, telefony, koszty utrzymania biura oraz GPZOK.* Odwołujący zarzucił ponadto, że ww. koszty nie są wcale kosztami ogólnymi, tylko kosztami bezpośrednimi wykonywania umowy. Przykładowo prowadzenie tzw. GPZOK tj. Gminnego Punktu Zbierania Odpadów Komunalnych jest obowiązkiem wykonawcy wynikającym z § 3 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia – załącznika nr 1 do wzoru umowy. W konsekwencji jest to koszt wynikający z przedmiotu zamówienia i ponoszony bezpośrednio w celu jego wykonania (np. inaczej niż koszty kadry zarządczej). To samo dotyczy pracy dyspozytorów jak i pracowników biura obsługi klienta, którzy muszą być bezpośrednio zatrudnieni w celu realizacji niniejszej umowy.

W zakresie kosztów zagospodarowania odpadów ograniczono się do następujących stwierdzeń: *Przy wyliczaniu ceny jednostkowej na mieszkańca pod uwagę braliśmy ilości odpadów szacowaną na podstawie zdobytego doświadczenia oraz ilości odbieranych*

Sygn. akt KIO 1481/13

odpadów w całym okresie świadczenia usług na rzecz klientów indywidualnych, które według naszego mniemania będą niższe niż wskazane w SIWZ. Według naszych danych ilość odpadów zebranych z terenu Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki z terenów zamieszkałych wyniosła w 2012 roku 8 897 Mg odpadów niesegregowanych, co stanowiło odbiór od ponad 90% mieszkańców. Brak tu podstawowych danych, takich jak choćby koszt zagospodarowania odpadów zarówno w ujęciu sumarycznym jak i jednostkowym, który stanowi koszt najistotniejszy z punktu widzenia wyceny oferty.

Odwołujący podsumował, że pismo Veolii z 6 czerwca 2013 r. nie spełnia wymogów z art. 90 ust. 1 i 2 pzp, gdyż nie wskazuje: 1) żadnej metody oszczędności wykonania zamówienia w stosunku do innych wykonawców, 2) szczególnych rozwiązań technicznych, 3) jakichkolwiek wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych tylko dla Veolii, 4) oryginalności prowadzenia prac, 5) uzyskania jakiejś pomocy publicznej. Złożone pismo ma bardzo ogólny charakter, uniwersalny, możliwy do zastosowania praktycznie we wszystkich innych podobnych postępowaniach, i to przez jakiegokolwiek wykonawcę. W konsekwencji zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był uznać, że wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 pzp nie zostały złożone, a oferta Veolii powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił tę konkluzję w następujący sposób. Zamawiający powinien otrzymać na swoje wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp odpowiedź poddać bardzo wnikliwej analizie, przede wszystkim powinien ustalić, czy można ją w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 pzp. W opinii Odwołującego aby tak się

stało, wyjaśnienia muszą pozwalać zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, jaki wynika z art. 90 ust. 2 pzp. Nie jest natomiast wystarczające nazwanie pisma *wyjaśnieniami*, czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 pzp. Odwołujący uzasadnienia takiego twierdzeń upatruje w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1415/09), w którym stwierdzono, co następuje: *wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, który w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę.*

Odwołujący przywołał ponadto – jako szczególnie istotne – orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 262/09), w którym wskazano, co następuje {wytluszczenia własne Odwołującego}. *Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007 r. sygn. V Ca*

7

Sygn. akt KIO 1481/13

2214/06, tj. że **dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca przez swoje wyjaśnienia domniemanie tego nie obalił. Odwołujący wywiódł, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {w odwołaniu odesłano tu do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06}.**

Według Odwołującego przy ustalaniu, czy dana cena ma charakter ceny rażąco niskiej, i dokonywaniu na tę okoliczność wyliczeń i analizy złożonych wyjaśnień, konieczne jest jeszcze przyjęcie trzech zasadniczych założeń. Po pierwsze, że dany wykonawca wykonywać będzie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (przykładowo zgodnie z odpowiednimi wymogami jakościowymi, terminowymi i innymi). Po drugie, że dane zamówienie zrealizowane będzie zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym także prawa miejscowego (np. określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp, przepisami określającymi sposób postępowania z odpadami, itp.). Wreszcie po trzecie, że wykonawca wykona daną usługę zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, tj. np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych i czasowych, z zachowaniem określonych standardów. Dla Odwołującego oczywiste jest bowiem, że nie do zaakceptowania są tego rodzaju oszczędności wykonawcy, które polegają na obniżeniu kosztów wynikłych z konieczności przestrzegania wymagań SIWZ (np. składowania odpadów na wskazanym w SIWZ składowisku), przepisów prawa czy zasad sztuki zawodowej. Przykładowo nie można uznać za uzasadnione wykazywanie kosztów pracy pracowników w stawkach niższych niż minimalne, stosownie do obowiązujących przepisów prawa. Nie można także akceptować niższego nakładu pracy niż ten, który wymagają zawodowe standardy, np. jeżeli do zebrania określonej ilości odpadów z danego obszaru wymagana jest praca np. 2 ludzi przez 8 godzin każdy, to nie można akceptować niewiarygodnego wyliczenia wykonawcy, który twierdzi, że daną pracę wykona 1 człowiek przez 4 godziny.

Podsumowując Odwołujący wywiódł, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1

8

ppz zamawiający powinien badać nie tylko przez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile miało to miejsce w danym przypadku), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do: czasochłonności pracy, zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz kosztu użytego sprzętu i materiałów oraz usług obcych (np. kosztu zagospodarowania odpadów).

W ocenie Odwołującego oferta złożona przez Veolię zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia z następujących powodów. W pierwszej kolejności o rażąco niskiej cenie można mówić już choćby po porównaniu *cen zaoferowanych przez ww. wykonawców* do wartości ustalonej przez Zamawiającego (na marginesie Odwołujący zauważył, że nikt jej nie kwestionował). Według Odwołującego – zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej – porównanie tych wartości, gdy istnieją pomiędzy nimi istotne różnice, może wskazywać, łącznie z innymi argumentami, na to, że dana cena jest rażąco niska. Odwołujący podał, że cena zaoferowana przez Veolię stanowi ledwie 49 % wartości szacunkowej zamówienia. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że ów poziom istotności jest uzależniony od branży i czasami nawet 5 % stanowi istotną różnicę, gdy w danej branży koszty stałe są istotne i stanowią tak duży element w całości ceny, że możliwość różnicowania cen jest dalece ograniczona. Zdaniem Odwołującego tak jest w *branży śmieciowej*, gdzie elementy kosztotwórcze dla wszystkich wykonawców są stosunkowo podobne.

Odwołujący podniósł, że kolejną, bardzo częstą metodą stosowaną w celu ustalenia czy dana cena jest ceną rażąco niską, jest porównanie tej ceny do cen zaoferowanych w danym postępowaniu przez innych wykonawców, w tym przede wszystkim kolejnych w rankingu ofert. Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu porównanie takie prezentuje się następująco w stosunku do oferty Veolii (2.907.122,40 zł): kolejna oferta, tj. oferta SITA (3.953.331,36 zł) jest droższa o ok. 36 %, a następna oferta złożona przez konsorcjum w składzie: A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. (4.807.080,00 zł) – jest droższa o 65 %. Zdaniem Odwołującego tak istotne różnice w zaoferowanych cenach, na niezwykle konkurencyjnym i niskomargżowym rynku, świadczą o tym, że ceny zaoferowane przez *ww. wykonawców* należy uznać za ceny rażąco niskie. Tym bardziej, że praktycznie wszyscy wykonawcy muszą ponieść takie same koszty świadczenia tych usług (np. koszty pracy pracowników, koszty paliwa, koszty zagospodarowania odpadów, itp.).

Niezależnie od powyższego na uzasadnienie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Veolii Odwołujący wskazał na następujące kwestie. W ocenie SITA zaoferowane przez *ww. wykonawców* ceny nie pokrywają nawet całości kosztów utylizacji/ zagospodarowania odpadów, nie wspominając nawet o kosztach logistyki związanej z odbiorem odpadów. Według Odwołującego dla ustalenia kosztu zagospodarowania odpadów (najistotniejszego elementu kosztotwórczego), mając na uwadze ryczałtowy

charakter wynagrodzenia, niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie ilości odpadów jaka rocznie będzie odbierana w ramach tego Zamówienia. Odwołujący podał, że Veolia w tym zakresie podała, co następuje: *Według naszych danych ilość odpadów zebranych z terenu Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki z terenów zamieszkałych wyniosła w 2012 roku 8 897 Mg odpadów niesegregowanych, co stanowiło odbiór od ponad 90% mieszkańców*. Wykonawca w ten sposób sugeruje, że całość odpadów zbieranych z terenu Tomaszowa Mazowieckiego to ok. 10.000 Mg (8.897 Mg + 10%). W ocenie SITA dane te są istotnie zaniżone. Przede wszystkim – jak już wcześniej podniósł Odwołujący – Veolia nie odbierała w 2012 r. 90% odpadów, gdyż nie obsługiwała Tomaszowskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego, które obejmuje 11.800 mieszkańców, co stanowi 18,4% populacji Tomaszowa Mazowieckiego. Nie ujęto przy tym m.in. mieszkańców obsługiwanych przez inne firmy np. JUKO. Zdaniem Odwołującego Veolia nie może odbierać 90% odpadów, a co najwyżej 80%. Nawet przyjmując zaniżone dane Veolii (8.897 Mg), to i tak należy do nich dodać minimum 20%, a tym samym ilość tych odpadów wynosi ok. 10.676,40 Mg. Odwołujący wywiódł, że już to wskazuje na to, że albo Veolia celowo wprowadziła Zamawiającego w błąd w wyjaśnieniach, albo oparła się przy wyliczeniu ceny oferty na błędnych założeniach.

Odwołujący stwierdził, że *to samo* dotyczy ilości odebranych odpadów komunalnych. Według Odwołującego ze sprawozdań kwartalnych składanych przez podmioty odbierające odpady komunalne z Tomaszowa Mazowieckiego wynika, że masa wszystkich odpadów komunalnych z terenu miasta w 2012 r. wyniosła 13.245 Mg, natomiast masa odpadów komunalnych zmieszanych wyniosła 12.021,32 Mg. Ponadto sam Zamawiający (rozdział 5 pkt 2.1.13 SIWZ), posiadający najdokładniejsze dane, wskazał, że przewidywana ilość odpadów komunalnych rocznie to 16.900 Mg. W tej ilości mieści się: ok. 14.450 Mg zmieszanych odpadów komunalnych, ok. 1.300 Mg odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, ok. 100 Mg odpadów przekazywanych do GPZOK, ok. 750 Mg odpadów ulegających biodegradacji, ok. 300 Mg odpadów wielkogabarytowych. Zatem według tych danych średnia ilość odpadów wytwarzanych przez jednego mieszkańca rocznie wynosi ok. 263 kg (16.900 Mg / 64.090 mieszkańców), w tym 225 kg odpadów zmieszanych, tj. ok. 18,7 kg miesięcznie. Z kolei z Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Łódzkiego (dalej jako WPGO) wynika, że ilość tych odpadów powinna kształtować się na poziomie 310 kg/rok (tj. 25,83 kg miesięcznie), co w sumie daje 19.867,9 Mg rocznie na wszystkich mieszkańców (25,83 kg x 64.090 mieszkańców), w tym ilość odpadów selektywnie zbieranych będzie na poziomie ok. 10%, a zatem miesięcznie na jednego mieszkańca przypadać będzie wg tych danych ok. 22,5 kg, a rocznie ilość wszystkich tego rodzaju odpadów wynosi ok. 17.881,11 Mg. Odwołujący podał, że są to dane na 2012 r., przy czym mają one corocznie rosnąć.

10

Sygn. akt KIO 1481/13

Odwołujący ocenił, że powyższe dane są zdecydowanie bardziej wiarygodne niż zaniżane dane podane w wyjaśnieniach Veolii. Odwołującemu wydaje się, że najlepsze dane stanowi uśrednienie danych z SIWZ i z WPGO, przy czym Odwołujący ewentualnie dopuścił przyjęcie bezpieczniejszych i bardziej korzystnych dla Veolii wskaźników z SIWZ. Odwołujący podniósł, że według wyjaśnień Veolii utylizacja odpadów odbywać się będzie w Zakładzie Gospodarki Odpadami Aquarium sp. z o.o. w instalacji w miejscowości Pukinin. Odwołujący podał, że w tej instalacji koszt przyjęcia 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych wynosi 229,00 zł netto. Odwołujący wyliczył, że wobec tego roczny koszt składowania zebranych odpadów komunalnych wynosi:

- 3.309.050,00 zł netto (229,00 zł x 14.450 Mg) dla danych wynikających z SIWZ;
- 4.094.774,19 zł netto (229,00 zł x 17.881,11 Mg) dla danych wynikających z WPGO;
- 2.729.770,00 zł netto (229,00 zł x 13.244,88 Mg - 10%) dla danych otrzymanych od Zamawiającego {Odwołujący powołał się na pismo z 12 czerwca 2013 r.},

uwzględnieniem, że 10% masy odpadów odebranych w 2012 roku z terenu miasta dotyczy odpadów powstających w przedsiębiorstwach. Zdaniem Odwołującego zestawienie powyższych danych wskazuje na wysoce wątpliwą, o ile nie nieprawdziwą, informację Veolii dotyczącą wyceny – 2.290.000,00 zł netto (229,00 x 10.000,00 Mg), dla wysoce wątpliwych danych podanych przez Veolię – to jest przy założeniu, że obejmują one 90% odpadów, i ok. 2.444.895,60 zł netto (229,00 x 10.676,40) – przy założeniu, że dane Veolii obejmują 80% odpadów. Odwołujący zestawiał to z ceną brutto oferty Veolii wynoszącą 2.907.122,40 zł, tj. 2.691.780,00 zł netto. W ocenie Odwołującego widać z tego jednoznacznie, że zarówno przyjmując dane z SIWZ, jak i WPGO cena zaoferowana przez Veolię jest ceną rażąco niska.

Odwołujący podsumował, że powyższe wyliczenia jednoznacznie wskazują, że nawet uwzględniając bardzo wątpliwe i kompletnie zaniżone dane podane przez Veolię, nie jest możliwe uzyskanie przez nią jakiegokolwiek zysku, a wszystkie wyliczenia prowadzą do wniosku, że Wykonawca ten poniesie na tym zamówieniu istotną stratę. Tym bardziej, że w powyższych wyliczeniach nie uwzględniono jeszcze kosztów stałych, które powinny być również uwzględnione.

5 lipca 2013 r. Zamawiający przesłał do Izby pisemną odpowiedź na odwołanie (datowaną na 4 lipca 2013 r.), wnosząc o jego oddalenie.

Na wstępie uzasadnienia swojego stanowiska Zamawiający poczynił ogóle uwagi odnośnie rozumienia terminu *rażąco niska cena* {niesprzecznych z wywodami odwołania}, jak również znaczenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia li tylko jako wyznacznika służącego podjęciu decyzji o potrzebie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Zamawiający potwierdził przy tym, że wzywając Veolię do złożenia takich

Sygn. akt KIO 1481/13

cen pozostałych dwóch ofert. Następnie Zamawiający poczynił obszerny wywód dotyczący trudności z jakimi spotkał się usiłując oszacować przedmiot zamówienia zgodnie z dyspozycją art. 34 ust. 1 pzp, w sytuacji, w której po raz pierwszy, zobligowany nowelizacją ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, udziela zamówienia w tym zakresie. W związku z czym korzystał z dostępnych mu narzędzi, które mogły w miarodajny i rzetelny sposób stanowić podstawę do obliczenia wartości szacunkowej zamówienia. Zdaniem Zamawiającego należało wziąć pod uwagę najwyższą możliwą wartość, a ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez firmy towarów i usług, zasadne było założenie, że oferta najkorzystniejsza będzie ofertą z ceną niższą niż rzeczywista wartość zamówienia. Zamawiający podał przy tym, że oparł się na danych ilościowych ze sprawozdań kwartalnych za 2012 r., dotyczących odpadów komunalnych odebranych przez przedsiębiorców od właścicieli nieruchomości, przy następujących założeniach: po pierwsze – systemem zostaną objęte wszelkie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, po drugie – ilość odebranych odpadów komunalnych wzrośnie o około 25% w stosunku do 2012 r., po trzecie – średni koszt odbierania odpadów komunalnych i ich zagospodarowania wynosi 350 zł/Mg, przy czym jest to stawka uśredniona za odpady zmieszane przekazywane na składowisko. Zamawiający wyjaśnił, że sprawozdania kwartalne, które w głównej mierze posłużyły do opracowania szacunku zamówienia, były mu składane przez firmy odbierające odpady komunalne na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej. Efektem końcowym dokonanego szacowania zamówienia jest otrzymanie na część A zamówienia kwoty w wysokości 5.476.851,85 zł. Zamawiający wywiódł, że w szeroko rozumianym systemie zamówień publicznych, zarówno na gruncie krajowym, ale i również europejskim kwestia rażąco niskiej ceny jest tematem newralgicznym i przysparza wiele trudności interpretacyjnych w kontekście możliwości udzielania zamówień zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom uczestniczącym w obrocie gospodarczym, a także instytucjom orzekającym. Zdaniem Zamawiającego kwestię tę należy odnieść każdorazowo do realiów konkretnego postępowania, charakteru świadczenia i aktualnej sytuacji na danym rynku, co nie może być oparte tylko na przesłankach arytmetycznych {w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie powołano się na orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-103/88 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO 2807/10, których fragmenty uzasadnień przytoczono}. Zamawiający wskazał, że celem przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny jest zminimalizowanie ryzyka niewykonania zamówienia, jednak to ryzyko nigdy nie zostaje całkowicie wyeliminowane, gdyż w okresie pomiędzy wyborem oferty a wykonaniem zamówienia może zaistnieć szereg okoliczności, których w momencie wyboru oferty nie było, albo nie były one znane stronom. Dlatego realizacja zamówienia zawsze w jakimś stopniu obciążona jest niepewnością co do jego należytego wykonania.

Sygn. akt KIO 1481/13

Następnie Zamawiający w pełnym zakresie zrelacjonował treść wezwania, które w trybie art. 90 ust. 1 pzp skierował do Veolii, w szczególności przytaczając wyliczenie istotnych z punktu wyceny oferty elementów {nie wystąpiły w tym zakresie rozbieżności w stosunku do cytatu zamieszczonego w odwołaniu}.

Zamawiający wyraził ocenę, że w odpowiedzi Veolia udzieliła stosownych wyjaśnień, gdyż wskazała, że:

- *należy do grupy kapitałowej światowego dostawcy usług komunalnych na rzecz samorządów lokalnych i przedsiębiorstw przemysłowych;*
- *jest spółką notowaną na giełdach, zatrudniającą 330 000 tys. pracowników w 68 krajach świata,*
- *przygotowując kalkulacje cenową do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki, wzięto pod uwagę uwarunkowania lokalne, doświadczenie techniczne i zasoby grupy.*

Zamawiający podał, że poza powyższymi czynnikami Veolia przedstawiła w formie tabelarycznej pozycje kosztów przewidzianych na realizację zamówienia, jak również określiła koszty bezpośrednie; *wskazała przyjęte koszty utylizacji w Zakładzie Gospodarki Odpadami w miejscowości Pukinin oddalonym od granic miasta 33 km* {cytat z odpowiedzi na odwołanie}; w celu minimalizacji kosztów transportu oświadczyła, że będzie korzystać z własnej przesyłowni, a odpady wozić transportem zbiorczym; na podstawie wyliczeń opartych na wieloletniej obsłudze mieszkańców i znajomości terenu i specyfiki Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki, podała, że pojemniki w jakie należy wyposażyć mieszkańców to 7 999 szt., z czego 97% ogólnej ilości są jej własności i znajdują się na miejscu, a koszt zaopatrzenia niejako mieszkańców w worki to kwota 60 000 zł w okresie realizacji zamówienia.

Zamawiający zrelacjonował, że w dalszej części odpowiedzi Veolia dowodziła, że:

- przy wyliczeniu ceny jednostkowej na mieszkańca brała pod uwagę ilość odpadów oszacowaną na podstawie zdobytego doświadczenia oraz ilości odpadów w całym okresie świadczenia usług na rzecz klientów indywidualnych, które wg jego oceny będą niższe niż wskazane w SIWZ;
- do obliczenia ceny przyjęła dane z roku 2012, wg których odebrała odpady od ponad 90% mieszkańców w ilości 8 897 Mg;
- osiągnie poziom recyklingu i poziomy ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z obowiązującymi przepisami;
- przyjęte rozwiązania logistyczne opierają się na maksymalnym wykorzystaniu zasobów technicznych, przy minimalnym wykorzystaniu zasobów kadrowych;
- środki transportu pracują w systemie dwuzmianowym, co pozwala na maksymalne wykorzystanie posiadanego sprzętu a obniżenie kosztów bezpośrednich.

13

Sygn. akt KIO 1481/13

Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca stwierdził, że jest w stanie osiągnąć zysk na poziomie powyżej 3%.

Ponadto Wykonawca:

- nadmienił, iż gwarancja należytego wykonania kontraktu jak i polisa ubezpieczeniowa zapewni wysoki poziom świadczonych usług;
 - wskazał, że wdrożenie stosownych systemów (zarządzania jakością i informatycznego) pozwoli na podwyższenie efektywności działania spółki a tym samym na obniżenie kosztów bezpośrednich;
 - oświadczył, że zatrudnianie wykwalifikowanych menadżerów posiadających kilkuletnie doświadczenie w branży gospodarki odpadami, podnoszącymi swoje kwalifikacje, nie pozwala na złożenie oferty, któryby nie odpowiadałaby warunkom rynkowemu.
- Reasumując powyższe Wykonawca oświadczył, że zaoferowana cena jest ceną rynkową i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego w takim stanie rzeczy, mając na względzie sformułowane wezwanie do wyjaśnień, biorąc przy ich ocenie pod uwagę obiektywne czynniki, uznał, że są one wystarczające do tego, aby stwierdzić, że cena zaoferowana nie ma znamion rażąco niskiej i nie stwarza zagrożenia niewykonania zamówienia. Tym samym cena tej oferty została uznana za poważną. W ocenie zamawiającego w sytuacji uznania przez niego wyjaśnień jako obiektywne nieuzasadnione byłoby wysnucie wniosku, że Veolia, *wskazując konkretne dane w wyjaśnieniach*, nie udowodniła tym samym, że zaproponowana cena jest wiarygodna i realna, a nie całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Powyższe potwierdza zdaniem Zamawiającego stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 120/2013. Zamawiający przywołał również fragmenty uzasadnień wyroków Izby w sprawie o sygn. akt KIO 235/11 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 2813/11.

Według Zamawiającego bezsporne jest, że Przystępujący odpowiedział na wezwanie składając stosowne wyjaśnienia dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Co prawda Zamawiający w piśmie skierowanym do Veolii wskazał istotne z jego punktu widzenia czynniki, jednakże – co zasługuje zdaniem Zamawiającego na szczególne zwrócenie uwagi – zawarł zapis o ewentualności złożenia kalkulacji, od której złożenia nie uzależniał oceny wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia zawierają opisowe stwierdzenia, jednakże ta ogólność nie spowodowała, że nie można było dokonać

ich oceny. Wskazanie chociażby przez Veolię wypracowania zysku na poziomie 3%, co wg obliczeń Zamawiającego stanowi ok. 7000 zł w skali miesiąca, wykazuje {według Zamawiającego} niezbitcie wygenerowanie chociażby minimalnego zysku, a zatem przyjąć należy, że mając na względzie zachowanie reguł rynkowych, co podkreślił Wykonawca w treści wyjaśnień, wykonanie zamówienia będzie dla niego opłacalne. Ponieważ Veolia wskazała, że na podstawie jej wieloletniego doświadczenia w zakresie odbioru odpadów

14

Sygn. akt KIO 1481/13

na terenie gminy Miasta Tomaszowa Mazowieckiego liczba pojemników na potrzeby realizacji zamówienia wynosić będzie 7.999 szt., a nie jak to przyjął Zamawiający w SIWZ w ilości ponad 13.000 szt, zdaniem Zamawiającego nie sposób w tej sytuacji odmówić Przystępującemu racji, gdyż – mając wiedzę na temat specyfiki rynku na terenie gminy – przyjął na potrzeby wyceny zamówienia wartość realną. Zamawiający nie był w stanie stwierdzić, że jest to błędne założenie, gdyż to Veolia realizowała dotychczas umowy na rzecz klientów indywidualnych na poziomie 90% rynku lokalnego, a zatem jest doskonale zorientowana. Zamawiający nie podzielił tezy zawartej w odwołaniu, że w 2012 r. Veolia nie obsługiwała Tomaszowskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego (TTBS) gdzie klienci stanowią ok. 18% mieszkańców miasta. Zamawiający przyjął również jako w pełni odzwierciedlającą stan faktyczny kwestię ilości pojemników, uznając, że koszty ich zakupu mogły być pominięte przy kalkulacji kosztów przez Veolię. Natomiast według Zamawiającego koszt dla innych operatorów, którzy nie mają swoich pojemników na terenie miasta, jest znaczący – z wiedzy zamawiającego wynika, że średni koszt pojemnika kształtuje się na poziomie około 100 zł, co przy konieczności zakupu i transportu ich w liczbie ok. 8 tysięcy daje kwotę 800.000,00 zł. Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że pojemniki na odpady są istotnym elementem w realizacji przedmiotowego zamówienia, a posiadanie ich przez Przystępującego z racji wykonywania usług na terenie miasta powoduje minimalizację kosztów. Z kolei zauważony przez Odwołującego błąd co do odległości między Tomaszowem Mazowieckim a miejscowością Pukinin, gdzie jest zlokalizowana Regionalna Instalacja do Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), zdaniem zamawiającego jest mało istotny i niewnoszący niczego w sprawie, gdyż błędnie przyjęta odległość o ok. 3 km, nie przesądza o błędnej cenie oferty. W ocenie Zamawiającego bezpodstawną jest argumentacja Odwołującego jakoby wszyscy wykonawcy musieli ponieść takie same koszty świadczenia usług. Zamawiający zgodził się z faktem, że wszyscy wykonawcy muszą ponieść określone koszty, które są stałe, jak np. koszty pracy pracowników, czy koszty paliwa. Jednakże w odniesieniu do kosztów dotyczących prowadzenia Gminnego Punktu Zbierania Odpadów Komunalnych (GPZOK), w przypadku Veolii są one niskie z tego względu, że baza transportowa zorganizowana w Tomaszowie Mazowieckim przy ul. Majowej posiada już wydzielone miejsce, pod prowadzenie GPZOK, gdyż do grudnia 2012 r. był tam zlokalizowany Gminny Punkt Zbierania Odpadów Niebezpiecznych, który teraz zostanie przekształcony w GPZOK. Poza tym koszty prowadzenia biura będą niższe niż dotychczas, ponieważ zawarcie umowy z jednym dużym podmiotem takim jak Zamawiający, *stanowi niejako koncentrację przedsiębiorstwa* i pozwala na zmniejszenie zaangażowania np. w prowadzeniu Biura Obsługi Klienta, niż przy obsłudze pojedynczych właścicieli nieruchomości. Zamawiający stwierdził, że z danych, którymi dysponuje wynika, iż Veolia mogła odbierać, a nawet faktycznie odbierała, odpady komunalne od ponad 90%

15

Sygn. akt KIO 1481/13

mieszkańców miasta. Potwierdzają to dane ze sprawozdań kwartalnych, z których wynika, że inne podmioty niż Yeolia (Juko, Hak, Iszas), wpisane do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Tomaszowa Mazowieckiego, odbierały odpady tylko łącznie z ośmiu nieruchomości na terenie miasta, czyli od 305 osób co stanowi około 5 promili wszystkich mieszkańców.

Zamawiający podkreślił także błędne powoływanie się przez Odwołującego na Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami dla Województwa Łódzkiego (WPGO), gdyż dane zawarte w planie są prognozą dla całego województwa i stanowią wielkość średnią

z danych otrzymanych z różnych części województwa. Ponadto wartość przywołana przez Odwołującego (tj. 310 kg/rok) stanowi odniesienie do powiatu tomaszowskiego, a nie wprost do Miasta Tomaszów Mazowiecki (liczba mieszkańców miasta – 64.090, liczba mieszkańców powiatu na podstawie danych w WPGO to 119.742). Ponadto zdaniem Zamawiającego Odwołujący w sposób dowolny przyjmuje założenia, stanowiące podstawę do wyliczeń w odwołaniu, przez przyjmowanie ilości odnoszących się do różnych rodzajów odpadów komunalnych. W przypadku obliczeń dla danych wynikających z SIWZ Odwołujący przyjął wartość na poziomie 14 450 Mg, odpowiadającą odpadom komunalnym zmieszonym. Natomiast w odniesieniu do obliczeń, dokonanych w oparciu o pismo Zamawiającego z 12 czerwca 2013 r., Odwołujący przyjął: $13\,244,88 - 10\% = 11\,920,38$ Mg, która to wartość stanowi masę wszystkich odpadów komunalnych, a nie jest, przez analogię, tym samym co zmieszane odpady komunalne. W związku z tym nie jest to miarodajne porównanie w odniesieniu do obliczeń względem danych z SIWZ. Z kolei przyjęta na bazie planu WPGO ilość 17.881,11 Mg odnosi się do powiatu, gdzie liczba mieszkańców jest zdecydowanie wyższa. Według Zamawiającego w zakresie obliczeń kosztów składowania odpadów komunalnych zdecydowanie bardziej wiarygodne jest wyliczenie odnoszące się do odbierania odpadów od ponad 90% mieszkańców. W odniesieniu do powyższego Zamawiający wskazał, że ze sprawozdań kwartalnych składanych przez Veolię wynika, że w 2012 roku zostało odebrane 9.885 Mg odpadów o kodzie 20 03 01, tj. odpadów niesegregowanych (zmieszanych), w tym z nieruchomości zamieszkałych ok. 90%, czyli 8.897 Mg. Odpady te po przesortowaniu zdeponowano na składowisku w ilości 6 848,80 Mg (odpad o kodzie 191212 – „inny odpad”), co przy założeniu, że 90% pochodziło z nieruchomości zamieszkałych, daje ilość 6.163,2 Mg. Zarówno ze sprawozdań kwartalnych, jak i z wyjaśnień Veolii wynika, że odbierając zmieszane odpady komunalne o kodzie 200301, poddaje je wstępnej obróbce, tzn. sortując je zmniejsza ich ilość (odzyskiwane są bowiem surowe), co według Zamawiającego można łatwo zauważyć, gdyż ilość odpadów przesortowanych o kodzie 191212 jest już o 30 % mniejsza od ilości odpadów poddanych sortowaniu. Istotne znaczenie ma również to, że cena przyjęcia na składowisko odpadów komunalnych „po przesortowaniu” (o kodzie 191212) jest niższa o 15 zł /Mg niż

16

Sygn. akt KIO 1481/13

odpadów komunalnych zmieszanych. Zamawiający podał, że cena za przyjęcie odpadów komunalnych zmieszanych według aktualnego cennika ZGO Aquarium sp. z o.o., podmiotu prowadzącego instalację w Pukininie, wynosi 215 zł netto za Mg (bez uwzględnienia możliwości otrzymania rabatu od 5 do 10 zł netto za każdy Mg odpadu). Natomiast cena za przyjęcie odpadów komunalnych „po przesortowaniu” wynosi już 200 zł netto za Mg. Zamawiający wyliczył, że jeżeli składowaniu zostałyby poddane odpady komunalne zmieszane w ilości odebranej przez Veolię z gospodarstw domowych w 2012 r., otrzymujemy wartość: $8\,897\text{ Mg} \times 215\text{ zł/Mg} = 1\,912\,855,00\text{ zł netto}$. Natomiast w przypadku, gdy poddane składowaniu zostaną posortowane odpady o kodzie 191212 w ilości wykazanej przez Veolię w sprawozdaniach kwartalnych, otrzymujemy wartość: $6\,163,20\text{ Mg} \times 200\text{ zł/Mg} = 1\,232\,640\text{ zł netto}$, która jest o około 28 % niższa niż wskazany powyżej koszt składowania odpadów zmieszanych. Wreszcie Zamawiający wyliczył, że biorąc pod uwagę wszystkie odpady komunalne zmieszane (kod 200301) odebrane przez wszystkie podmioty działające na terenie Gminy Miasta Tomaszowa Mazowieckiego w 2012 r., których ilość wynosiła 12.021,32 Mg, oraz przyjmując, że 90% z nich to odpady z gospodarstw domowych (nieruchomości zamieszkałych), a po przesortowaniu ilość odpadów o kodzie 191212 jest o 30 % mniejsza od odpadów o kodzie 200301 – otrzymuje się następującą masę odpadów, które trzeba będzie poddać składowaniu: $12\,021,32\text{ Mg} \times 90\% \times 70\% = 7\,573,40\text{ Mg}$. Według Zamawiającego koszt składowania tych odpadów wyniesie: $7\,573,40\text{ Mg} \times 200\text{ zł/Mg} = 1\,514\,680\text{ zł netto}$. W opinii Zamawiającego z powyższych wyliczeń wynika, że Veolia jest w stanie „składować” odpady przy poniesieniu kosztów na poziomie 1.635.854,40 zł brutto. Zamawiający jednocześnie wskazał, że trudno mu się odnieść do wyliczeń odwołania w zakresie rocznego kosztu składowania zebranych odpadów komunalnych, gdyż *Veolia w swoich wyjaśnieniach nie podaje szczegółowych kalkulacji, a jedynie wskazuje elementy, które w kalkulacji ceny ujęła.*

Odnośnie wskazanych w odwołaniu trzech zasadniczych założeń, które należy mieć

na uwadze przy ustaleniu, czy cena nie ma charakteru rażąco niskiej, Zamawiający oświadczył, że badał wyjaśnienia pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie pod kątem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia. Natomiast o tym, czy Wykonawca oferuje za tę cenę realizację umowy zgodnie z przedmiotem, świadczy deklaracja złożona w formularzu ofertowym, zgodnie z którą wykonawca oświadczył, m.in. że: zapoznał się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zmianami, modyfikacjami i wyjaśnieniami dokonywanymi w trakcie postępowania, w pełni je zaakceptował i przyjął jako obowiązujące postanowienia w niej określone; w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się do zawarcia umowy zgodnie z wzorem stanowiącym część IV SIWZ; zobowiązuje się wykonywać prace związane z realizacją przedmiotu umowy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a w szczególności

17

Sygn. akt KIO 1481/13

obowiązującymi przepisami i normami, z zachowaniem należytej staranności. Zdaniem Zamawiającego, mając na względzie profesjonalny charakter prowadzonej przez Veolię działalności gospodarczej (co znajduje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach), nie sposób uznać, że nie ma ona wiedzy co do opisanego przedmiotu zamówienia, i, że nie będzie realizowała umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz przy dochowaniu należytej staranności.

W ocenie Zamawiającego na podstawie złożonej oferty, w tym załączonych do niej dokumentów i oświadczeń, brak jest podstaw, aby stwierdzić, że Veolia będzie realizowała usługę niezgodnie z przedmiotem zamówienia. Okoliczność, że wykonawca podał wprost w wyjaśnieniach, że przyjął 7 999 szt. pojemników do obliczenia ceny oferty, a Zamawiający w SIWZ podał liczbę pojemników, bez względu na pojemność, na łącznym poziomie 13.625 szt., nie przesądza, że będzie realizował przedmiot umowy niezgodnie z założeniami SIWZ. Zamawiający wywiódł ten wniosek z tego, że przedmiotowe zamówienie w zakresie części A polega na realizacji usługi odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy gminy i ich zagospodarowania, tj. odzysku lub unieszkodliwienie, w sposób zapewniający osiągnięcie określonych w obowiązujących przepisach poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz poziomów ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Zamawiający podał przy tym w rozdziale V pkt 2 niezbędne dane ilościowe, pozwalające ocenić wartość oferty. Pod koniec punktu 2.1 zamieszczono uwagę, że ustalone powyżej ilości są szacunkowe i mogą ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, z uwagi na m.in. zmianę liczby nieruchomości zamieszkałych (zmniejszenie lub zwiększenie) oraz zmianę liczby mieszkańców spowodowaną migracją ludności. W opinii Zamawiającego Wykonawca deklarując zapoznanie się z SIWZ, potwierdził, iż wycenił ofertę mając w szczególności na uwadze, że będzie ona polegała na odbiorze odpadów od wszystkich właścicieli nieruchomości zamieszkałych. I taki odbiór, bez względu na liczbę pojemników, które trzeba zapewnić, ma być zgodnie z zawartą umową realizowany. W ocenie Zamawiającego zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenia dotyczące pojemników dowodzą, że Veolia będzie odbierała odpady od wszystkich mieszkańców (nieruchomości zamieszkałych).

Zamawiający podsumował, że *powyższe okoliczności* wskazują jednoznacznie, że Veolia, przedstawiając w swoim piśmie stosowną argumentację i wyjaśnienia, potwierdziła że jest w stanie wykonać z zyskiem przedmiotowe zamówienie, a dokonana przez Zamawiającego ocena obiektywnych czynników nie wykazała znamion ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający nie podzielił argumentacji Odwołującego, że Veolia na zapytanie nie odpowiedziała, względnie odpowiedziała w formie

18

Sygn. akt KIO 1481/13

zwykłych ogólników. Zamawiający ocenił, że mając tak przedstawiony zarzut należy przyjąć, że tylko obszerne i szczegółowe wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach mogą dać podstawę zamawiającemu do uznania zaoferowanej ceny za prawidłową. Zamawiający stwierdził,

że zgodnie z założeniami ustawodawcy to zamawiający, a nie wykonawca, dokonuje oceny złożonych wyjaśnień. W niektórych przypadkach, aby przekonać zamawiającego będzie niezbędny uszczegółowiony opis całości zaoferowanej w ofercie ceny, w innym wystarczy wskazanie tylko na niektóre jej elementy. Zdaniem Zamawiającego to Odwołujący, powołując się na złożenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień, winien wykazać, że biorąc po uwagę istniejące realia rynkowe, potencjał techniczny wykonawcy, wskazane technologie wykonania itp. wykonanie przedmiotu zamówienia przez Veolię za oferowaną cenę jest niemożliwe. Zamawiający podniósł, że w sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu, co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach, obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa w całości na odwołującym, który z tego faktu wywodzi skutki prawne {Zamawiający podał, że w podobny sposób wypowiedziała się Izba w wyroku o sygn. akt. KIO 1665/11}.

Zdaniem Zamawiającego wykazane w ofercie doświadczenie Veolii w realizacji tego rodzaju usług niewątpliwie świadczy o należyтым przygotowaniu do realizacji zamówienia, a co się z tym wiąże, o realnej możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie {w odpowiedzi na odwołaniu przytoczono za ogłoszeniem o zamówieniu i s.i.w.z. opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a także wykazanie przez Veolię jego spełniania przez należyte wykonywanie zamówienia na terenie Gminy Miasta Tomaszowa Mazowieckiego}. Dla Zamawiającego jest to dowodem nie tylko na posiadanie przez Veolię doświadczenia w zakresie realizacji usług o tożsamym charakterze, ale w pełni potwierdza, że Wykonawca ten jest już zaznajomiony z topografią terenu, zna potrzeby *pod kątem* zapewnienia odpowiedniej liczby pojemników, a także, że *mógł przewidzieć w znacznej mierze, na podstawie zebranych danych z okresu realizacji udokumentowanych w wykazie usług, jakie ilości odpadów mieszkańcy potrafią faktycznie wytworzyć*. Miało to w ocenie Zamawiającego istotne znaczenie przy wycenie zamówienia i stanowiło o obiektywności przesłanki.

Zdaniem Zamawiającego warto również poruszyć kwestię formy wynagrodzenia, która została ustalona w SIWZ. Zgodnie z rozdziałem VII Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie w formie ryczałtu za wykonanie przedmiotu umowy w okresie jednego roku. Płatności wynagrodzenia ryczałtowego będą dokonywane po zakończeniu każdego miesiąca w wysokości 1/12 ceny oferty. Z kolei według § 2 ust. 3, 4 i 5 wzoru umowy: *Cena ryczałtowa wykonania usługi zawiera wszystkie koszty wykonawcy związane z prawidłową realizacją*

Sygn. akt KIO 1481/13

przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu prawidłowego jej oszacowania i innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu i rozmiaru przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby nastąpiło zwiększenie ilości lub kosztów usług. Cena ryczałtowa usługi może podlegać zmianie jedynie w przypadku ustawowej zmiany obowiązującej stawki podatku od towarów i usług. Zamawiający podsumował, że w przedmiotowym postępowaniu przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe, którego główną cechą jest jego niezmiennosc w toku realizacji umowy. Na etapie realizacji zamówienia wykonawca nie ma prawa żądać zmiany wysokości wynagrodzenia, nawet jeśli w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zamawiający natomiast jest zobowiązany do zapłacenia wykonawcy całej określonej w umowie kwoty. Zamawiający przywołał tu wyrok Sądu Najwyższego (sygn. akt II CRN 913/97), w którym podkreślono, że wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia pomiędzy stronami w przypadku ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Charakter wynagrodzenia ryczałtowego przesądza o tym, iż wykonawca musi uwzględnić w nim wszystkie koszty wykonania robót określonych w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. Jeżeli strony umówią się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona kwota będzie należała się wykonawcy za cały przedmiot zamówienia, zarówno znany, jak i niezny w momencie zawierania umowy.

Zamawiający wywiódł z tego, że co prawda przedmiot zamówienia posiada inny charakter, niemniej jednak powyższe stanowisko należy odnieść do prowadzonego aktualnie postępowania w ten sposób, że obowiązkiem potencjalnych wykonawców było zapoznanie się ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia wynikającym z rozdziału V SIWZ oraz załącznika nr 1 do wzoru umowy. Zamawiający podniósł, że tak określona forma wynagrodzenia stanowi niejako ryzyko dla wykonawców, tym bardziej, że Zamawiający nie określił w formularzu cenowym kwoty do wyceny np. za 1 Mg za faktyczny odbiór odpadów. Zdaniem Zamawiającego ponieważ na etapie procedury przetargowej nie wpłynęło żadne pytanie od formy wynagrodzenia, przyjąć należy, że postanowienia SIWZ w tym zakresie nie sprawiły trudności interpretacyjnym uczestnikom postępowania, którzy – jak to stwierdził Zamawiający – *tym samym w pełni zapoznali się z postanowieniami w powyższym zakresie i jako podmioty profesjonalne skalkulowały ceny na odpowiednim poziomie generującym zysk.*

Według Zamawiającego istotne jest również zwrócenie uwagi na jeszcze jeden aspekt, do którego nawiązano w treści odwołania. Zamawiający oświadczył, że będąc świadomy braku legalnej, ustawowej definicji rażąco niskiej ceny – najczęściej definiowanej

20

Sygn. akt KIO 1481/13

jako cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia – dokonał na potrzeby niniejszego postępowania szczegółowego zestawienia cen rynkowych podobnych zamówień (usługi na odbiór i zagospodarowanie odpadów), uznając, że w sposób obiektywny i rzeczowy zobrazuje to aktualny trend w regionie łódzkim, co do wysokości cen ofert, w tym ofert najkorzystniejszych. Zamawiający wyjaśnił, że dane zebrano na podstawie informacji zamieszczonych na stronach internetowych poszczególnych zamawiających oraz uzupełniono o wartości szacunkowe na podstawie przeprowadzonych rozmów telefonicznych z pracownikami zamawiających. Ponadto Zamawiający wyliczył stawki jednostkowe odpowiadające odbiorowi odpadów od jednej osoby (jednego mieszkańca), według następującego wzoru: $\text{cena najtańszej oferty} / \text{liczba mieszkańców} / \text{czas trwania umowy}$ wyrażony w miesiącach. Według Zamawiającego oczywistym jest, że takie zestawienie ma charakter ogólny, ma jednak stanowić odzwierciedlenie realnych cen usług o podobnym charakterze. Zamawiający ma świadomość, że w każdym z tych postępowań występują inne horyzonty czasowe umów, inne rozmiary przedmiotów zamówienia, tak pod kątem liczby mieszkańców, jak i pod kątem specyficznych uwarunkowań danego zamawiającego (np. Rawie Maz. czy Radomsku zamówienie nie obejmowało zagospodarowania odpadów; w zakres zamówienia wchodzi lub nie elektrośmieci, materiały budowlane z remontów i in.), co ma bezpośrednie przełożenie na cenę oferty w danym postępowaniu. Zamawiający podniósł jednak, że dzięki takiemu rynkowemu zestawieniu cen ofert w postępowaniach na odbiór odpadów komunalnych chce wykazać – w kontekście odpowiedzi udzielonych przez Veolię – ogólny trend na rynku, którego konsekwencją są oszczędności w budżetach poszczególnych zamawiających. Zamawiający wywiódł, że – w kontekście wartości szacunkowej zamówienia i przyjętego sposobu szacowania oraz realiów rynkowych – realizacja zamówienia za cenę znacznie niższą od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu jest realna. Nie tylko w przedmiotowym zamówieniu wykonawcy proponują za realizację zamówienia znacząco niższe ceny w stosunku do wartości szacunkowej i pozostałych ofert. W ocenie Zamawiającego świadczy to o „drapieżnej cenowo” konkurencji na rynku, a także realnej możliwości realizacji zamówienia za relatywnie niskie ceny. Według Zamawiającego trudno jest wysnuć wniosek (np. bez stosownego orzeczenia), że w postępowaniach, gdzie stawka jest niższa niż 4 złote, wykonawcy specjalnie je zaniżali w celu uzyskania zamówienia. {W odpowiedzi na odwołanie zamieszczono tabele dotyczące 11 postępowań o udzielenie zamówienia. W każdej tabeli podano dane dotyczące przedmiotu zamówienia (liczba mieszkańców i okres realizacji umowy), wartość szacunkową oraz taką wartość powiększoną o kwotę VAT, ceny ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, a także różnicę procentową pomiędzy wartością szacunkową a ceną wybranej

21

oferty. Ponadto z wyjątkiem jednego postępowania podano obliczony za pomocą powyżej opisanego wzoru wynik przeliczenia ceny oferty na cenę jednostkową za miesięczne świadczenie usługi na rzecz jednego mieszkańca: Sulejów – 2,38 zł, Gmina Tomaszów Mazowiecki (gmina wiejska) – 4,37 zł, Gmina Radomsko – 1,25 zł, Piotrków Trybunalski – 2,30 zł (rejon 1.) i 2,10 (rejon 2. I 3.), Gmina Wolbórz – 6,50 zł, Gmina Miasto Rawa Mazowiecka – 2,34 zł, Koluszki – 4,54 zł, Opoczno – 4,21 zł, Gmina Czerniewice – 4,90 zł, Gmina Lubochnia – 4,64 zł. Nie dokonano takiego przeliczenia dla Łodzi (sektor dzielnicy Górna), gdyż w przedmiocie zamówienia był również odbiór odpadów od przedsiębiorców i jednostek podległych miastu, co według Zamawiającego czyniłoby wynik przeliczenia według liczby mieszkańców nieadekwatnym. Zamawiający podniósł jednak, że wybrano tu ofertę Odwołującego, choć różnica procentowa pomiędzy jego ofertą a: po pierwsze – wartością szacunkową – wynosiła 115%, po drugie – ceną kolejnej w rankingu oferty – wynosiła 22%. Zdaniem Zamawiającego warto jeszcze zwrócić uwagę a Gminę Rzeczyca, gdzie Przystępujący uzyskał zamówienie przy cenie jednostkowej wynoszącej 3,89 zł, tj. 11 groszy więcej, niż kwota wyliczona dla odbioru odpadów komunalnych zmieszanych w przedmiotowym postępowaniu dla Veolii.

Zdaniem Zamawiającego podane przykłady wskazują jednoznacznie, że obowiązek organizowania przetargów na odbiór odpadów komunalnych, wynikający z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, *jest gwarancją równych i przejrzystych zasad konkurencyjności jako naczelnej zasady polskiego jak i wspólnotowego systemu zamówień publicznych*. Tym samym to właśnie owa konkurencja powoduje obniżenie kosztów na rynku usług. Z kolei stawki jednostkowe za odbiór odpadów liczony od jednej osoby pokazują, że w gminach miejskich konkurencja jest z założenia większa, a możliwość realizacji zamówienia za niższą ceną jest realnie możliwa. Na cenę ofert ma wpływ m.in. rozdrobienie nieruchomości w terenie. Stąd w miastach koszty samego transportu będą niższe niż w przypadku terenów wiejskich z znacznymi odległościami między nieruchomościami. Ponadto na cenę ma też wpływ częstotliwość odbioru odpadów. W gminach miejskich – jak w przypadku Zamawiającego – co dwa tygodnie z nieruchomości jednorodzinnych. Dla gmin wiejskich częstotliwość odbioru odpadów z nieruchomości jednorodzinnych wynosi raz na miesiąc.

Ponadto według Zamawiającego można dojść do wniosku, że wykonawcy mający uprzywilejowaną pozycję na rynku – ze względu na świadczenie tego rodzaju usług na rzecz większości mieszkańców oraz posiadający bazy w tych miejscach (Juko – Piotrków Tryb., Veolia – Tomaszów Maz., zakład w Rawie Maz. i przedstawicielstwo w Koluszkach) – zaproponowali niezwykle korzystne, relatywnie niskie ceny za realizację zamówień. Zamawiający wywiódł, że sytuacja Przystępującego jest indywidualna, jeśli chodzi o pozycję na rynku lokalnym. *Pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą się nawet*

porównywać w tym względzie. Przede wszystkim nie posiadają bazy transportowo-magazynowej na terenie miasta lub w najbliższej okolicy, nie realizowali wcześniej – jak wynika z posiadanych informacji przez Zamawiającego (tzw. zerowe sprawozdania składane na koniec każdego kwartału przez firmy odbierające odpady komunalne) – usług odbioru odpadów komunalnych na rzecz osób indywidualnych, a także na rzecz podmiotów, nie posiadają przygotowanych i rozstawionych już pojemników na terenie świadczenia usług.

Poza tym zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że cena oferty Przystępującego jest nierealna w stosunku do opisanego przez Zamawiającego w SIWZ przedmiotu zamówienia, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorstwa, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopiami odwołań – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły w formie pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

20 czerwca 2013 r. VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach

przesłała do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący nie zgodził się z zarzutami odwołania i stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił obszernych wyjaśnień odnośnie czynników kształtujących cenę, które zostały ocenione jako wiarygodne i wystarczające. Przystępujący wyraził przypuszczenie, że – pomijając chęć uzyskania przedmiotowego zamówienia – głównym celem wniesienia odwołania jest zamiar pozyskania szczegółowych danych dotyczących kalkulacji ceny konkurencyjnej firmy z branży odpadowej.

Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii Stronom postępowania – a zatem zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały złożone w tym zakresie żadne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający

23

Sygn. akt KIO 1481/13

i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażonych ustnie na rozprawie i odnotowanych w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadzając dowody z następujących dokumentów w niezbędnym zakresie do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. (z uwzględnieniem zmian i wyjaśnień), oferty Veolii, wezwania i wyjaśnień złożonych przez Veolię, a także z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę złożone na rozprawie dowody, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniach.

W odniesieniu do dowodów złożonych przez Zamawiającego, Izba zważyła, że:

- Zamawiający złożył na rozprawie, sygnalizowany w odpowiedzi na odwołanie, dowód na okoliczność, że Veolia świadczyła w 2012 r. usługi z zakresu odbioru odpadów na rzecz mieszkańców Tomaszowskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego, co było kwestionowane w odwołaniu. Zawarta 30 kwietnia 2010 r. umowa nr 73/2010 rzeczywiście potwierdza, że Veolia świadczyła na rzecz wspomnianego TBS i kilkudziesięciu wspólnot mieszkaniowych z Tomaszowa Mazowieckiego usługi w zakresie wywozu nieczystości stałych w terminie od 1 maja 2010 r. do 30 kwietnia 2012 r. Uprzednio jednak na rozprawie Odwołujący sprostował, że Veolia obsługiwała TBS tylko przez kwartał, po czym nie zaprzeczył, że mogły to być cztery miesiące. Pozostałe dwie umowy złożone przez Zamawiającego są bez znaczenia dla sprawy, gdyż dotyczą 2013 r. Podobnie jak pismo z 4 lipca 2013 r. Tomaszowskiego TBS, że Veolia obsługiwała do 30 czerwca 2013 r. nieruchomości zarządzane lub dzierżawione przez TBS, które zamieszkiwało 11.754 osób.
- Ponadto zbędne były dowody dla wykazania, że SITA nie wykonywała w 2012 r. i aktualnie nie wykonuje usług na terenie Tomaszowa Mazowieckiego, gdyż była to okoliczność bezsporna, a ponadto bez bezpośredniego związku ze sprawą.
- Z kolei wobec wygaśnięcia sporu co do tego przez jaki okres Veolia obsługiwała TBS, zbędne okazały się również dowody w postaci kwartalnych sprawozdań za ostatni kwartał

Sygn. akt KIO 1481/13

mieszkaniowymi, potwierdzająca jaki podmiot obsługiwał je przed 1 lipca 2013 r.

– Zamawiający przedstawił również sporządzone przez siebie zestawienia. Pierwsze, z którego wynika, że 4 pozostałe podmioty działające na terenie Tomaszowa Mazowieckiego obsługiwały łącznie 8 nieruchomości zamieszkałych przez łącznie 305 mieszkańców, co stanowiło 5 promil populacji miasta. Drugie, w którym podano, że Veolia w odniesieniu do nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej obsługiwała łącznie 570 nieruchomości zamieszkałych łącznie przez 35285 osób. Z żadnego z tych zestawień nie wynika jednak jakiego okresu dotyczą te dane, a ponadto Zamawiający nie sprecyzował jaki to ma związek ze sprawą.

– Niczego nie wnosi do sprawy roczne sprawozdanie z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi przez Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki za 2012 r., z uwagi na sposób i zakres podanych tam danych.

W odniesieniu do dowodów złożonych przez Odwołującego, Izba zważyła, że:

– SIWZ dot. postępowania pn. *Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miasta Rawa Mazowiecka* z maja 2013 r. (be załączników) okazała się zbędna, gdyż nie było sporne, że postępowanie to dotyczyło wyłącznie odbioru odpadów.

– Nic nie wnosi do sprawy dokumentacja fotograficzna, gdyż nie sposób na jej podstawie ocenić, czy możliwe jest na terenie tego obiektu przesortowanie 30 ton odpadów zmieszanych.

– Tabelaryczna kalkulacja stanowi wyłącznie dowód sposobu kalkulacji jak według Odwołującego jest właściwy dla przedmiotowego postępowania.

– Złożone obliczenie stanowi wyłącznie dowód na to, jaki koszt odbioru i zagospodarowania odpadów przez Veolię w przedmiotowym postępowaniu można uzyskać w wyniku symulacji według ceny jednostkowej na miesiąc za osobę odbioru odpadów z postępowania w Rawie Mazowieckiej i zsumowaniu z kosztem zagospodarowania wyliczonym w najkorzystniejszym dla Przystępującego wariantcie z odpowiedzi na odwołanie.

{Pozostałe dowody zostały omówione w dalszej części uzasadnienia.}

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z następną w kolejności ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, a także, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy pzp, które pozbawiają go możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Sygn. akt KIO 1481/13

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Zamawiający – na skutek nieprawidłowej oceny wyjaśnień udzielonych przez Veolię – zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W sytuacji złożenia przez Veolię wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, to na Odwołującym ciążył ciężar udowodnienia braku przedstawienia obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny, czyli złożenia niewystarczających wyjaśnień, skoro wywodził z tego skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Stanowisko takie

zostało już dawno wypracowane w orzecznictwie, w szczególności Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) wskazał, że: *Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Jest ono również aprobowane w orzecznictwie Izby, między innymi ostatnio nawiązano do niego w wyroku z 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 812/13). W uzasadnieniu tego wyroku słusznie zwrócono również uwagę, że w takim przypadku problem dowodowy sprowadza się do tego, czy wezwany wykonawca w sposób właściwy wykazał, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, a wykonawca na zamówieniu osiągnie jeszcze zysk. Odwołujący wykazał w sposób wystarczający, że wyjaśnienia Przystępującego nie mogły być uznane za usuwające powstałą wątpliwość, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Izba nie zgadza się jedynie z zakwalifikowaniem w odwołaniu sytuacji złożenia wyjaśnień niewystarczających jako braku złożenia wyjaśnień. Zgodnie z art. 90 ust. 3 pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W oczywisty sposób niezłożenie wyjaśnień należy rozumieć dosłownie, czyli jako brak jakiejkolwiek reakcji na wezwanie zamawiającego. Natomiast w razie udzielenia odpowiedzi, jej jakość podlega ocenie pod kątem tego czy jest wystarczająca dla uchylenia podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną, przez pryzmat obiektywnych czynników, które przykładowo zostały wymienione w art. 90 ust. 2 pzp. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy zadanie Odwołującego było ułatwione zarówno

Sygn. akt KIO 1481/13

z powodu niezastosowania się przez Veolię do treści wezwania skonkretyzowanej przez Zamawiającego, złożenia przez jak i powołania się w wyjaśnieniach na okoliczności, które wręcz wprost potwierdzają rażąco niski poziom zaoferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Okoliczności te zostały podniesione w odwołaniu i znalazły potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający uznał za celowe wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp Przystępującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy cena jego oferty w wysokości 2.907.122,40 zł nie jest nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w swoim piśmie z 5 czerwca 2013 r. nie poprzestał jednak na treści art. 90 ust.2 pzp, to jest na przywołaniu wyliczonych w tym przepisie przykładowo kategorii obiektywnych czynników wpływających na wysokość zaoferowanej ceny, gdyż sprecyzował ponadto istotne jego zdaniem z punktu widzenia specyfiki przedmiotu zamówienia okoliczności w 5-elementowym wypunktowaniu {którego brzmienie zostało powyżej adekwatnie przytoczone za odwołaniem}. W treści pisma Zamawiający wyraźnie i wprost określił sformułowaną przez siebie listę czynników jako swoje oczekiwania co do treści wyjaśnień, zastrzegając jednocześnie, że Veolia może wskazać również inne okoliczności, które umożliwiły jej złożenie oferty z taką ceną. Zamawiający podał nawet podstawę do formułowania tego typu oczekiwań – w postaci orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. C-599/10. Rzeczywiście w tym prejudykacie z 29 marca 2012 r. Trybunał stwierdził w szczególności, że choć wyliczenie zawarte w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie jest wyczerpujące, to jednak nie jest ono czysto informacyjne, i w związku z tym nie pozostawia instytucjom zamawiającym swobody przy ustalaniu, jakie są istotne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, zanim odrzucona zostanie oferta jawiąca się jako rażąco niska (wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C 292/07 Komisja przeciwko Belgii, pkt 159). Po drugie – zdaniem Trybunału z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że instytucja zamawiająca powinna jasno sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty. Powyższe tezy są w pełni adekwatne w odniesieniu do odpowiednio ust. 1 i 2 art. 90 ustawy pzp, implementującej w tych przepisach omawianą regulację art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej. O ile zatem Zamawiający miał w pełni prawo sprecyzować w toku badania oferty Veolii swoje żądanie, o tyle bezskutecznie usiłował dystansować się od jego jednoznacznej treści w toku

postępowania odwoławczego. Co prawda obszerny fragment odpowiedzi na odwołanie został poświęcony dokładnemu zrelacjonowaniu treści skierowanego do Przystępującego pisma, jednakże w dalszych wywodach, a także na rozprawie, Zamawiający akcentował wyłącznie ewentualność wezwania w zakresie kalkulacji. Izba zważyła, że rzeczywiście na wstępie Zamawiający wyraził oczekiwanie *podania czynników kształtujących wysokość*

27

Sygn. akt KIO 1481/13

zaproponowanej ceny, wraz z ewentualnym przedstawieniem ich kalkulacji. Jednakże to ogólne wskazanie dotyczyło ogółu możliwych czynników, natomiast wśród dalej wyszczególnionych przez Zamawiającego okoliczności wprost wskazano: kalkulację kosztów związanych z transportem odpadów, koszty związane z wyposażeniem nieruchomości w pojemniki i worki, koszty związane z odbiorem przewidzianej w SIWZ ilości odpadów komunalnych {i dopiero tutaj ponownie jako ewentualność wskazano odrębne wyszczególnienie kosztów dla poszczególnych rodzajów odpadów}, wreszcie koszty związane z utrzymaniem pracowników skierowanych do realizacji zamówienia.

Wezwanie to było z pewnością zrozumiałe, czego dowodzi fakt, że Przystępujący, co prawda wyłącznie w stosunku do kosztu wyposażenia mieszkańców w worki, podał konkretną kwotę. Poza tym szczegółem w wyjaśnieniach ograniczono się jednak do podania dwóch globalnych kwot: 2.656.868 zł – sumy kosztów bezpośrednich i 115.544 zł – sumy kosztów ogólnych, oraz zbiorczego podania, że ta pierwsza kwota obejmuje: koszty utylizacji odpadów, koszty pracowników bezpośrednio pracujących na kontrakcie, w tym kierowców i ładowaczy, koszty amortyzacji sprzętu i pojemników, zakupu worków, koszty logistyczne, w tym zakup paliwa, olejów i smarów, opon, naprawy sprzętu, ubezpieczenia, podatku od środków transportu oraz odzieży roboczej, a druga kwota zawiera w sobie: koszty pracowników biura obsługi klienta, koszty dyspozytorów, koszty biurowe, pocztowe, telefoniczne, koszty utrzymania biura oraz gminnego punktu zbierania odpadów komunalnych (tzw. GPZOK). *De facto* zatem spośród tych wszystkich nazwanych kosztów Przystępujący zdecydował się na ujawnienie mało znaczącej w skali globalnej ceny oferty kwoty 60 tys. zł na wyposażenie mieszkańców w worki na odpady. W szczególności znaczące jest poprzestanie w zakresie kosztów odbioru zagospodarowania odpadów na stwierdzeniu, że w kalkulacji przyjęto koszt utylizacji odpadów w Zakładzie Gospodarki Odpadami Aquarium sp. z o.o. *zgodnie z obowiązującym cennikiem znajdującym się w miejscowości Pukinin...*, bez sprecyzowania jakie to kwoty wynikają z zastosowania cennika. Zamawiający wcale nie otrzymał w tym zakresie informacji, na które powołuje się w odpowiedzi na odwołanie (215 zł za tonę odpadów zmieszanych i 200 zł za tonę odpadów komunalnych po przesortowaniu). Natomiast Przystępujący – dopiero po wniesieniu odwołania i wobec stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie – przedstawił na rozprawie treść tego cennika. Jest działanie spóźnione i co najwyżej skutecznie podważa wskazywaną w odwołaniu stawkę 229 zł, na której dowód Odwołujący złożył na rozprawie jednostronnie podpisany przez siebie projekt umowy, w którego załączniku taka stawka została podana. W ocenie Izby wobec jednoznacznej treści skierowanego wezwania, nieuczynienie mu zadość przez Przystępującego, czyli brak podania zażądanych informacji, nie może być skutecznie podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jako argument podważający zasadność odwołania. Z kolei w wyjaśnieniach wskazano, że RIPOK

28

Sygn. akt KIO 1481/13

w Pukinie oddalony jest od granic Tomaszowa Mazowieckiego 33 km, która to odległość – jak przyznał sam Zamawiający – została zaniżona {według Przystępującego wynika to z podania odległości w obu przypadkach mierzonej od granic}, jednak bez podania jaki ma to wpływ na kwotę ponoszonych kosztów. W zakresie kosztów transportu Veolia podała jedynie, że w celu ich minimalizacji będzie korzystać z własnej przesypowni, a odpady będzie wozić transportem zbiorczym. Poza brakiem sprecyzowania jakichkolwiek konkretnych kwot, trudno uznać te metody za unikalne i dostępne wyłącznie Przystępującemu. Wreszcie w zakresie osiągnięcia wymaganych przepisami poziomów recyklingu i ograniczania masy opadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania – Veolia

wskazała, że pomimo odbioru *odpadów segregowanych zmieszanych*, jej pracownicy dokonują ich segregacji oraz przygotowują do odbioru przez firmy recyklingowe.

Również wyjaśnienia w zakresie nieodnoszącym się do szczególnych okoliczności sprecyzowanych przez Zamawiającego mają charakter powierzchowny i ogólnikowy. Wskazano w nich bowiem na: przynależność do grupy kapitałowej zatrudniającej setki tysięcy pracowników w kilkudziesięciu krajach świata, dysponującej wiedzą i doświadczeniem; rozwiązania logistyczne oparte na maksymalnym wykorzystaniu zasobów technicznych, przy minimalnym wykorzystaniu zasobów kadrowych, w tym pracę środków transportu w systemie dwuzmianowym w celu maksymalizacji ich wykorzystania; wdrożenie w 2011 r. wewnętrznych regulacji i mechanizmów kontrolnych wynikających z wymagań *Ustawy Sarbanes-Oxley*; wdrożenie systemów zarządzania jakością ISO 9001 i zarządzania środowiskowego ISO 14001, co ma zapewniać stałą poprawę jakości świadczonych usług i standardów ochrony środowiska; wdrożenie zintegrowanego informatycznego systemu zarządzania procesami biznesowymi, który jest dostosowany do specyfiki branży gospodarki odpadami, co ma pozwalać na podwyższenie efektywności działania, a tym samym na obniżenie bezpośrednich kosztów działalności; posiadanie kadry wykwalifikowanych menadżerów posiadających kilkuletnie doświadczenie w branży gospodarki odpadami. Przede wszystkim żadna z tych okoliczności nie ma charakteru czynnika unikalnego wyłącznie w odniesieniu do Veolii. Przystępujący na rozprawie nie zaprzeczał twierdzeniom Odwołującego, że w co najmniej takim samym stopniu są one również aktualne dla SITA. Izba zauważa ponadto, że zapewnienie wyższego poziomu zadowolenia klientów czy standardów ochrony środowiska, choć może być korzystne dla przedsiębiorcy, wiąże się z ponoszeniem określonych kosztów i bezpośrednio nie ma przełożenia na obniżenie kosztów prowadzenia działalności, a przynajmniej w wyjaśnieniach nic o tym nie wspomniano. W odpowiedzi na odwołanie, pomimo jej obszerności, Zamawiający nie był w stanie przekonująco wyjaśnić na jakiej podstawie uznał tego typu ogólne okoliczności, dostępne nie tylko Przystępującemu, za wystarczające do tego, aby stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Sygn. akt KIO 1481/13

Natomiast zupełnie bez pokrycia w rzeczywistym stanie rzeczy jest wskazywanie w tym kontekście przez Zamawiającego, że Veolia wskazała w wyjaśnieniach *konkretne dane*. Znamienne jest, że Zamawiający nie podał w odpowiedzi na odwołanie w czym ta konkretność miałaby się przejawiać, zamiast tego przechodząc do przytaczania obszernych fragmentów uzasadnień wyroków Izby w innych sprawach. Zamawiający nie wziął przy tym pod uwagę przytaczanego przez siebie samego uzasadnienia wyroku Izby z 10 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2813/11), z którego wynika wskazówka, że zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (jego wartość) ma realne uzasadnienie. Nie wiadomo również w jaki sposób deklarowanie przez Przystępującego wypracowania na zamówieniu zysku na poziomie 3% {ściśle rzecz biorąc w wyjaśnieniach pada enigmatyczne stwierdzenie: *zysk na poziomie powyżej 3%*}, stało się dla Zamawiającego niezbitym dowodem wygenerowania zysku, w szczególności nic nie wnosi do sprawy wyliczenie przez Zamawiającego, że wspomniane 3% daje kwotę około 7 tys. zł miesięcznie {ponadto taka informacja nie wynika z wyjaśnień}. Nie sposób uznać takich nieweryfikowalnych deklaracji za istotny czynnik, jak to oświadczył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający.

Poza tym z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający przy ocenie wyjaśnień był w stanie dopatrzeć się w nich informacji, które nie zostały w zawarte w ich treści. W szczególności GPZOK pojawia się w piśmie wyłącznie w kontekście wskazania kosztów jego prowadzenia jako składnika kosztów ogólnych. Nie ma natomiast żadnych wyjaśnień, że koszty te będą niskie, gdyż baza transportowa zorganizowana w Tomaszowie Mazowieckim posiada już wydzielone miejsce pod jego prowadzenie, bo zostanie w niego przekształcony prowadzony tam dotychczas gminny punkt zbierania odpadów niebezpiecznych. W piśmie Przystępującego próżno również szukać jakiegokolwiek wyводу na temat obniżenia kosztów prowadzenia biura z uwagi na *niejako* koncentrację przedsiębiorstwa. Dopiero na rozprawie Przystępujący – z oczywistych względów – poparł takie stanowisko Zamawiającego. Pomijając nawet na ogólnikowość tego typu okoliczności,

nie wynikają one w żaden sposób z pisma Veolii datowanego na 6 czerwca 2013 r. Podobnie ze złożonych wyjaśnień nie wynika wprost, że Veolia zamierza zmniejszyć objętość odbieranych zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 200301 przez poddanie ich wstępnej obróbce polegającej na ich sortowaniu. Zamawiający sam poczynił takie założenie na podstawie otrzymywanych na mocy odrębnych przepisów sprawozdań kwartalnych, do których jednak wyjaśnienia wprost również nie nawiązują. Także podana w odpowiedzi na odwołanie kwota oszczędności – w wysokości 800 tys. zł – została ustalona samoistnie przez Zamawiającego, gdyż w wyjaśnieniach Veolia powołała się wyłącznie na okoliczność, że z racji wieloletniego prowadzenia działalności na terenie Tomaszowa Mazowieckiego szacuje liczbę potrzebnych do wykonania zamówienia pojemników na 7999 szt., z czego

30

Sygn. akt KIO 1481/13

97% tej liczby przypada na stanowiące jej własność pojemniki, które są już odpowiednio rozstawione na terenie miasta.

W ocenie Izby Zamawiający miał świadomość słabości wyjaśnień, które udzieliła mu Veolia, skoro uznał za konieczne wypełnienie odpowiedzi na odwołanie obszernymi wywodami na temat spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego i Przystępującego, ryczałtowego charakteru wynagrodzenia za wykonanie zamówienia z podaniem orzecznictwa w tym zakresie czy też analizy cen w podobnych postępowaniach na terenie w regionie łódzkim {zostały one powyżej zrelacjonowane w skrócie}. Izba zważyła, że wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, za pomocą jakich zamówień wykonawcy wykazali spełnianie warunków zamówienia, w szczególności, że w przypadku Przystępującego było to zamówienie wykonywane na terenie Tomaszowa Mazowieckiego, a w przypadku Odwołującego nie, jest zupełnie bez znaczenia dla oceny, czy Veolia złożyła ofertę zawierającą rażąco niską ceną. Z kolei ryczałtowy charakter wynagrodzenia był okolicznością niesporną, a także w żaden sposób nie jest to argument przemawiający na korzyść Przystępującego, o czym poniżej. Wreszcie analiza cen ofert za podobne usługi na regionalnym rynku niewątpliwie pozostaje w związku z tematyką rażąco niskiej ceny, a także stanowi odpowiedź na jedną z linii argumentacyjnych odwołania. Jednakże w ocenie Izby tego typu analizy przydatne są (czy wręcz konieczne), gdy zamawiający chce mieć argument, że pomimo różnicy ceny badanej oferty w stosunku do wartości oszacowanej czy nawet innych ofert, nie ma konieczności wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż nie ma powodów, aby powstała wątpliwość co do tego, że najniższa cena odpowiada realiom rynkowym. W przedmiotowej sprawie argumentacja taka ma znaczenie posiłkowe, gdyż na tym etapie liczy się przede wszystkim, co wezwany wykonawca wykazał w złożonych wyjaśnieniach. Przedstawiona przez Zamawiającego symulacja jest przy tym obciążona poważnym błędem, gdyż w ogóle nie podaje cen jednostkowych w odniesieniu do ilości odpadów.

Zamawiający wykazał przy ocenie wyjaśnień coś więcej niż niezwykłą przychyłność, uznając, że *Veolia mogła przyjąć do wyliczenia ceny liczbę pojemników na poziomie ok. 8 tys. szt, gdyż jak wynika z wyjaśnień i wiedzy, którą posiada zamawiający, aktualnie posiada uprzywilejowaną pozycję na rynku lokalnym jeśli chodzi o procentowy udział w odbieraniu odpadów komunalnych* {cytat z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z 10 czerwca 2013 r.}. Zamawiający miał na tyle zdrowego rozsądku, żeby takiej argumentacji nie powtarzać dosłownie w odpowiedzi na odwołanie. Wskazuje ona bowiem na uprzywilejowane traktowanie Przystępującego przez Zamawiającego, pomimo ciężącego na nim z mocy art. 7 ust. 1 pzp obowiązku równego traktowania wszystkich wykonawców. Zamawiający uznał, że tylko Przystępujący – z racji uprzywilejowanej pozycji – ma prawo zignorować opis przedmiotu zamówienia, w którym łączną liczbę pojemników (wszystkich

31

Sygn. akt KIO 1481/13

pojemności) opisano jako minimum 10.185 szt. a maksimum 13.625 szt. Jeszcze bardziej o braku obiektywizmu i nieprawidłowości oceny Zamawiającego świadczy bezkrytyczne uznanie przez niego za podstawowy obiektywny czynnik uzasadniający zaoferowaną przez Veolię cenę następującego fragmentu złożonych wyjaśnień: *Przy wyliczaniu ceny*

jednostkowej na mieszkańca pod uwagę braliśmy ilości odpadów szacowaną na podstawie zdobytego doświadczenia oraz ilości odbieranych odpadów w całym okresie świadczenia usług na rzecz klientów indywidualnych, które według naszego mniemania będą niższe niż wskazane w SIWZ. Według naszych danych ilość odpadów zebranych z terenu Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki z terenów zamieszkałych wyniosła w 2012 roku 8 897 Mg odpadów niesegregowanych, co stanowiło odbiór od ponad 90% mieszkańców. Zdaniem Izby Veolia oświadczyła w ten sposób, że przy kalkulowaniu ceny oferty: po pierwsze – nie brała pod uwagę ilości odpadów podanej w s.i.w.z., a własne założenia, które, po drugie – sprecyzowała przez odwołanie się do doświadczeń z działalności na terenie Tomaszowa Mazowieckiego w 2012 r., gdy obsługując 90% mieszkańców odebrała od nich 8897 ton odpadów niesegregowanych. Dokładnie tyle wynika z powyżej zacytowanego fragmentu wyjaśnień. Natomiast Zamawiający – ponownie bazując na informacjach ze składanych mu sprawozdań kwartalnych – przyjął na potrzeby oceny wyjaśnień, że w 2012 r. zostało odebrane 9995 ton odpadów zmieszanych, w tym z nieruchomości zamieszkałych pochodziło około 90%, czyli właśnie 8897 ton. W następnej kolejności Zamawiający – jak już powyżej wskazano – poczynił kolejne założenie, w ogóle niewynikające z treści otrzymanych wyjaśnień, że 30% tej masy odpadów będzie mogła być zagospodarowana za niższą cenę jako odpady komunalne po przesortowaniu. Wszystkie te zabiegi służyły wykazaniu jak największego obniżenia kosztów, które musi ponieść w tym zakresie przy realizacji zamówienia Przystępujący. Wreszcie w dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający – podtrzymując założenie dotyczące powyższego wskaźnika przesortowania – przyjął wielkość masy odpadów komunalnych zmieszanych w wysokości 10.819,19 ton, która to wielkość niemal odpowiada treści wyjaśnień, gdyż skoro 8.897 ton odpowiada odpadom odbieranym od 90% mieszkańców, to dla wszystkich mieszkańców będzie to odpowiednio 9.885,56 ton. Jednakże zarówno Veolia przy składaniu wyjaśnień (a przede wszystkim przy kalkulowaniu ceny oferty), jak i Zamawiający przy ich badaniu zapomnieli, że właściwym punktem odniesienia dla oceny rażąco niskiej ceny oferty jest przedmiot zamówienia, co wprost wynika z art. 90 ust. 1 pzp (a także z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp). Okolicznością bezsporną jest, że zawarty w pkt 2.1.13 rozdziału 5 s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia dla części A zamówienia określa przewidywaną na roczny okres realizacji umowy łączną ilość odpadów komunalnych powstałych na terenie nieruchomości zamieszkałych przez mieszkańców na 16.900 ton, w tym: 14.450 ton odpadów zmieszanych, 1300 ton odpadów zebranych selektywnie, 100 ton odpadów przekazanych do GPZOK, 750

Sygn. akt KIO 1481/13

ton odpadów ulegających biodegradacji i 300 ton odpadów wielkogabarytowych. Z kolei liczba pojemników, która miała być przyjęta przez każdego wykonawcę zawierała się w przedziale od 10.185 szt. do 13.625 szt.

Tymczasem Veolia w złożonych wyjaśnieniach jednoznacznie oświadczyła, że przy kalkulacji ceny oferty nie wzięła pod uwagę zakresu ilościowego przedmiotu zamówienia opisanego w s.i.w.z., który według jej mniemania jest nieadekwatny. Izba zważyła, że Przystępujący nie zgłaszał w tym zakresie zastrzeżeń do opisu przedmiotu zamówienia, a zatem jego obowiązkiem było dokonanie realnej i rzetelnej wyceny wynikającego z tego opisu zakresu ilościowego odpadów, jak również liczby pojemników. Przystępujący składając ofertę – co podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – oświadczył, że zapoznał się z s.i.w.z., w pełni ją akceptuje i przyjmuje jej postanowienia za obowiązujące, a w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze stanowiącym część IV s.i.w.z., a tym samym zobowiązał się do wykonania za wskazaną przez siebie ceną ryczałtową przedmiotu zamówienia opisanego w s.i.w.z. Jednakże następnie przyznał w złożonych wyjaśnieniach, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę ryczałtową jedynie w przypadku, gdy wykonanie umowy będzie dotyczyło znacznie mniejszej skali odpadów niż podana w s.i.w.z. i przy mniejszej liczbie pojemników niż minimalny poziom określony w s.i.w.z. Z kolei Zamawiający nie tylko nie zweryfikował negatywnie takich wyjaśnień lecz wręcz uznał wycenę opartą na założeniach niezgodnych z opisem przedmiotu zamówienia za właściwy obiektywny czynnik wyjaśniający brak zaniżenia ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to o tyle niezrozumiałe, że w protokole z prac komisji przetargowej z 10 czerwca 2013 wprost

odnotowano również sprzeczność co do ilości odpadów: *Wykonawca podał, iż do obliczenia ceny przyjął dane z roku 2012, wg których odebrał odpady od 90% mieszkańców w ilości 8 897 Mg (w SIWZ zamawiający przyjął, iż całkowita ilość odpadów – 100% mieszkańców – będzie się kształtować na poziomie 16 900 MG/rok)*. Nie wiadomo zatem na jakiej podstawie Zamawiający ostatecznie zaakceptował tego typu wyjaśnienia, które wprost zanegowały podany przez niego samego – jak należy zakładać z należytą starannością – opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym. Innymi słowy Zamawiający bezkrytycznie zaakceptował wyjaśnienia, w których Veolia wprost wskazała, że złożyła ofertę na inny pod względem ilościowym przedmiot zamówienia niż opisany w s.i.w.z. A ściślej rzecz biorąc, że wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie cenę ryczałtową będzie się Przystępującemu opłacało, jeżeli skala świadczonych usług będzie odpowiadała jego biznesowym założeniom, a nie opisowi dokonanyemu przez Zamawiającego. Rzeczowej odpowiedzi w tym zakresie Zamawiający nie udzielił ani w obszernej odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie.

Co charakterystyczne Zamawiający obszerną część odpowiedzi na odwołanie poświęcił wykazywaniu – niespornego w toku postępowania odwoławczego – ryczałtowego

33

Sygn. akt KIO 1481/13

charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. W szczególności Zamawiający podkreślił, że ryzyko z tytułu jego prawidłowego oszacowania wykonawcę, który nie ma prawa żądać zmiany wysokości wynagrodzenia, nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Należy dodać, że na gruncie ustawy pzp ryzyko to jest minimalizowane obowiązującymi zamawiającego regułami opisu przedmiotu zamówienia, który zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, dokonany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. zatem że Zamawiający słusznie zauważył, obowiązkiem wykonawców było zapoznanie się ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia z rozdziału 5 s.i.w.z. i załącznika nr 1 do wzoru umowy. Natomiast błędnie Zamawiający upatruje argumentu usprawiedliwiającego dokonaną ocenę wyjaśnień w zamieszczonej pod podanym zakresem ilościowym uwadze, że ustalone w s.i.w.z. ilości są szacunkowe, gdyż mogą ulec zmianie na etapie realizacji umowy odpowiednio do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego z uwagi m.in. na zmianę liczby zamieszkałych nieruchomości lub migrację mieszkańców, przy czym zarówno ryzyko zmniejszenia, jak i zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia stanowi ryzyko wykonawcy. Ewentualne przyszłe zmiany zakresu ilościowego na etapie wykonania umowy są zdarzeniem przyszłym i niepewnym, a zatem siłą rzeczy nie mogą rzutować na dokonywaną w toku badania oferty ocenę, która powinna być odniesiona do tego co wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Okoliczność, że zakres ilościowy może ulec zmianie nie oznacza, że może to być różnica zasadnicza, a taką założył Przystępujący w swoim wyjaśnieniu. Przy czym nie wziął pod uwagę, że równie dobrze faktyczna realizacja może odbiegać również *in plus* od wielkości oszacowanych przez Zamawiającego. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia dla zaakceptowania przez Zamawiającego zwiększenia ryzyka po stronie Przystępującego, który góry założył, że zakres ilościowy przedmiotu zamówienia będzie znacząco niższy niż podany do wyceny w s.i.w.z. przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający z samego faktu niezakwestionowania ryczałtowej formy wynagrodzenia za całość przedmiotu zamówienia wyciąga zupełnie nieuprawniony wniosek o skalkulowaniu przez profesjonalnych wykonawców ceny oferty na odpowiednim poziomie generującym zysk. Złożone przez Veolię wyjaśnienia nie potwierdzają tego optymistycznego założenia Zamawiającego, który zapomniał, że wyjaśnienia miały mu posłużyć do oceny, czy cena oferty złożonej przez Veolię nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego autorem jest on sam, a nie w stosunku do przedmiotu zamówienia według własnej koncepcji Przystępującego, niezależnie od stopnia jej prawdopodobieństwa.

Z powyższych względów Zamawiający nie miał podstaw do oceny, że złożone przez Veolię wyjaśnienia uchylają podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę

34

w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wręcz przeciwnie Zamawiający – zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 pzp – powinien stwierdzić, że złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę oferty Veolii w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w s.i.w.z. Reguły rządzące opisem przedmiotu zamówienia, który jest zawsze dokonywany przez zamawiającego, wykluczają powoływanie się przez wykonawców na ich własne koncepcje, niezależnie od stopnia ich biznesowego prawdopodobieństwa. Nawiązując do poglądu wyrażonego w wyroku Izby z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *odnośnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólne lub lakoniczne nie będą więc wcale bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającą do odrzucenia oferty z tej przyczyny.* W rozstrzyganej sprawie Zamawiający otrzymał wyjaśnienia, które nie tylko nie czyniły zadość treści skonkretyzowanego wezwania, a także w znakomitej większości były lakoniczne i ogólne. Przede wszystkim przedstawiony w nich sposób wykonania zamówienia bez ponoszenia strat nie odnosił się do przedmiotu zamówienia, który należało rzetelnie wycenić w ramach ceny oferty. Powinnością Zamawiającego było dokonanie oceny miarodajności ceny oferty Przystępującego przez pryzmat jej realności za wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w s.i.w.z., które były wiążące dla wszystkich wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Izba – rozpatrując sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu – stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), a ponadto obciążając kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego

35

wpisu od odwołania oraz jego uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedstawionego do zamknięcia rozprawy, z ograniczeniem wysokości tego wynagrodzenia do kwoty 3600 zł, która na mocy § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia jest kwotą maksymalną.

Przewodniczący:

36