

sygn. akt: **KIO 3310/22**

WYROK
z dnia 22 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **ML-EKO Team sp. z o.o., ul. Bogatyńska 12/12; 54-106 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Związek Międzygminny „Centrum Zagospodarowania Odpadów – SELEKT”, ul. Kościańskie Przedmieście 2B; 64-020 Czempień**,

przy udziale wykonawców:

- a) **PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a; 50-518 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego,
- b) **EKO-WEST sp. z o.o., ul. Wiśniowa 30; 62-052 Komorniki**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **ML-EKO Team sp. z o.o., ul. Bogatyńska 12/12; 54-106 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ML-EKO Team sp. z o.o., ul. Bogatyńska 12/12; 54-106 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Międzygminny „Centrum Zagospodarowania Odpadów – SELEKT”, ul. Kościańskie Przedmieście 2B; 64-020 Czempień, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Komorniki – Sektor X*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 września 2022 r., pod nr 2022/S 189-534367.

Dnia 1 grudnia 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 12 grudnia 2022 roku, wykonawca ML-EKO Team sp. z o.o., ul. Bogatyńska 12/12; 54-106 Wrocław (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, tj. wobec zaniechania przez niego zażądania od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – EKO-WEST sp. z o.o. złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, a przede wszystkim jej istotnej części składowej (ceny za odbiór odpadów zbieranych selektywnie), w sytuacji w której zaoferowana przez tego wykonawcę cena budzi uzasadnione wątpliwości co do jej rynkowości, w szczególności zaś gdy niemożliwym jest pokrycie z niej wszystkich obiektywnie koniecznych do poniesienia kosztów wykonania usługi. Odwołanie dotyczy sektora X.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 pzp poprzez zaniechania zażądania od EKO-WEST sp. z o.o. (wykonawcy, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą) wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny, przede wszystkim zaś jej istotnej części składowej, tj. ceny za odbiór i transport odpadów komunalnych zbieranych selektywnie (cena z pozycji/wiersza o liczbie porządkowej 2 tabeli z punktu „II.” Formularza ofertowego), w sytuacji, gdy cena ta musi wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i musi budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i odrębnych przepisach, choćby z tych względów, że:

- cena jednostkowa (za 1 Mg) za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie jest niższa niż cena jednostkowa (za 1 Mg) za odbiór i transport odpadów zmieszanych, co jest nieuzasadnioną i nielogiczną aberracją nie tylko w zamówieniu dla gminy Komorniki (żaden inny wykonawca nie wycenił odbioru i transportu jednej tony odpadów zbieranych selektywnie poniżej jednej tony odpadów zmieszanych), ale i w innych zamówieniach procedowanych w tym samym czasie przez zamawiającego (dla innych gmin wchodzących w

skład związku międzygminnego SELEKT, w szczególności tak samo wymagających w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi jak gmina Komorniki), jak i ogólną tendencją rynkową (gdzie powszechnie przyjmuje się, że odbiór jednej tony odpadów zbieranych selektywnie jest bardziej kosztogenny niż jednej tony odpadów zmieszanych), tym bardziej gdy uwzględni się fakt, że z dokumentów zamówienia (SWZ i OPZ dla gminy Komorniki) wynika jednoznacznie, że zaangażowanie sprzętowe i kadrowe na potrzeby odbioru odpadów zbieranych selektywnie w stosunku do odpadów zmieszanych jest podobne (a w zasadzie większe), co w przeliczeniu na ilość odpadów poszczególnych frakcji czyni niemożliwym zaoferowanie niższej ceny jednostkowej dla odpadów zbieranych selektywnie, niż dla odpadów zmieszanych;

- zarówno cena jednostkowa i łączna za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie przez EKO-WEST sp. z o.o. jest absurdalnie niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert (dla odpadów zbieranych selektywnie), bo o ponad 47%, a od średniej wszystkich ofert (a więc i uwzględniającej nierealną cenę EKO-WEST sp. z o.o.) aż o ponad 40%, i to wszystko w sytuacji, gdy odbiór odpadów zbieranych selektywnie (a więc i jego koszt oraz przychód dla wykonawcy) stanowi ponad połowę przedmiotu zamówienia ujmowanego przez pryzmat liczby punktów wywozowych, z których należy odebrać poszczególne frakcje odpadów komunalnych, czy też prawie 35% przedmiotu zamówienia ujmowanego przez pryzmat strumienia poszczególnych frakcji odpadów;

- łączna cena za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie (EKO-WEST sp. z o.o. zaoferował 2.876.880,00 zł netto) nie pozwala pokryć nie tylko wszystkich koniecznych kosztów potrzebnych do należytego wykonania zamówienia (zgodnie z dokumentami zamówienia, jak i właściwymi przepisami prawa, w tym z zakresu zabezpieczenia społecznego), ale nawet sumy najbardziej podstawowych kosztów, takich jak: koszty pracownicze, koszty udostępniania pojazdów (bez uwzględnienia jakichkolwiek kosztów eksploatacyjnych), koszty paliwa i koszty zapewnienia mieszkańcom Komornik worków do selektywnej zbiórki odpadów, i to ujmowanych w sposób jak najbardziej korzystny dla wykonawcy (EKO-WEST sp. z o.o.), a więc na minimalnym poziomie, żeby nie powiedzieć nierealistycznym rynkowo poziomie;

- łączna cena ofertowa EKO-WEST sp. z o.o. (10.129.385,00 zł netto) odbiega znacznie od realiów rynkowych (najniższa z możliwych, cena rynkowa przy uwzględnieniu wszystkich wymagań zamawiającego nie może być w żadnym wypadku niższa niż 11 mln zł netto) i nie pozwala tym samym pokryć niezbędnych kosztów realizacji zamówienia, co czyni ją całkowicie nierealną.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez EKO-WEST sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- zażądania od (wezwania) EKO-WEST sp. z o.o. złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przede wszystkim w zakresie sposobu kalkulacji ceny za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie (istotnej części składowej łącznej ceny ofertowej), a więc ceny z pozycji/wiersza o liczbie porządkowej 2 tabeli z punktu „II.” Formularza ofertowego;
- ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przy uwzględnieniu wymogu, aby cena za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie pokrywała wszystkie niezbędne koszty dla tej części przedmiotu zamówienia.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest jednym z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu (jego oferta jest sklasyfikowana tuż za ofertą EKOWEST sp. z o.o.). W wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku bowiem prawidłowego zachowania zamawiającego EKO-WEST sp. z o.o. zostałyby wezwane do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, co w konsekwencji powinno doprowadzić do odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Gdyby to nastąpiło (gdyby zamawiający podjął czynności zgodne z pzp) to odwołujący miałby szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że zaskarżone zaniechanie zamawiającego skutkuje poniesieniem szkody przez odwołującego – niezyskaniem zaplanowanego przez niego zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż przeliczając częstotliwość odbioru odpadów z danego punktu, przy uwzględnieniu podziału odpadów na poszczególne frakcje, wychodzi, że średniomiesięcznie wykonawca ma do obsłużenia (musi się zjawić w każdym punkcie wywozowym) ok. 16.500 punktów wywozowych w przypadku odpadów zmieszanych (dla wszystkich rodzajów nieruchomości) i aż ponad 37.000 punktów wywozowych w przypadku odpadów zbieranych selektywnie (dla wszystkich rodzajów nieruchomości). Nawet gdyby odpady zbierane selektywnie były odbierane „u źródła” wyłącznie z wykorzystaniem śmieciarek dwukomorowych, to liczba punktów wywozowych do obsłużenia średniomiesięcznie i tak przekraczałaby 18.500 punktów, a więc więcej niż w przypadku odbioru odpadów zmieszanych. Zamawiający uznał (za punktem VIII.2.4 SWZ), że minimalna liczba pojazdów konieczna do realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy Komorniki to 9 pojazdów, z czego co najmniej 3, a w zasadzie 4 (przy uwzględnieniu wykorzystania kontenerów) przypada na odbiór odpadów zbieranych

selektywnie. Przy czym już w tym miejscu zastrzec należy, że zamawiający zdaje sobie doskonale sprawę z tego (z wykorzystaniem dostępnych mu narzędzi kontrolnych), że aktualny wykonawca usługi odbioru odpadów komunalnych w gminie Komorniki (który to świadczy tę usługę od 3 lat) wykorzystuje do odbioru odpadów zbieranych selektywnie (wyłącznie jednak frakcji bioodpady, papier, PET i szkło) średnio dziennie 4 śmieciarki (każda w systemie 8 godzinnej pracy) oraz jedną dodatkową śmieciarkę dla potrzeb odbioru odpadów wielkogabarytowych i uzupełnienia trasówek niezrealizowanych przez podstawowe pojazdy. Wykonawca nie jest zobowiązany do wyposażenia każdego punktu wywozowego w pojemniki do gromadzenia odpadów (mieszkańcy Komornik samodzielnie nabywają pojemniki), ale jest zobowiązany do wyposażenia każdego punktu wywozowego w pakiet worków do selektywnej zbiórki odpadów „u źródła (tak punkt 7 OPZ, a w szczególności punkt 7.7.) Uwzględniając liczbę punktów wywozowych, liczbę frakcji odpadów zbieranych w systemie workowym oraz częstotliwość odbioru odpadów zbieranych selektywnie, a także zapewnienie tzw. pakietu startowego worków, wykonawca zobowiązany jest przez cały okres realizacji zamówienia (przez 24 miesiące) przekazać mieszkańcom co najmniej 700.000 sztuk worków. Wykonawca musi nadto zorganizować Centrum Obsługi Klienta (punkt 9.2. OPZ), czynne w dniu robocze co najmniej od godziny 8:00 do godziny 15:00 oraz zapewnić osobę – dyspozytora do bieżących kontaktów z zamawiającym (punkt 9.3. OPZ). Generuje to konieczność zatrudnienia przynajmniej dwóch pracowników biurowych i przypisania ich do kontraktów z zamawiającym.

Oczywiście wykonawcę obciążą także szereg innych, mniej lub bardziej kosztogennych, obowiązków, choćby takich jak sporządzenie i dystrybucja wśród mieszkańców harmonogramów odbioru odpadów, zapewnienie bazy magazynowo-transportowej (w tym biura dla wspomnianych pracowników biurowych), zapewnienie pracownikom środków BHP, czy też utrzymanie pojazdów w odpowiednim stanie sanitarno-technicznych. Obowiązki te generują realne koszty bezpośrednie dla kontraktu. Wykonawca poza kosztami bezpośrednimi powinien nadto uwzględnić koszty ogólnozakładowe (w tym koszty zarządu ogólnego), które w przypadku EKO-WEST sp. z o.o. z uwagi na skalę prowadzonej działalności (uwzględniając przychód z dotychczasowej działalności oraz fakt, że aktualnie może on liczyć na realizację jedynie dwóch zamówień publicznych na odbiór odpadów komunalnych) w prawie 50% powinny być zaalokowane do kontraktu w Komornikach (Komorniki generowałyby największą część przychodu EKO-WEST sp. z o.o.), z czego w połowie (w $\frac{1}{4}$) powinny być przypisane do kosztów odbioru i transportu odpadów zbieranych selektywnie. Jak już jednak wspomniano wcześniej koszty te (i ich wpływ na cenę ofertową) zostały pominięte, gdyż już suma kosztów podstawowych (pracownicy, pojazdy, paliwo i worki) przewyższa cenę zaoferowaną przez EKO-WEST sp. z o.o. dla odbioru odpadów zbieranych selektywnie.

Przechodząc już do uzasadnienia poszczególnych aspektów stawianego powyżej zamawiającemu zarzutu w pierwszej kolejności zauważyć należy, że jego wątpliwości/podejrzenie co do braku realności zaoferowanej przez EKO-WEST sp. z o.o. ceny powinien wzbudzić już sam fakt, że cena jednostkowa za odbiór odpadów zbieranych selektywnie jest niższa niż cena jednostkowa za odbiór odpadów zmieszanych (stosunek cen w ofercie tego wykonawcy), co nie dość że samo przez się jest niewytłumaczalną (nielogiczną) aberracją, to na dodatek odbiega i to w absurdalnie dużym stopniu od ofert pozostałych podmiotów. Innymi słowy, już tylko w kontekście własnego doświadczenia zamawiającego i cen zaoferowanych przez innych wykonawców (a więc kryteriów którymi powinien kierować się przy ocenie realności ceny wykonawcy w świetle powołanego wcześniej orzecznictwa) musiał on powziąć wątpliwości/podejrzenia, o których mowa w art. 224 ust. 1 pzp. To, że odbiór odpadów zbieranych selektywnie jest droższy (w ujęciu jednostkowym – do 1 Mg odpadów) niż odbiór odpadów zmieszanych, jest wiedzą powszechną i udokumentowaną naukowo od wielu lat. Wystarczy zapoznać się choćby z badaniami dr. M. M. dotyczącymi właśnie tej kwestii, które przedłożono w załączeniu do odwołania. Już tylko na marginesie warto zwrócić uwagę, że zgodnie z przywołanymi tu analizami średni koszt odbioru 1 Mg odpadów zbieranych selektywnie wynosił kilka lat temu (a więc przed drastycznym wzrostem minimalnego wynagrodzenia za prace i cenami towarów i usług, w tym przede wszystkim paliwa) 243 zł. EKO-WEST sp. z o.o. zaoferował zaś 240 zł.

Powyższe uwagi jak najbardziej korelują z niniejszym przypadkiem. Wszakże wszyscy wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu (poza oczywiście EKO-WEST sp. z o.o.) zaoferowali ceny jednostkowe za odbiór odpadów zbieranych selektywnie na wyższym poziomie niż za odbiór odpadów zmieszanych. Tak samo zresztą postąpili też i wykonawcy w innych postępowaniach procedowanych aktualnie przez zamawiającego (SELEKT), choćby dla gminy Puszczykowo, gminy Kościan, czy też miasta Kościan (zestawienie informacji z otwarcia ofert w tych postępowaniach w załączeniu). Jest to zresztą tendencja ogólna powtarzana także i w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających.

Powyższe nie jest w żaden sposób zaskakujące, jest to logiczna konsekwencja wynikająca z opisu przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem zamawiający wskazuje, że odbiór odpadów zbieranych selektywnie w gminie Komorniki wymaga co najmniej takiego samego zaangażowania sprzętowo-kadrowego co odbiór odpadów zmieszanych, a jednocześnie wymaga większej intensywności (przypomnieć należy, że liczba przypadków stawienia się przez wykonawcę w każdym punkcie wywozowym jest większa dla odpadów zbieranych selektywnie – 37.000 razy średniomiesięcznie, niż dla opadów zmieszanych – tylko 16.500 razy średniomiesięcznie), to z uwagi na stosunek strumieni tych frakcji odpadów (ok. 12.000 ton odpadów zbieranych selektywnie do 20.000 odpadów zmieszanych) nierealnym jest

zaoferowanie niższej ceny jednostkowej za odbiór odpadów zbieranych selektywnie. Innymi słowy, skoro koszty odbioru odpadów zbieranych selektywnie są co najmniej takie same (są jednak większe) jak odbioru odpadów zmieszanych do ich alokacja na mniejszą liczbę ton odpadów poszczególnych frakcji musi skutkować wyższą ceną jednostkową dla odpadów zbieranych selektywnie. Co więcej, zamawiający powinien powziąć także wątpliwości/podejrzenia co do zaoferowanej przez EKO-WEST sp. z o.o. ceny jednostkowej za odbiór odpadów zbieranych selektywnie po zestawieniu jej z cenami innych wykonawców. Mimo, że reguła z art. 224 ust. 2 pzp nie ma wprost zastosowania do oceny cen jednostkowych, to powinna być jednak traktowana jako element uzasadniający nabranie przez zamawiającego wątpliwości/podejrzeń co do ceny.

Ceny jednostkowe za odbiór odpadów zbieranych selektywnie w niniejszym postępowaniu kształtują się następująco: 240 zł netto (EKO-WEST sp. z o.o.), 500 zł netto (PHU Komunalnik sp. z o.o.), 480 zł netto (odwołujący) i 385 zł netto (Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o.). Średnia arytmetyczna wszystkich ofert to 401,25 zł netto, zaś ofert z pominięciem oferty EKO-WEST sp. z o.o. to 455 zł netto. Oznacza to, że cena jednostkowa EKO-WEST sp. z o.o. jest niższa aż o ponad 40% dla pierwszej wartości i o ponad 47% dla drugiej wartości. Tak absurdalnie duża różnica cen jednostkowych musi z natury rzeczy budzić wątpliwości/podejrzenia zamawiającego. Tym bardziej gdy weźmie się pod uwagę opisaną już zależność (zaangażowanie sprzętowo-kadrowe) między odbiorem odpadów zbieranych selektywnie, a odbiorem odpadów zmieszanych, a także dotychczasową stawkę za odbiór odpadów selektywnych (stawka zaoferowane 3 lata temu wynosiła 400 zł netto, a od tego czasu mieliśmy do czynienia z diametralnym wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę, niespotykaną dotąd skalą inflacji w związku z wojną w Ukrainie i pandemią COVID-19).

Niezależnie od powyższego (co jednak już samo przez się wymuszało na zamawiającym zażądanie od EKO-WEST sp. z o.o. złożenia wyjaśnień zaoferowanych cen) należy także wyjaśnić, że cena EKOWEST sp. z o.o. nie pokrywa niezbędnych kosztów świadczenia usługi. Nie mówimy tu nawet o wszystkich koniecznych kosztach, ale tylko części z nich i to tych najbardziej podstawowych, takich jak koszty pracy, dostępności pojazdów, paliwa i worków. Łączna cena za odbiór odpadów zbieranych selektywnie zaoferowana przez EKO-WEST sp. z o.o. wynosi 2.876.880,00 zł netto (ostatnia kolumna pozycji/wiersza o liczbie porządkowej 2 w punkcie „II.” Formularza ofertowego). Tymczasem suma wspomnianych wyżej kosztów podstawowych (i to ujmowanych tak naprawdę poniżej poziomu rynkowego, w sposób jak najbardziej korzystny dla EKOWEST sp. z o.o.) stanowi niemalże 3.000.000,00 zł netto (po urealnieniu nie powinna być jednak niższa 4.000.000,00 zł netto). Odnosząc się bliżej do poszczególnych kategorii rzeczonych kosztów analizę rozpocząć należy od kosztów zapewniania sobie przez wykonawcę dostępności pojazdów, przy czym w niniejszym

odwołaniu całkowicie pominięto wyliczenie kosztów eksploatacyjnych, które stanowią jednak w normalnych warunkach rynkowych istotną kwotę.

Jak już wskazano powyżej zamawiający wymagał w SWZ dysponowania przez wykonawcę ogólnie 9 pojazdami, z czego co najmniej 3 pojazdami (4, gdy uwzględni się odbiór odpadów z kontenerów) dla odbioru odpadów zbieranych selektywnie, i taką samą liczbą dla odbierania odpadów zmieszanych. Założenia te (w przypadku odpadów zbieranych selektywnie) już w oparciu o treść OPZ muszą zostać jednak zweryfikowane. Mając na uwadze liczbę punktów wywozowych oraz przyjętą częstotliwość odbioru poszczególnych frakcji odpadów wynika, że dla odbioru odpadów zmieszanych zamawiający uwzględnił intensywność pracy jednej ekipy (w 8 godzinnym dniu pracy) na poziomie odbioru odpadów z ok. 260 punktów średnio dziennie, co jest realną wartością (do 2 minut na odbiór odpadów z jednego punktu wywozowego). W przypadku natomiast odbioru odpadów zbieranych selektywnie wychodzi natomiast nierealna intensywność, bo na poziomie odbioru odpadów z ok. 590 punktów średnio dziennie (czyli mniej niż 45 sekund na odbiór odpadów z jednego punktu w normalnym 8 godzinnym dniu pracy przy założeniu tylko jednego zrzutu na instalacji). Żeby chociaż trochę urealnić intensywność pracy jednej ekipy do faktycznych możliwości (powszechnie przyjmuje się, że odbiór odpadów z jednego punktu trwa ok. 90 sekund), to minimalna liczba potrzebnych pojazdów/śmieciarek dla odbioru odpadów zbieranych selektywnie z terenu gminy Komorniki wynosi 5 śmieciarek średnio dziennie (tak naprawdę 5,2 średnio dziennie, ale przyjęto dane na korzyść EKO-WEST sp. z o.o. – tylko 4 pojazdy).

Powyższe wyliczenie pozostaje w pełnej zgodzie z wiedzą zamawiającego dotyczącą obecnego sposobu świadczenia usługi odbioru odpadów zbieranych selektywnie na terenie Komornik. Aktualny wykonawca usługi (który świadczy ją przez ostatnie 3 lata) wykorzystuje średnio dziennie 5 śmieciarek, z czego 4 przypisane są tylko do odbioru papieru, PET, szkła i bioodpadów. Pozostała śmieciarka (jedna z pięciu) służy natomiast do odbioru wielkogabarytów i uzupełniającego odbioru niezrealizowanych trasówek przez pojazdy podstawowe, w szczególności bioodpadów w okresie ich zwiększonej podaży. Do dalszej analizy przyjęto wymaganą liczbę pojazdów w sposób korzystny dla EKO-WEST sp. z o.o., tj. opierający się na założeniu logistycznym, że będzie on przez cały okres świadczenia usługi na rzecz zamawiającego w stanie utrzymać intensywność odbioru odpadów z punktów wywozowych na większym poziomie niż obecny wykonawca, i zarazem większym poziomie niż wynika z powszechnie przyjmowanych założeń, jego pojazdy nie będą ulegały awariom, i że na instalacji (wraz z dojazdem do niej) pojedynczy pojazd nie będzie spędzać dłużej niż 0,5 godziny. Są to założenia bardzo optymistyczne, żeby nie powiedzieć nierealne, tym bardziej gdy weźmie się pod uwagę, że EKO-WEST sp. z o.o. był już zaangażowany w świadczenie usługi na terenie Komornik w pierwszych 2 miesiącach realizacji usługi przez obecnego wykonawcę, i po tym czasie została z nim zakończona jakakolwiek współpraca,

gdyż nie był on w stanie realizować usługi należycie. Nie był on w stanie sprostać tym wspomnianym optymistycznym założeniom logistycznym. Mając na uwadze złożony przez EKO-WEST sp. z o.o. „Wykaz urządzeń technicznych” (załącznik nr 9 do SWZ) przyjmując należy, że wszystkie pojazdy do obsługi odbioru odpadów zbieranych selektywnie są przez niego najmowane (w ramach najmu długotrwałego). Oznacza to, że koszt dostępności jednego pojazdu kształtuje się na poziomie ok. 10.000,00 zł netto/miesiąc. Takie są bowiem stawki rynkowe (odwołujący przedstawi oczywiście dowody na poparcie wszystkich swoich twierdzeń na rozprawie lub też w terminie wyznaczonym przez Izbę). Do wyliczeń przyjęto jednak niższy niż rynkowy poziom najmu jednego pojazdu, bo tylko 9.000,00 zł netto. Oznacza to, że minimalny koszt zapewniania sobie przez EKO-WEST sp. z o.o. pojazdów do odbioru odpadów zbieranych selektywnie z gminy Komorniki nie może być niższy niż 36.000,00 zł netto/miesiąc – 4 pojazdy po 9.000,00 zł netto każdy, czyli 36.000,00 zł netto przez cały okres realizacji usługi (tak naprawdę koszt ten nie może być niższy niż 50.000,00 zł netto/miesięcznie – 5 pojazdów po 10.000,00 zł netto, czyli 50.000,00 zł netto w całym okresie realizacji usługi). Z liczby pojazdów wynika wprost liczba potrzebnych pracowników fizycznych. 4 śmieciarki to co najmniej 4 kierowców i 8 ładowaczy. Tak naprawdę liczbę tę należałoby zwiększyć z uwagi na choćby ryzyko absencji (choroby, urlopy). Do dalszych wyliczeń przyjęto ponownie najbardziej korzystne dla EKO-WEST sp. z o.o. okoliczności (przez to tak naprawdę nierealne dane), tj. przyjęto, że pracownicy nie będą chorować, a przez czas urlopów braki kadrowe nie spowodują spadku intensywności odbioru. Poza pracownikami fizycznymi dla potrzeb kontraktu EKO-WEST sp. z o.o. powinien oddelegować jeszcze co najmniej 2 pracowników biurowych (do Biura Obsługi Klienta i dyspozytora do kontaktu z zamawiającym). W dalszej kalkulacji przypisano do kontraktu Komorniki jednak tylko jednego pracownika (przyjmując stosunek zaangażowania w odbiór odpadów zbieranych selektywnie do odbioru odpadów zmieszanych oraz uwzględniając fakt, że osoby te mogą jednocześnie zajmować się kontraktem Puszczkowo). Podsumowując, w kalkulacji uwzględniono jedynie 4 kierowców, 8 ładowaczy i 1 pracownika biurowego. Minimalne wynagrodzenie za pracę, które każdy z wykonawców musiał uwzględnić w składanych ofertach w latach 2023 – 2024 wynosić będzie co najmniej 3.600,00 zł/miesiąc, co stanowić będzie koszt dla pracodawcy w wysokości 4.321,08 zł/miesiąc (uwzględniając obciążające pracodawcę składki na zabezpieczenie społeczne). Przypomnieć należy, że zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu klauzule społeczną zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich osób zaangażowanych w realizację zamówienia (punkt III.9. SWZ). Oczywiście jest, że minimalne wynagrodzenie za pracę nie odpowiada obecnym realiom rynkowym, a w szczególności w branży gospodarki odpadami komunalnymi. Ponownie jednak przyjmując dane na korzyść EKO-WEST sp. z o.o. w kalkulacji przyjęto, że uda mu się zatrudnić wszystkich ładowaczy i pracowników biurowych na poziomie minimalnego

wynagrodzenia za pracę. Tego założenia nie da się jednak w żaden sposób obronić w przypadku kierowców, którzy wedle danych rynkowych oczekują wynagrodzenia na umowie o pracę (bez zatem składek obciążających pracodawcę z tytułu ubezpieczenia społecznego) między 5.000 zł, a 6.000 zł/miesiąc (koszt pracodawcy to zatem od 6.000 zł do 7.200 zł). Mając na uwadze powyższe, koszty pracy dla potrzeb kontraktu w Komornikach kształtują się minimalnie na poziomie 62.700,00 zł/miesiąc, co w skali całego kontraktu stanowi 1.504.800,00 zł (a w urealniony sposób na poziomie 1.860.000,0 zł – przyjmując potrzebę zatrudnienia 5 kierowców, 9 ładowaczy i 1 pracownika biurowego za rynkowym wynagrodzeniem). Już tylko te dwa rodzaje kosztów generują po stronie EKO-WEST sp. z o.o. potrzebą wydatkowania w skali całego kontraktu 2.368.800,00 zł (a w urealnionym ujęciu 3.060.000,00 zł). Dla przypomnienia oferta EKO-WEST sp. z o.o. w zakresie ceny za odbiór odpadów zbieranych selektywnie to 2.876.880,00 zł netto.

Jeśli chodzi o koszt paliwa, to także i w tym zakresie przyjęto jak najbardziej korzystne parametry dla EKO-WEST sp. z o.o. Po pierwsze, średnie spalanie pojedynczego pojazdu przeznaczonego do odbioru odpadów zbieranych selektywnie na 100 km, to ok. 45 litrów ON. Wynika to z powołanych już badań dr. M. M. . Dla potrzeb odwołania przyjęto niższe spalanie, bo na poziomie 40l/100km. Aktualna średnia cena litra ON na terenie wielkopolski przekracza 7,50 zł netto. Dla potrzeb kalkulacji przyjęto niższą ceną, bo jedynie 7,00 zł netto. Jest to zarazem cena niższa niż średnia z ostatnich 12 miesięcy. Najbardziej sporną daną może być liczba kilometrów potrzebnych po przejechaniu w skali kontraktu w zakresie pracy na rejonie. Kwestia długości dojazdu z bazy magazynowo-transportowej EKO-WEST sp. z o.o. do instalacji i z powrotem ma wymiar obiektywny. Baza ta położona jest bowiem w odległości 25 km od instalacji, co oznacza, że każdy pojazd musi w ramach pojedynczej trasówki pokonać co najmniej 50 km. Tylko zatem z tego tytułu liczba kilometrów do pokonania w skali całego kontraktu (mając na uwadze, że średnio dziennie muszą pracować co najmniej 4 pojazdy dla odpadów zbieranych selektywnie, a każdy z nich w ciągu dnia będzie tylko raz zrzucił się na instalacji) wyniesie 100.800 kilometrów. Przeliczając to na koszt paliwa wychodzi, że tylko na dojazdy z bazy do instalacji i z powrotem EKO-WEST sp. z o.o. potrzebuje 317.520,00 zł netto (przy urealnionej liczbie pojazdów, spalania i ceny za litr ON kwota ta wzrasta do 472.500,00 zł netto). Mając na uwadze obszar gminy Komorniki, długość sieci drogowej oraz liczbę punktów wywozowych i częstotliwość odbioru odpadów zbieranych selektywnie dokładając należytej staranności przy planowaniu logistyki trasówek należy dojść do przekonania, że na prace na rejonie dla pojedynczego pojazdu w ujęciu średnio dziennym (a więc dla realizacji jednej trasówki) należy przyjąć minimalnie 25 km. Oznacza to, że średniomiesięcznie 4 pojazdy do odbioru odpadów zbieranych selektywnie muszą na rejonie przejechać ponad 2.000 km, czyli w skali całego kontraktu ok. 50.000 km. Przeliczając to na koszt paliwa wychodzi, że EKO-WEST

sp. z o.o. potrzebuje 157.520,00 zł netto (przy urealnionej liczbie pojazdów, spalania i ceny za litr ON kwota ta wzrasta do 236.250,00 zł netto).

Powyższe wyliczenie są w pełni zgodne z teoretycznym ujęciem tego aspektu. Jak wynika z publikacji powoływanego już wielokrotnie dr. M. M. średnie spalanie pojazdów na 1 Mg odpadów zbieranych selektywnie to 9,5 litra ON. Podkładając to pod dane dotyczące strumienia odpadów zbieranych selektywnie w gminie Komorniki wychodzi, że wykonawca powinien skalkulować w skali całego kontraktu zużycie ok. 114.000 litrów ON, co oznacza koniecznością zabezpieczenia kwoty ok. 800.000,00 zł netto (a przy urealnionej cenie litra ON ok. 850.000,00 zł netto). Jak widać z zestawienia tych danych odwołujący przyjął nader korzystne dla EKO-WEST sp. z o.o. założenia logistyczne w zakresie liczby kilometrów do przejechania w skali całego kontraktu. Odwołujący skalkulował bowiem z tego tytułu jedynie 475.040 zł netto (urealniona wartość to 708.750,00 zł netto), co jest kwotą znacznie niższa niż wynika z opracowań teoretycznych w tym zakresie. Zamawiający doskonale zdaje sobie przy tym sprawę, jaka jest średnia długość pracy na rejonie realizowana przez aktualnego wykonawcę usługi dla odbioru odpadów zbieranych selektywnie. Zamawiający może to ocenić na podstawie posiadanych narzędzi kontrolnych nad wykonawcą, w szczególności danych GPS. Z tego co udało się ustalić odwołującemu na ten moment wynika, że średnia długość kilometrów pracy na rejonie dla jednego pojazdu obecnego wykonawcy usługi to ponad 30 km (jak wskazano powyżej odwołujący przyjął tylko 25 km). Podsumowując, minimalne koszty dostępności pojazdów, pracowników i paliwa, które musi ponieść EKO-WEST sp. z o.o. na realizację przedmiotowego zamówienia nie będą niższe niż 2.843.840,00 zł (a w ujęciu urealniony nie będą niższe niż 3.768,750,00 zł). Ponownie wypada przypomnieć, że cena ofertowa EKO-WEST sp. z o.o. za odbiór odpadów zbieranych selektywnie to 2.876.880,00 zł netto. Ostatnim z podstawowych kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia jest koszt nabycia worków do selektywnej zbiórki odpadów. Przyjmując za dokumentami zamówienia (odpowiednie postanowienia OPZ przywołano powyżej), że wykonawca zobowiązany jest zapewnić dla każdego punktu wywozowego pakiet startowy worków (po 2 worki dla frakcji odpadów) oraz, że następnie musi zapewnić worki w systemie „worek za worek”, przeliczając to na liczbę punktów wywozowych (8.405) i częstotliwość odbioru poszczególnych frakcji odpadów (przy założeniu, że mieszkaniec wystawi tylko jeden worek w harmonogramowym terminie odbioru danej frakcji odpadów), wychodzi, że wykonawca zobowiązany jest nabyć przynajmniej 700.000 worków w skali całego kontraktu. Rynkowa cena nabycia jednego worka w żadnym wypadku nie może być niższa niż 0,30 gr netto. Oznacza to, że EKO-WEST sp. z o.o. powinien zabezpieczyć na potrzeby nabycia worków do selektywnej zbiórki odpadów dla Komornik co najmniej 210.000,00 zł netto (a urealniając liczbę worków o niezbędny poziom zapasu oraz przyjmując cenę rynkową worków, kwota ta nie powinna być

niższa niż 290.000,00 zł netto). Mając na uwadze wszystkie powyższe wyliczenia, minimalny niezbędny koszt należytego wykonania usługi odbioru odpadów zbieranych selektywnie na terenie gminy Komorniki jaki EKO-WEST sp. z o.o. musi ponieść, nie będzie w żadnym wypadku niższy niż 3.053.840,00 zł, co przekracza przecież poziom zaoferowanej przez niego ceny. Gdyby nadto odrobinę urealnić wszystkie opisane wyżej koszty (w zakresie w jakim wskazano wcześniej), to kwota ta wzrasta do 4.058.750,00 zł. Zważywszy, że w wyliczeniach całkowicie pominięto szereg innych koniecznych kosztów, w tym istotnych z perspektywy całego zamówienia, to nie może budzić wątpliwości uznanie ceny EKO-WEST sp. z o.o. za rażąco niską. W tym świetle zamawiający nie tyle powinien mieć uzasadnione podejrzenie/wątpliwość, co do realności ceny zaoferowanej mu ceny, ale wręcz powinien przyjąć, że jest to niemal pewne. Zresztą zauważyć należy, że nie tylko tak istotna część składowa ceny EKO-WEST sp. z o.o. jaką jest cena za odbiór odpadów zbieranych selektywnie nie pozwala pokryć kosztów świadczenia usługi (jest ceną nierealną), ale także i cała cena (cena łączna) jest po prostu rażąco niska. Z opracowań ekspertów którymi dysponuje odwołujący, a które zostały przygotowane przez innego zamawiającego publicznego, ale dla potrzeb podobnego charakterystyką terenu i strumienia odpadów zamówienia, wynika, że koszt świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych dla gminy Komorniki nie może być niższy niż 11.000.000,00 zł netto. Cena ofertowa EKO-WEST sp. z o.o. to jedynie 10.129.385 zł netto.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Pismo procesowe w sprawie wraz z wnioskami dowodowymi złożył również przystępujący wykonawca PHU Komunalnik sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż wartość przedmiotowego zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 12.813.435,36 zł, zaś średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 13.000.421,80 zł. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany byłby zwrócić się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych w przypadku, gdy ceny całkowite ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu byłyby niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. gdyby ceny ofert wynosiły 8.969.404,75 zł i mniej lub były niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert tj. gdyby ceny ofert wynosiły 9.100.295,26 zł i mniej.

W odniesieniu do powyższego, w ocenie zamawiającego, zaoferowana przez wykonawcę: EKO-WEST Sp. z o.o., ul. Wiśniowa 30, 62-052 Komorniki cena (oferta najwyżej oceniona w przyjętych kryteriach) nie wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp).

W świetle powyższego, nie istnieje po stronie zamawiającego obowiązek zwrócenia się, ani do ww. wykonawcy, ani też do żadnego z pozostałych wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych.

W świetle powyższego, w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołującego w odwołaniu z dnia 12.12.2022 r., zamawiający wskazuje, iż jak stanowi Komentarz do art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją M. Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck. Sp. z o.o., Warszawa 2021, *ustawodawca w ust. 1 komentowanego przepisu nie wskazuje wprost na przesłanki, które muszą zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a w konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania tego przepisu, zostawiając tym samym zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji. Z literalnego brzmienia przepisu art. 224 ust. 1 PZP wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych wyłącznie, gdy na podstawie okoliczności*

ustalonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia poweźmie wątpliwość, że zaproponowana przez wykonawcę cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Dalej w odniesieniu do powyższego zamawiający wskazuje, iż jak stanowi Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 maja 2018 r., KIO 769/18, Legalis, *ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.*

Wyżej wskazany komentarz oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w świetle wyżej przytoczonych okoliczności, jednoznacznie wskazują, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie miał obowiązku stosować art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Za prawdziwością i rzetelnością zaoferowanej przez wykonawcę: EKO-WEST sp. z o.o., całkowitej ceny brutto za realizację usługi przemawia, zdaniem zamawiającego, fakt posiadania przez ww. wykonawcę:

- siedziby firmy,
- sprzętów (pojazdów) do realizacji przedmiotowej usługi,
- bazy magazynowo-transportowej, na terenie ww. gminy pod adresem: ul. Wiśniowa 30, 62-052 Komorniki.

W ocenie zamawiającego, taki stan rzeczy przekłada się na znaczące obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia tj. np. kosztów paliwa, kosztów amortyzacyjnych, kosztów pracowniczych itp. a w konsekwencji na skalkulowanie cen jednostkowych, cen całkowitych za realizację poszczególnych usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia i ceny globalnej w wysokości wskazanej w ofercie wykonawcy: EKO-WEST sp. z o.o. Nadto zamawiający dokonując analizy nakładów finansowych poniesionych na realizację usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Komorniki w poprzednim okresie tj. w latach 2020-2022 (3 lata) stwierdził, iż ww. nakłady wyniosły łącznie brutto: 16.017.000,91 zł, co w przeliczeniu na 2 lata dało: 10.678.000,60 zł.

Wyczerpanie: 16.017.000,91 zł [nakłady finansowe na odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy Komorniki w latach 2020-2022 (3 lata)] : 3 lata (poprzedni okres: 2020-2022) = 5.339.000,30 zł (nakłady finansowe na odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy

Komorniki na 1 rok) x 2 lata (obecne zamówienie na odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy Komorniki) = 10.678.000,60 zł.

Porównanie powyższego z zaoferowaną przez wykonawcę: EKO-WEST sp. z o.o., ceną całkowitą brutto za realizację przedmiotowego zamówienia tj. 10.939.735,80 zł stanowi potwierdzenie słuszności stwierdzenia zamawiającego, iż w przypadku ww. oferty, wbrew twierdzeniom odwołującego nie może być mowy o rażąco niskiej cenie. Na marginesie zamawiający wyjaśnia, że na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamawiający zamierzał przeznaczyć brutto: 12.813.435,36 zł. Takie założenie zamawiającego stanowiło konsekwencję powiększenia poniesionych nakładów finansowych w okresie 2020-2022 w przeliczeniu na dwa lata o ok. 10% wartości tych nakładów tj. 10.678.000,60 zł + ok. 10% z 10.678.000,60 zł. Powyższe było związane z uwzględnieniem przez zamawiającego narzuconej przepisami ustawodawcy konieczności zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów: szkła i BIO.

Co do zarzutu odwołującego, że cena jednostkowa (za 1 Mg) za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie jest niższa niż cena jednostkowa (za 1 Mg) za odbiór i transport odpadów zmieszanych, zamawiający wskazuje dodatkowo, iż w jego ocenie, wycena 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wyżej w stosunku do wyceny 1 Mg odpadów zbieranych selektywnie to prawo, które przysługuje każdemu wykonawcy realizującemu usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych. W przedmiotowym postępowaniu skorzystał z tego uprawnienia wyłoniony wykonawca. Zatem zarzucanie ww. wykonawcy nielogiczności w ww. działaniu jest, zdaniem zamawiającego, niewłaściwe.

Co do zarzutu odwołującego, że zarówno cena jednostkowa i łączna za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie przez EKO-WEST sp. z o.o. jest absurdalnie niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert (dla odpadów zbieranych selektywnie), bo o ponad 47%, a od średniej wszystkich ofert (a więc i uwzględniającej nierealną cenę EKO-WEST Sp. z o.o.) aż o ponad 40%, i to wszystko w sytuacji, gdy odbiór odpadów zbieranych selektywnie (a więc i jego koszt oraz przychód dla wykonawcy) stanowi ponad połowę przedmiotu zamówienia ujmowanego przez pryzmat liczby punktów wywozowych, z których należy odebrać poszczególne frakcje odpadów komunalnych, czy też prawie 35% przedmiotu zamówienia ujmowanego przez pryzmat strumienia poszczególnych frakcji odpadów, zamawiający wskazuje dodatkowo, podobnie jak zaznaczył to wyżej w odpowiedzi na pierwszy zarzut, iż ogólna wycena usługi odbioru i transportu odpadów selektywnie zebranych poniżej średniej arytmetycznej cen zaoferowanych przez innych wykonawców stanowi uprawnienie wykonawcy, który stosuje taką kalkulację. W przedmiotowym postępowaniu skorzystał z tego uprawnienia wyłoniony wykonawca. Zatem zarzucanie ww. wykonawcy absurdalności w ww. działaniu jest, zdaniem zamawiającego, niezasadne.

Co do zarzutów odwołującego, iż:

- łączna cena za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie (EKO-WEST sp. z o.o. zaoferował 2.876.880,00 zł netto) nie pozwala pokryć nie tylko wszystkich koniecznych kosztów potrzebnych do należytego wykonania zamówienia (zgodnie z dokumentami zamówienia, jak i właściwymi przepisami prawa, w tym z zakresu zabezpieczenia społecznego), ale nawet sumy najbardziej podstawowych kosztów,

- łączna cena ofertowa EKO-WEST sp. z o.o. (10.129.385,00 zł netto) odbiega znacznie od realiów rynkowych (najniższa z możliwych, cena rynkowa przy uwzględnieniu wszystkich wymagań zamawiającego nie może być w żadnym wypadku niższa niż 11 mln zł netto) i nie pozwala tym samym pokryć niezbędnych kosztów realizacji zamówienia, co czyni ją całkowicie nierealną, zamawiający wskazuje dodatkowo, podobnie jak w odpowiedzi na wyżej wskazane zarzuty odwołującego, iż zaoferowanie realizacji odbioru i transportu odpadów zbieranych selektywnie oraz całej przedmiotowej usługi w wysokościach wskazanych w ofercie EKO-WEST sp. z o.o., stanowi prawo ww. wykonawcy. Zaś prawem zamawiającego jest danie wiary wykonawcy, iż ww. wykonawca zrealizuje przedmiotowe zamówienie w zaoferowanych przez siebie cenach, prawidłowo i z należyłą starannością. Zatem zarzucanie ww. wykonawcy, iż zaoferowana przez nich cena ofertowa (w tym łączna cena za odbiór i transport odpadów zbieranych selektywnie) odbiega znacznie od realiów rynkowych jest, zdaniem zamawiającego, niesłuszne.

Na koniec zamawiający zaznaczył, iż w przypadku konieczności odrzucenia w przedmiotowym postępowaniu oferty wykonawcy: EKO-WEST sp. z o.o., zmuszony zostanie do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ kwota następnej w kolejności najkorzystniejszej oferty w przyjętych kryteriach, tj. kwota oferty wykonawcy: ML-EKO TEAM sp. z o.o., w wysokości 13.232.322,00 zł, znacznie przekracza możliwości finansowe zamawiającego (12.813.435,36 zł).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego Eko-West sp. z o.o.

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zakwestionował zaniechanie zamawiającego względem pozycji nr 2 z pkt II formularza ofertowego dotyczącego ceny za odbiór i transport odpadów komunalnych

zbieranych selektywnie, które w ocenie odwołującego wymagało wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, czy cena tam wskazana nie jest ceną rażąco niską.

Izba nie kwestionuje okoliczności, iż ww. pozycja formularza ofertowego dotyczy istotnej części składowej ceny, gdyż dotyczy *stricte* przedmiotu świadczenia wpisującego się w określone działanie będące *clou* świadczenia usługi.

Jednakże jak wynika z ww. przepisu ustawy Pzp, to na zamawiającym spoczywa obowiązek oceny, czy dany element ceny budzi wątpliwości co do możliwości świadczenia usługi, a co za tym idzie czy może nosić znamiona ceny rażąco niskiej. Oczywistym jest, że wzbudzenie takiej wątpliwości może nastąpić również przez działania innych wykonawców, uczestniczących w danej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, tj. np. przez wniesienie odwołania. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu próbował wykazać, że zamawiający miał podstawy do powzięcia takich wątpliwości przedstawiając wyliczenia własne, w zakresie których należało przyjąć określone wartości w celu prawidłowej, zdaniem odwołującego, wyceny ww. pozycji kalkulacji. Należy mieć na względzie, iż każdy przedsiębiorca, posiada właściwy tylko jemu określony potencjał, doświadczenie oraz zdolności, które w ujęciu rzetelności prowadzonego przedsiębiorstwa dają podstawę do takiej kalkulacji ceny, która po pierwsze zagwarantuje zamawiającemu gwarancję prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a po drugie, że wykonawca wykona zamówienie w granicach kosztów osiągając przy tym godziwe wynagrodzenie (zysk).

Zamawiający zaś, poddając pod ocenę wartość wycenionej przez wykonawcę usługi musi mieć na względzie całokształt okoliczności wpływających na tę ocenę, czyli wiedzę na temat wykonawcy oraz zakresu świadczenia usługi wynikająca z opisu przedmiotu zamówienia, która musi być poparta własnym doświadczeniem zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający taką wiedzą dysponował, gdyż wiedział, że przystępujący posiada bazę magazynowo-transportową na terenie gminy, na której rzecz ma być świadczona usługa, że wykonawca ma własną stację paliw oraz co najważniejsze, że świadczy usługę tożsamą rodzajowo dla gminy sąsiadującej za cenę niższą niż zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu. Komplet tych informacji, zdaniem Izby, wywołał pozytywną reakcję ze strony zamawiającego, polegającą na braku wątpliwości co do możliwości świadczenia usługi za podaną cenę. Izba wskazuje, że wyliczenia własne czy to odwołującego, czy przystępującego PHU Komunalnik, stanowią jedynie wyraz własnego zapatrywania na koszty świadczenia tej usługi. Wyliczenia, na które powoływał się odwołujący i przystępujący Komunalnik, dowody powołane przez odwołującego i przystępującego Komunalnik, opracowanie naukowe powoływane przez odwołującego, nie mogą być wyznacznikiem miary, jaką należało przyjąć wyceniając ten element usługi. Stanowią bowiem jedynie zapatrywanie danego wykonawcy na koszty, jakie dany wykonawca skalkulował w swojej ofercie. Nie jest bowiem wiadomym, np. jaką wysokość

zysku wyliczył sobie wykonawca oferując cenę na podanym przez siebie poziomie. Dlatego też Izba stwierdziła, że brak było podstaw do nakazywania zamawiającemu wezwania przystępującego Eko-West do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy również zwrócić uwagę, iż odwołujący w swojej argumentacji kilkakrotnie odwoływał się do różnicy, jaka zdaniem odwołującego zaistniała pomiędzy ceną ofertową przystępującego Eko-West a wyliczeniami odwołującego, która w Jego ocenie uniemożliwia realizację zadania za cenę podaną w ofercie Eko-West. Izba wskazuje, że wyliczenia, którymi posługuje się odwołujący *de facto* wskazują na niewielkie różnice wynikające jedynie z założenia kosztów jakie przyjął do wyliczeń odwołujący. Nie odzwierciedlają korzystnych elementów świadczenia usługi, którymi dysponuje przystępujący Eko-West. Dla przykładu należy podać, iż odwołujący przyjął, że przystępujący Eko-West wszystkie pojazdy będzie wynajmował, co nie jest zgodne z rzeczywistością, gdyż tylko niewielka część będzie wynajmowana, a wg. oświadczenia przystępującego Eko-West, ceny za najem są niższe niż te, które ujął w swojej kalkulacji odwołujący.

Odwołujący wskazywał również, w swoich wyliczeniach, że łączna cena za odbiór odpadów zbieranych selektywnie zaoferowana przez EKO-WEST sp. z o.o. wynosi 2.876.880,00 zł netto (ostatnia kolumna pozycji/wiersza o liczbie porządkowej 2 w punkcie „II.” Formularza ofertowego). Tymczasem suma wspomnianych wyżej kosztów podstawowych (i to ujmowanych tak naprawdę poniżej poziomu rynkowego, w sposób jak najbardziej korzystny dla EKOWEST sp. z o.o.) stanowi, wg. wyliczenia odwołującego ok. 3.000.000,00 zł netto. Nieznaczna różnica, przy przyjęciu przez odwołującego własnych założeń wprost prowadzi do wniosku, że przystępujący Eko-West skalkulował cenę prawidłowo, a co za tym idzie, zamawiający nie miał podstawy do wzywania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: