

Sygn. akt: KIO 3497/22

WYROK
z dnia 17 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, **tj. Konsorcjum firm: FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu (Lider Konsorcjum) oraz FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (Członek Konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Michałowice w Michałowicach**,

przy udziale wykonawcy **PUK TAMAX sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu (Lider Konsorcjum) oraz FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (Członek Konsorcjum)** i
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 – Gmina Michałowice w Michałowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Michałowice w okresie 01.01.2023-31-12.2023”, numer referencyjny: SO.271.3.2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.10.2022 r. pod numerem 2022/S 209-596720.

W dniu 27 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. **Konsorcjum firm: FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu (Lider Konsorcjum) oraz FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (Członek Konsorcjum)** wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę PUK TAMAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 32-050 Skawina, ul. Tyniecka 1, dalej jako „wykonawca TAMAX”;
- zaniechaniu wezwania wykonawcy TAMAX do złożenia wyjaśnień dot. ceny jego oferty, w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę, której cena całościowa oraz istotne części składowe ceny tej oferty ewidentnie budzą wątpliwości w rozumieniu przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:

- **art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy pzp** poprzez zaniechania zażądania od Wykonawcy TAMAX (wykonawcy którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą) wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny, przede wszystkim zaś jej istotnych części składowych w tym w szczególności ceny za odbiór i zagospodarowanie:

- a) odpadów wielkogabarytowych, ZSEiE, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – grupa IV wg SOPZ;
- b) odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – grupa I wg SOPZ;

w sytuacji, gdy cena podana w formularzu ofertowym wykonawcy TAMAX dla poszczególnych frakcji odpadów jest ewidentnie odbiegająca od cen pozostałych wykonawców, którzy złożyli ważne oferty w Postępowaniu, co powoduje, że cena oferty wykonawcy TAMAX oraz jej istotne części składowe, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponadto wykonawca TAMAX dla każdej z frakcji odpadów przewidział taką samą cenę jednostkową w kwocie 920 zł netto. Z tych powodów Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Oczywistym bowiem jest, że każda frakcja odpadów generuje innego rodzaju koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem, na co dodatkowo ma wpływ ilość odpadów z danej frakcji, a co musi być uwzględnione w wyniku zastosowania kosztorysowego sposobu wynagrodzenia umownego. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji braku upewnienia się, że oferta wybranego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tej konkretnej sytuacji, gdzie wątpliwości są ewidentne i wynikają ze tzw. zasad doświadczenia życiowego, powoduje, że Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 ustawy pzp oraz naruszył zasady udzielania zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 ust. 1-3 ustawy pzp).

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia wyboru oferty wykonawcy TAMAX jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności:
2. nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy TAMAX do złożenia pełnych, wyczerpujących i rzetelnych wyjaśnień w zakresie ceny oferty całościowej oraz w ramach istotnych części składowych ceny tej oferty, w tym w szczególności ceny za odbiór i zagospodarowanie:
 - a) odpadów wielkogabarytowych, ZSEiE, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – grupa IV wg SOPZ;
 - b) odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – grupa I wg SOPZ;

z uwzględnieniem rzeczywistych kosztów realizacji usługi dla każdej z 4 grup, frakcji odpadów zgodnie z dokumentacją Postępowania oraz z dowodami na poparcie twierdzeń zawartych w

wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał, że:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Michałowice w okresie 01.01.2023-31-12.2023”.
2. W Postępowaniu zostały złożone 3 oferty, z czego jedna została nie podlegała ocenie, zatem Zamawiający brał pod uwagę ofertę Odwołującego i wykonawcy TAMAX.
3. Odwołujący na etapie przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej skierował do Zamawiającego pismo ze wskazaniem konieczności wezwania do wyjaśnień wykonawcy TAMAX, ponieważ oferta tego wykonawcy budzi poważne wątpliwości co do realności zawartej w niej ceny. Zamawiający zignorował pismo Odwołującego.
4. W dniu 15.12.2022 r. Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, oferty wykonawcy TAMAX. Odwołujący nie zgadza się z powyższą decyzją Zamawiającego, jednocześnie wskazując, że została ona dokonana z naruszeniem przepisów Pzp wskazanych w zarzutach i jako taka czynność ta nie może się ostać.

Stan faktyczny i uzasadnienie merytoryczne:

5. W postępowaniu złożono 2 ważne oferty za ceny:

PUK TAMAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 32-050 Skawina, ul. Tyniecka	4.520.880,00
Konsorcjum: FCC Podhale Sp. z o.o. – lider konsorcjum ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ FCC Polska Sp. z o.o. – członek konsorcjum ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze	5.389.178,40

6. Wykonawca w ramach wskazania ceny za jaką oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia miał wypełnić w tabeli formularza oferty jedynie kolumny zawierające jednostkowe ceny netto i brutto, a następnie ich iloczyn z podaną w tym formularzu ilością odpadów z danej frakcji. Zamawiający w ramach Postępowania wymagał wyceny 4 frakcji odpadów, które jako całość składały się na całość przedmiotu zamówienia. W konsekwencji powyższego w ocenie Odwołującego cena za każdą frakcję powinna być potraktowana jako istotna część składowa ceny oferty. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał szacunkowe ilości odpadów oraz dane historyczne, które miały obrazować system gospodarowania odpadami na terenie gminy, na podstawie tych danych przygotowano formularz oferty.

7. Wykonawca TAMAX złożył ofertę dla poszczególnych frakcji z cenami takimi samymi dla każdej z nich:

Lp.	Rodzaj odpadów	Jm	Szacunkowa ilość odpadów	Cena jednostkowa netto [zł] za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów
1	2	3	4	5
1	Odpady niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – grupa I wg SOPZ	Mg	2.450,00	920
2	Odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”) – grupa II wg SOPZ	Mg	580,00	920
3	Odpady segregowane, tj.: selektywnie zbierane frakcje odpadów komunalnych („papier”, „szkło”, „metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielomateriałowe”) – grupa III wg SOPZ	Mg	980,00	920
4	Odpady wielkogabarytowe, ZSEiE, odpady budowlane i rozbiórkowe oraz pozostałe odpady komunalne zbierane selektywnie – grupa IV wg SOPZ	Mg	540,00	920

8. Odwołujący złożył ofertę dla poszczególnych frakcji z następującymi cenami:

Lp.	Rodzaj odpadów	Jm	Szacunkowa ilość odpadów	Cena jednostkowa netto [zł] za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów
1	2	3	4	5
1	Odpady niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – grupa I wg SOPZ	Mg	2.450,00	1140
2	Odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”) – grupa II wg SOPZ	Mg	580,00	735
3	Odpady segregowane, tj.: selektywnie zbierane frakcje odpadów komunalnych („papier”, „szkło”, „metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielomateriałowe”) – grupa III wg SOPZ	Mg	980,00	1096
4	Odpady wielkogabarytowe, ZSEiE, odpady budowlane i rozbiórkowe oraz pozostałe odpady komunalne zbierane selektywnie – grupa IV wg SOPZ	Mg	540,00	1290

9. Z powyższego wynika, że wykonawca TAMAX przewidział taką samą cenę jednostkową netto dla każdej z frakcji odpadów, niezależnie od udziału tej frakcji w całym strumieniu odpadów i odmiennego sposobu realizacji usługi dla każdej z frakcji, który podyktowany jest postanowieniami dokumentacji postępowania. Sam ten fakt budzi poważne wątpliwości, bowiem nie jest możliwe, aby Wykonawca ponosił te same

koszty przy realizacji usługi w ramach różnych strumieni odpadów. Ocena tej sytuacji nie wymaga wiedzy specjalnej, a Zamawiający, który od lat udziela zamówień na ten sam przedmiot zamówienia, musi lub co najmniej powinien powziąć wątpliwość co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty wykonawcy, który oferuje tę samą stawkę na każdą z frakcji odpadów składających się na cały strumień będący przedmiotem zamówienia.

10. Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia, co w ocenie Odwołującego powoduje, że każda z cen jednostkowych stanowi w ofercie odrębną cenę za poszczególne elementy świadczenia, rozliczenie bowiem odbywa się za faktycznie odebrane odpady danego rodzaju. Cena jednostkowa zatem musi obejmować koszt odebrania odpadów od mieszkańca, przetransportowania ich do wskazanej instalacji i zagospodarowania w tej instalacji. **Koszty zagospodarowania odpadów są różne w zależności od ich rodzajów i stanowią najważniejszy czynnik, różnicujące stawki jednostkowe. Kolejnym czynnikiem, wpływającym na wysokość ceny jednostkowej, jest odległość miejsca odbioru odpadów od instalacji do jakiej odpady ostatecznie trafią, co powoduje, że nie jest możliwe aby wykonawca rzetelnie kalkulujący koszty odbioru i zagospodarowania odpadów mógł ustalić stawki za odbiór poszczególnych rodzajów odpadów na jednakowym poziomie.** Zgodnie bowiem z postanowieniami § 9 ust. 6 projektu umowy: „Wynagrodzenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów dla każdej z grup będzie obliczone jako iloczyn ceny jednostkowej określonej dla danej grupy w ust. 2. oraz ilości Mg faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów z tej grupy w danym miesiącu kalendarzowym, wykazanej w ww. raporcie miesięcznym. Wysokość łącznego wynagrodzenia do zapłaty będzie obliczona jako suma wynagrodzeń za odbiór i zagospodarowanie odpadów z grup I – IV”.

11. Według Odwołującego wykonawca TAMAX zamiast wskazać ceny jednostkowe dla poszczególnych rodzajów odpadów i przemnożyć je przez masy, uśrednił stawkę i przemnożył przez nią tonaż odpadów. Natomiast, gdyby postąpiono zgodnie z wymaganiami Zamawiającego to ceny, jakie wykonawca by uzyskał, byłyby inne. Zatem zdaniem Odwołującego wykonawca TAMAX nie mógł dokonać prawidłowej kalkulacji ceny oferty przyjmując tę samą stawkę dla każdej z 4 grup odpadów, a dokonując kalkulacji postąpił, bez najmniejszych wątpliwości, niezgodnie z postanowieniami SWZ, tj. nie wliczył w cenę jednostkową dla poszczególnej frakcji realnego kosztu jej wykonania.

12. Ponadto w opinii Odwołującego wykonawca TAMAX wcale nie brał pod uwagę wszystkich istotnych czynników cenotwórczych. Zatem wykonawca zlekceważył wymagany przez Zamawiającego sposób obliczenia i zaprezentowania ceny, uśredniając stawki, przez co de

facto nie wskazał cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów, a więc jego oferta w ramach istotnych części składowych części oferty, którymi jest każda z 4 frakcji odpadów, jest co najmniej niedoszacowana.

13. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przyjęta przez Zamawiającego forma rozliczenia powoduje, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, zatem jako ceny należy traktować poszczególne stawki jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie odpadów. W tym przypadku każda ze wskazanych cen powinna zostać uznana za istotną, gdyż została przez Zamawiającego wyodrębniona. W niektórych postępowaniach o tożsamym przedmiocie Zamawiający nie wymagają tak szczegółowej kalkulacji, tj. nie żądają wskazania cen jednostkowych dla poszczególnych rodzajów, frakcji odpadów, ale np. dwie stawki dla odpadów zmieszanych i segregowanych lub nawet jedną stawkę dla wszystkich odpadów. Jednak w tym przetargu Zamawiający wymagał wskazania określonych stawek dla danych 4 frakcji, grup odpadów, co oznacza, że uznał je za istotne. Odwołujący ma świadomość, że co do zasady ocenia się całościową cenę oferty, jednakże ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny - w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytych wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie Zamawiającego przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, albo czy wykona ją należycie. Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji.

14. W ocenie odwołującego z powodu rozbieżności w cenach jednostkowych oferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu oraz mając na uwadze fakt, że jeden z nich zaoferował identyczne ceny dla wszystkich rodzajów odpadów, zamawiający powinien zastosować art. 224 ust. 1 ustawy pzp i wezwać wykonawcę TAMAX do złożenia wyjaśnień - przynajmniej w takim zakresie, w jakim różnice w stawkach są bardzo znaczące. W tym przypadku będą to co najmniej, tj. ceny za odbiór i zagospodarowanie:

a) odpadów wielkogabarytowych, ZSEiE, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – grupa IV wg SOPZ;

b) odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – grupa I wg SOPZ;
W szczególności, że wskazane przez Zamawiającego szacunkowe ilości odpadów nie są limitami i w przypadku kiedy wystąpi konieczność odebrania większej ilości odpadów danego

rodzaju, przy niedoszacowanej cenie jednostkowej, wykonawca może mieć problem z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia.

15. Odwołujący wskazuje, że cena zaoferowana przez wykonawcę TAMAX jest ceną rażąco niską jednak z uwagi, że przed zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp konieczne jest zastosowanie procedury wyjaśnień, zarzut odrzucenia oferty byłby przedwczesny. Na tym etapie wystąpiło zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

16. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji prawidłowości sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy TAMAX, zgodnie z przedmiotową normą, gdyż istotne części składowe ceny w postaci stawek za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów, a w konsekwencji łączna cena oferty (w postaci iloczynu tychże stawek i szacowanej ilości odpadów), budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a także wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie odpadów wielkogabarytowych, ZSEiE, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – grupa IV wg SOPZ oraz odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych– grupa I wg SOPZ.

17. Ustawa pzp i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny, czy procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, kwestię tę należy badać ad casum. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie, czy posiada charakter ekwiwalentny, powinna nastąpić poprzez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, wartości zamówienia oraz uwarunkowań danego rynku, z uwzględnieniem cen konkurencji. Innymi słowy, ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro zatem określenie ceny oferty, jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej, jest dokonywane w szeroko pojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny - wskazanej w art. 224 ust. 1 ustawy pzp, w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca Zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty - także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu

jego indywidualnych cech w korelacji z uwarunkowaniami właściwymi dla danego rynku. I **pomimo, że w omawianej normie ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 224 ust. 2 ustawy pzp, to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość, czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek Zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki.** Nie można jedynie skupiać się na procentowej różnicy wartości zamówienia i ceny całkowitej z oferty wykonawcy TAMAX, wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 224 ust. 1 ustawy pzp, nie zostały zawężone przez ustawodawcę wyłącznie do procentowych różnic poszczególnych wartości. Katalog przesłanek zastosowania trybu omawianej normy jest katalogiem otwartym - dostosowanym do szerokiego spektrum sytuacji, jakie mogą zaistnieć na rynku zamówień publicznych (tak w wyroku KIO z dnia 27.01.2020 r. KIO 51/20). „Izba wskazuje dalej, że nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty jest przyczyną do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. W obecnym stanie prawnym również z powodu wątpliwości co do prawidłowego wycenienia istotnej części składowej oferty, należy zweryfikować jej cenę ogólną”.

18. W ocenie Odwołującego istotną częścią składową ceny w przedmiotowym postępowaniu są poszczególne stawki jednostkowe, wyszczególnione przez Zamawiającego we wzorze umowy i w formularzu ofertowym.

19. Zamawiający, aby poprawnie zastosować normę art. 224 ust. 1 ustawy pzp, musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie, pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji wartości istotnych części składowych ceny. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania Zamawiającego, Odwołujący za orzecznictwem KIO podaje, że należycie działający Zamawiający w tym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości - co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania i przepisami prawa. Zatem po stronie Zamawiającego powinny być powstać wątpliwości i Zamawiający powinien zbadać ofertę wykonawcy TAMAX w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy TAMAX do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, dokonał przedwczesnego wyboru oferty tego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej.

20. Działanie Zamawiającego nie może ograniczać się do procentowego porównania zaoferowanej przez wykonawcy TAMAX ceny do wartości szacunkowej i ceny odwołującego.

21. Odwołujący podnosi wadę oferty wykonawcy TAMAX w postaci budzących wątpliwości jednakowych cen jednostkowych, które wykonawca skalkulował na tym samym poziomie - 920,00 zł netto za 1 Mg dla każdej z czterech frakcji odpadów z formularza ofertowego - pomimo konieczności zagospodarowania odpadów w różnych instalacjach, przyjmujących poszczególne frakcje odpadów, a co za tym idzie różniących się kosztami zagospodarowania i transportu poszczególnych frakcji odpadów, innymi cenami na instalacjach itp. W szczególności, że formą rozliczenia z wykonawcą jest wynagrodzenie kosztorysowe za faktycznie zagospodarowanie odpadów, kiedy stawki wykonawcy TAMAX mogą pomijać treść dokumentacji postępowania i wskazywać wadę oferty w postaci niezastosowania ustalonego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny czy braku uwzględnienia przyjętej formy wynagrodzenia, a zatem z pominięciem narzuconego przez Zamawiającego sposobu realizacji zamówienia.

22. Zamawiający dysponował ceną globalną za wykonanie zamówienia, obliczoną jako iloczyn szacowanej ilości odpadów (na podstawie danych historycznych) oraz ceną netto za 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych danego rodzaju. Dysponowano również 4 jednostkowymi stawkami za zagospodarowanie odpadu danego rodzaju, które stanowią poszczególne składniki ceny. Jest to okoliczność znamienne, gdyż to Zamawiający podzielił wynagrodzenie na ważne dla niego elementy, które stanowią istotne części składowe ceny, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Bezpośrednio potwierdza to treść wzoru umowy, gdzie w § 9 ust. 6 Zamawiający ustalił formę rozliczenia z wykonawcami w postaci wynagrodzenia kosztorysowego - iloczyn ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów oraz stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg danego rodzaju odpadów. W § 9 wzoru umowy Zamawiający wskazał rodzaje odpadów objętych umową oraz kwoty stawek za poszczególne rodzaje odpadów wycenione na podstawie oferty wykonawcy. Ustalony sposób rozliczenia wynagrodzenia znajduje odzwierciedlenie w rozdziale XX SWZ, dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty.

23. Mając powyższe na uwadze każda z cen jednostkowych (stawek za dany rodzaj, frakcję odpadów), zawartych w formularzu ofertowym, jest ceną odrębną i samodzielnią. Zamawiający przewidział rozliczenie miesięczne za faktycznie zagospodarowane odpady, w oparciu o ceny jednostkowe z formularza cenowego, płacone według wykonanej usługi - ilości odebranych i zagospodarowanych Odpadów danej frakcji. Zatem w ocenie Odwołującego w każdej z

poszczególnych cen wykonawcy powinni zawrzeć wszystkie koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem danego rodzaju odpadów komunalnych i nie ma możliwości "przerzucania" danego kosztu pomiędzy usługami, bowiem są to samodzielne ceny, w oparciu o które będzie rozliczane wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia.

24. Jak wcześniej zauważono wykonawca TAMAX w formularzu cenowym każdy z 4 rodzajów odpadów wycenił na jednakowym poziomie w wysokości 920,00 zł netto za 1 Mg odpadów komunalnych, niezależnie jakich odpadów to dotyczy. Przy czym w wykazie instalacji, do których będą przekazywane odpady w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawca TAMAX wskazał różne podmioty, do których odpadów będą wożone, znajdujące się w różnych miejscowościach - czyli w różnych odległościach od miejsca odbioru odpadów. Skoro koszt odebrania odpadów to m.in. koszt przetransportowania odpadów do instalacji utylizacji, to już tylko ta okoliczność powoduje, że dla różnych odpadów, które są transportowanych do różnych miejscowości, implikuje to różną wysokość kosztu transportu dla poszczególnych rodzajów odpadów.

25. Odwołujący wskazuje na błędy jakie podczas wyceny oferty dokonała firma TAMAX. Po pierwsze należy odnieść się do zakresu świadczonej usługi, która podzielona została przez Zamawiającego na 4 osobne grupy, frakcje, do której z każdej z nich określił dokładne wymagania w zakresie sposobu realizacji usługi i należy zaznaczyć, że do każdej z podgrupy jest on diametralnie różny. W załączniku nr 10 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. „Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Michałowice” W pkt 1. Zamawiający wskazuje:

1. Ogólna charakterystyka przedmiotu zamówienia

Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie, w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r., całej ilości odpadów komunalnych od właścicieli położonych na terenie Gminy Michałowice nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (w tym również nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy) oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanego w miejscowości Książniczki ul. Tadeusza Strumiły 144.

Na odpady komunalne, które będą odbierane i zagospodarowane w ramach zamówienia składają się cztery grupy odpadów:

- grupa I – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,

- grupa II – odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”),
- grupa III – selektywnie zbierane frakcje odpadów komunalnych („papier”, „szkło”, „metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielomateriałowe”),
- grupa IV – odpady wielkogabarytowe, ZSEiE, odpady budowlane i rozbiórkowe oraz pozostałe odpady komunalne zbierane selektywnie.

Rodzaje odpadów przypisane do poszczególnych grup zostały wymienione w pkt 3 SOPZ, zaś szczegółowe zasady ich odbierania i zagospodarowania określono w pkt 4–6 SOPZ...

26. Zamawiający do każdej z opisanej grupy określił szczegółowe zasady ich odbierania i zagospodarowania. I tak należy wskazać **vide pkt 4-6 SOPZ** :

Odpady z grupy I Zmieszane odpady komunalne odbierane są od właścicieli nieruchomości zgodnie z określoną częstotliwością a pojemniki do ich odbioru zapewnia właściciel nieruchomości kluczowa w tym zakresie jest częstotliwość odbioru odpadów wskazana przez zamawiającego w pkt 4.1 lit b):

Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne będą odbierane z następującą częstotliwością:

- z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi – nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie w okresie listopad-marzec oraz nie rzadziej niż raz na tydzień w okresie kwiecień-październik;
- z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi jednorodzinными – nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie przez cały rok, ;

Odpady z grupy II odbierane są od właścicieli nieruchomości z określoną częstotliwością a pojemniki do ich odbioru zapewnia właściciel nieruchomości częstotliwość określona przez Zamawiającego w pkt. 4.2 lit b):

Odpady z grupy II będą odbierane z następującą częstotliwością:

- z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi – nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie w okresie listopad-marzec oraz nie rzadziej niż raz na tydzień w okresie kwiecień-październik;

– z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi jednorodzinnymi – nie rzadziej niż raz na cztery tygodnie w okresie listopad-marzec oraz nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie w okresie kwiecień-październik,

Jak wyraźnie widać z samej dokumentacji Postępowania, częstotliwości odbioru powyższych odpadów w ciągu roku są od siebie znacząco różne niemożliwe jest więc dokonanie takiej samej wyceny tych dwóch grup odpadów.

27. Ponadto idąc dalej odpady zbierane selektywnie z grupy III tutaj Zamawiający następująco określa szczegółowe zasady ich odbioru:

Pkt 4.3 :

„Odpady wchodzące w skład grupy III będą zbierane przez mieszkańców selektywnie w systemie workowym, z podziałem na 3 frakcje:

- „papier” – frakcja zbierana w workach koloru niebieskiego,
- „szkło” – frakcja zbierana w workach koloru zielonego,
- „metale i tworzywa sztuczne” – frakcja zbierana w workach koloru żółtego.

Rodzaje odpadów wchodzących w skład poszczególnych frakcji będą zgodne z § 2 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 10 maja 2021 r. w sprawie sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów [Dz.U. 2021 poz. 906].

b) Selektywnie zebrane frakcje będą odbierane przez Wykonawcę od właścicieli nieruchomości z następującą częstotliwością:

- z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi – nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie w okresie listopad-marzec oraz nie rzadziej niż raz na tydzień w okresie kwiecień-październik;
- z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi jednorodzinnymi – nie rzadziej niż raz na cztery tygodnie w okresie listopad-marzec oraz nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie w okresie kwiecień-październik, zgodnie z harmonogramem opracowanym na zasadach określonych w pkt 8 lit. j) SOPZ.

c) Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia na własny koszt właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów. Parametry dostarczanych worków będą następujące:

- worki niebieskie z opisem „papier” o pojemności 120l, wykonane z półprzeźroczystej folii LDPE o grubości minimum 40 mikronów, wyposażone w taśmę ściągającą,
- worki zielone z opisem „szkło” o pojemności 120l, wykonane z półprzeźroczystej folii LDPE o grubości minimum 50 mikronów, wyposażone w taśmę ściągającą,
- worki żółte z opisem „metale i tworzywa sztuczne” o pojemności 120l, wykonane z półprzeźroczystej folii LDPE o grubości minimum 40 mikronów, wyposażone w taśmę ściągającą.

Na workach muszą być nadrukowane uzgodnione z Zamawiającym informacje dotyczące zasad segregacji oraz dane teled adresowe Wykonawcy. Przed pierwszym odbiorem Wykonawca dostarczy komplety worków właścicielom nieruchomości (w liczbie zgodnej z wykazem nieruchomości, o którym mowa w pkt 11 lit. a) SOPZ tj. ok. 3850 kompletów składających się z 1 worka niebieskiego, 1 worka zielonego oraz 2 worków żółtych) oraz do Urzędu Gminy Michałowice (rezerwa w wys. 10% liczby worków przeznaczonych dla mieszkańców) minimum 4 dni robocze przed datą pierwszego odbioru. Po każdorazowym odbiorze odpadów Wykonawca będzie zostawiał na każdej nieruchomości worki w liczbie równej ilości worków odebranych. Wykonawca zobowiązany jest również do uzupełniania zapasu worków w Urzędzie Gminy Michałowice zgodnie z zapotrzebowaniem zgłaszanym przez Zamawiającego, w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia”.

28. Poza różnicami wynikającymi z częstotliwości odbioru poszczególnych odpadów z grupy 3, co przekłada się na cenę oferty, odmienne koszty generuje także obowiązek zapewnienia urządzenia do deponowania odpadów przez Wykonawcę. Koszty te powinny być uwzględnione w cenie ofercie tej frakcji, grupy odpadów, której dotyczą.

29. Ostatnia grupa odpadów tj. grupa 4 odpady wielkogabarytowe, ZSEiE, odpady budowlane i rozbiórkowe oraz pozostałe odpady komunalne zbierane selektywnie. Tutaj zgodnie z SOPZ Zamawiający wymaga aby odbiór odpadów bezpośrednio z terenu nieruchomości zgodnie z pkt 4.4 :

„4.4. Zasady odbioru odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego od właścicieli nieruchomości Odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz urządzenia zawierające freony (pozycje 13, 14 i 15 w tabeli nr 4 zostaną odebrane od właścicieli nieruchomości jeden raz w ramach niniejszego zamówienia

tj. w marcu 2023 r. Dokładny termin odbioru tych odpadów zostanie określony w harmonogramie, o którym mowa w pkt 8 lit. j) SOPZ

A w następnym punkcie 5 opisuje szczegółowy sposób odbioru odpadów z grupy 4 w PSZOK tj.:

5. Zasady odbioru i zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych z Punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) a) Wykonawca jest zobowiązany do odbioru i zagospodarowania selektywnie zebranych i dostarczonych przez mieszkańców Gminy Michałowice odpadów komunalnych, wymienionych w tabeli nr 4 w pozycjach 2-38, z Punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) zlokalizowanego przy ul. Tadeusza Strumiłły 144 w miejscowości Książniczki, czynnego 5 dni w tygodniu. b) Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć do PSZOK w ramach niniejszego zamówienia, odpowiednio do potrzeb zgłaszanych przez pracownika UG Michałowice, worki na odpady selektywnie zbierane, wymienione w ppkt 4.3 lit. c) SOPZ. Wykonawca zobowiązany jest również do uzupełniania zapasu worków w PSZOK zgodnie z zapotrzebowaniem zgłaszanym przez Zamawiającego w ilości nie mniejszej niż 50 kompletów, w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia. c) Wyposażenie PSZOK w kontenery (KP7 – odbiór pojazdem z dźwignikiem hakowym lub bramowym, KP12 i KP36 - odbiór pojazdem z dźwignikiem hakowym), pojemniki (240 l, 1100 l) i inne urządzenia niezbędne do selektywnego zbierania odpadów należy do obowiązków Zamawiającego, z wyjątkiem kontenerów wskazanych w lit. d) Wykonawca odbierając odpady zebrane w kontenerach zobowiązany jest do zwrotu opróżnionego kontenera najpóźniej do godziny 8.00 w następnym dniu funkcjonowania PSZOK lub podstawienia kontenera własnego o pojemności nie mniejszej niż kontener odbierany. W przypadku podstawiania kontenerów zastępczych Wykonawca jest zobowiązany do tego, aby przy kolejnym odbiorze na PSZOK wrócił kontener Zamawiającego, zaś Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do umowy Nr I/...../OS/...../22) 11 najpóźniej w ostatnim dniu obowiązywania umowy wszystkie kontenery i pojemniki Zamawiającego zostały zwrócone. d) Wykonawca zobowiązany jest na czas obowiązywania umowy wyposażyć PSZOK w dodatkowe kontenery: 3 szt. o pojemności min. 30m³ każdy (z przeznaczeniem na odpady „bio”, kod 20 02 01 oraz odpady wielkogabarytowe, kod 20 03 07) oraz 1 szt. o pojemności min. 20 m³ (z przeznaczeniem na zmieszane odpady z budowy, remontu i demontażu, kod 17 09 04). e) Zamawiający nie określa sposobu odbioru i transportu przez Wykonawcę odpadów zebranych w PSZOK inaczej niż w kontenerach (np. w pojemnikach), przy czym Wykonawca zobowiązany jest postępować w sposób właściwy dla danego rodzaju odpadów, zapewniający spełnienie prawnie określonych wymogów technicznych i sanitarnych, w szczególności zabronione jest mieszanie poszczególnych frakcji

odpadów odbieranych z PSZOK. f) Utrzymanie czystości i porządku na terenie PSZOK oraz nadzór nad rozładunkiem odpadów dostarczanych przez mieszkańców, w szczególności w zakresie prawidłowej selekcji, należy do obowiązków Zamawiającego. g) Za weryfikację uprawnień osób dostarczających odpady do korzystania z PSZOK i prowadzenie ich ewidencji odpowiada Zamawiający. h) Wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów z PSZOK po telefonicznym lub mailowym zgłoszeniu pracownika Urzędu Gminy Michałowice obsługującego obiekt (dokonanym w godzinach funkcjonowania obiektu), najpóźniej w ciągu dwóch dni roboczych od dokonania zgłoszenia. Odbiór odpadów przez Wykonawcę będzie realizowany w godzinach otwarcia PSZOK.”

30. Z powyższego opisu jasno wynika, że Wykonawca ma obowiązek odbioru odpadów przy użyciu pojazdu z z HDS przystosowanego do przewożenia dużych kontenerów według opisu nawet 30 m³. Ponadto Zamawiający zobowiązany jest wyposażyć w kontenery służące do zbierania odpadów komunalnych na PSZOK.

31. W opisanych powyżej szczegółowych zasadach realizacji poszczególnych zadań z każdej z grupy jasno wynika, że dla każdej z grup Zamawiający przewidział inne wymogi techniczne realizacji, inne częstotliwości odbioru a nawet odmienny sposób wyposażenia nieruchomości. Niemożliwe jest za tym z matematycznego punktu widzenia, aby wycena realizacji odbioru i zagospodarowania odpadów z 4 różnych grup była identyczna. Ponadto Zamawiający dokładnie wie jakiego sposobu odbioru i zakresu realizacji żąda i stawia dla każdej wyszczególnionej w formularzu ofertowym grup. W związku z tym Zamawiający musiał powziąć wątpliwości co do możliwości realizacji poszczególnych elementów umowy w takich samych zaoferowanych cenach.

32. Ceny utylizacji odpadów za poszczególne frakcje nie są jednakowe. Okolicznością notoryjną jest fakt, że ceny za zagospodarowanie danego odpadu są różne, w zależności od rodzaju odpadu (kodu odpadu). Instalacje odbioru odpadów tworzą cenniki, które są oparte o poszczególne kody odpadów, co jedynie dodatkowo wynika z dowodów złożonych przez odwołującego.

Dowód:

- cenniki z instalacji
- kalkulacja cen w oparciu o stawki rynkowe;

33. Odwołujący wskazuje, że na rynku gospodarki odpadami stawki za utylizację odpadów wielkogabarytowych, ZSEiE, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – grupa IV wg SOPZ oraz odpadów

niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – grupa I wg SOPZ są stawkami różnymi od innych stawek, jak też są wyceniane w cenie znacznie wyższej, niż stawka zaoferowana przez wykonawcę TAMAX.

34. Odwołujący - wyceniający swoją ofertę na podstawie tej samej treści dokumentacji postępowania co wykonawca TAMAX - podał różne ceny za zagospodarowanie różnych rodzajów odpadów i to znacznie wyższe niż wykonawca TAMAX. Różnica w ofertach wynika jedynie z zaoferowanej ceny, w pozostałych kryteriach oceny ofert wykonawcy uzyskali po tyle samo punktów, wobec zaoferowania tożsamyh warunków terminu odbioru interwencyjnego. Wskazuje to na możliwość braku odzwierciedlenia wartości rynkowej w jednostkowych cenach wykonawcy TAMAX, bowiem ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach, jako kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, stanowią niezwykle istotną wytyczną dla rozstrzygnięcia czy należy wdrożyć procedurę wyjaśniającą sposób kalkulacji ceny.

35. Kolejnym czynnikiem przemawiającym za koniecznością wdrożenia procedury w trybie art. 224 ust.1 ustawy pzp są założenia przyjęte do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego. Co prawda globalna cena wykonawcy TAMAX jest zbliżona do ceny oszacowania, tym niemniej nie można pominąć, że w obecnym przetargu rozliczenie następuje w formie kosztorysowej. Stąd brak jest możliwości prostego przyrównania ceny oszacowanej na podstawie danych historycznych do cen liczonych dla wynagrodzenia kosztorysowego, jest to matematycznie nieporównywalne i wymagałoby dokonania rozszerzonych obliczeń, w postaci wyodrębnienia z ryczału poszczególnych cen stawek za dany rodzaj odpadów. Zamawiający posiadałby wtedy dane niezbędne do porównania części składowych ceny, w postaci stawek jednostkowych, których jednakowy poziom dla różnych frakcji odpadów, czyli sposób kalkulacji przez wykonawcy TAMAX budzi obiektywne wątpliwości.

36. W konsekwencji powyższego, w ocenie Odwołującego, cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie każdego z 4 rodzajów odpadów, skalkulowana na jednakowym poziomie dla różnych rodzajów odpadów - z powodu różnych wysokości kosztów, które w daną stawkę należy wliczyć, w korelacji z narzuconym przez Zamawiającego sposobem obliczenia ceny i przyjęciem kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia - powoduje obiektywną wątpliwość, którą należy wyjaśnić. W szczególności, że nie istnieją obiektywne czynniki, umożliwiające zaoferowanie ceny dla każdego rodzaju odpadów w jednej wysokości 920,00 zł netto za 1 Mg odebrania i zagospodarowania każdej frakcji odpadu komunalnego, objętego przetargiem. Zatem w ustalonym stanie rzeczy została wypełniona hipoteza art. 224

ust. 1 ustawy pzp, co powoduje konieczność kontynuacji badania i oceny oferty wykonawcy TAMAX, w postaci postępowania wyjaśniającego istotne części składowe jego ceny.

37. Oczywistą konsekwencją przedwczesnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (naruszenie art. 239 ustawy pzp) w Postępowaniu przez Zamawiającego jest naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Odwołujący bowiem, na skutek zaniechań Zamawiającego został pozbawiony możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, pomimo, że co do cen jego oferty nie istnieją jakiegokolwiek wątpliwości, spełnia warunki udziału i powodzeniem dotychczas realizował usługę tożsamą na rzecz Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący wskazuje na fakt, że aby rozpocząć świadczenie usługi nowy wykonawca będzie musiał podstawić kontenery do odbioru odpadów w ramach PSZOK. Czynność ta generuje wysokie koszty związane z nabyciem kontenerów, kosztami ich oznakowania oraz fizycznego podstawienia, które w opinii Odwołującego zupełnie zostały pominięte i nieuwzględnione w cenie oferty wykonawcy TAMAX. Kosztu tego Odwołujący ponosić nie musi, bowiem jako wykonawca realizujący usługę, w przypadku otrzymania zamówienia, będzie korzystał z już użytkowanych kontenerów. Nie może zniknąć z pola widzenia, także okoliczność, że wykonawca TAMAX jako nowy podmiot, działający od kilku miesięcy na rynku, może nie posiadać wystarczającej wiedzy i doświadczenia, aby realnie ocenić koszty realizacji usługi. Zamawiający także i tę okoliczność winien wziąć pod uwagę przy ocenie czy wobec oferty wykonawcy TAMAX należy zastosować art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 stycznia 2023 r. (pismo z dnia 5 stycznia 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odwołanie FCC jako oparte na nieuzasadnionych zarzutach i powinno zostać oddalone, a to z przyczyn wskazanych poniżej:

Odnosnie do zarzutu naruszenia przepisu art. 239 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1-3 PZP poprzez zaniechanie zażądania od Wykonawcy TAMAX wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny, przede wszystkim zać jej istotnych części składowych, w tym w szczególności ceny za odbiór i zagospodarowanie:

a) odpadów wielkogabarytowych, ZSEiE, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – grupa IV wg SOPZ;

b) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – grupa I wg SOPZ.

Zgodnie z art. 224 PZP Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, 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.**

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej KIO (por. wyrok z dnia 24 stycznia 2022 r. KIO 36/22), Dyspozycja art. 224 ust. 1 p.z.p. skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 PZP pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przepisy PZP wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. **Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej.** Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy PZP posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do "wątpliwości zamawiającego", czy wskazują, że "cena wydaje się rażąco niska". **Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty.** Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał sprawdzenia czy nie występują przesłanki wskazane w art. 224 ust. 2 PZP dotyczące wystąpienia okoliczności powodujących konieczność badania rażąco niskiej ceny. Zestawienie ofert i sprawdzenia rażąco niskiej ceny zostało udokumentowane w dokumencie z dnia 25.11.2022. Na podstawie przeprowadzonego sprawdzenia cen złożonych ofert w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP, nie wzywano wykonawców do składania wyjaśnień w powyższym zakresie z uwagi na brak wystąpienia przesłanek.

Zamawiający nie powziął również wątpliwości co do zaoferowania przez wykonawców rażąco niskiej ceny, które to wątpliwości uzasadniałyby skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości określonej w art. 224 ust. 1 PZP, a to z uwagi na fakt, iż cena zaoferowana w najkorzystniejszej ofercie za realizację przedmiotu zamówienia nie odbiegała znacząco od wartości uzyskanej w ramach szacowania wartości zamówienia. W wyniku przeprowadzonego w dniu 17.10.2022 r. szacowania wartości zamówienia, Zamawiający uzyskał kwotę 5.268.996,00 zł brutto, która jedynie o 14,2% odbiegała od ceny zaoferowanej w najkorzystniejszej ofercie.

Jednocześnie wskazuję, iż Zamawiający, w toku realizacji uprzednio obowiązującej umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w związku z korespondencją prowadzoną z dotychczasowym wykonawcą (pismo FCC z dnia 25 kwietnia 2022 r. - załącznik nr 1 do niniejszego pisma), w dniu 12 maja 2022 r. (wiadomość e-mail przesłana przez pracowników do Zastępcy Wójta Gminy Michałowice – załącznik nr 2 do niniejszego pisma) dokonał weryfikacji ofert uzyskanych w analogicznych postępowaniach prowadzonych w trzech sąsiednich gminach. Zestawienie uzyskanych informacji, w tym średnich cen za 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów, zaoferowanych w poszczególnych postępowaniach obrazuje poniższa tabela (wyróżniono ceny wynikające z najkorzystniejszych ofert). Należy nadmienić, iż przetargi, które weryfikował w owym czasie Zamawiający, dotyczyły odbioru i zagospodarowania odpadów w okresie odpowiadającym okresowi, jakiego dotyczyło omawiane postępowanie, tj. również roku 2023:

Gmina	Okres odbioru odpadów	Wartość zamówienia zł brutto	Średnio za tonę zł brutto
Wielka Wieś	LIPIEC 2022 R. - CZERWIEC 2024 R.	11196526	876,30
		13003625	1017,73
		10966633	858,30

Kocmyrzów-Luborzycza	1 MARZEC 2022 R. - 28 LUTY 2023 R.	5972670	958,37
Słomniki	1 LIPIEC 2022 R. - 30 CZERWIEC 2023 R.	3596400	999
		3718794	1032,998
		3553200	987
		255852	852,84
		277560	925,2

Wobec powyższego, jak również z uwagi na fakt, iż w okresie od maja do listopada 2022 r. (termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu) ceny obowiązujące w instalacjach zajmujących się zagospodarowaniem odpadów, jak również ceny paliw, oraz stawka płacy minimalnej, tj. składowe w największym stopniu determinujące cenę usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, nie uległy zmianie (co stanowi fakty notoryjne zarówno dla Zamawiającego, jak i dla Odwołującego), Zamawiający nie stwierdził, aby zaoferowana cena przez PUK TAMAX odbiegała od obecnie oferowanych faktycznych cen rynkowych.

Wobec posiadania przez Zamawiającego informacji o cenach obowiązujących w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów w gminach sąsiadujących, które były we wszystkich przypadkach (nie tylko ofert najkorzystniejszych) niższe niż cena zaproponowana przez Wykonawcę PUK TAMAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-050 Skawina, ul. Tyniecka 1 (zwanego dalej „PUK TAMAX”), tj. średnio 920 zł netto (993,60 zł brutto) za 1 Mg, Zamawiający w okolicznościach tej konkretnej sprawy nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości ceny zaproponowanej przez PUK TAMAX.

Ponadto, odnosząc się do poszczególnych twierdzeń podniesionych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania (str. 4-17) , Zamawiający wskazuje, co następuje:

Ad 1-2, 5, 7-8.

Zamawiający potwierdza zaistnienie okoliczności faktycznych, wskazanych przez Odwołującego.

Ad 3.

Zamawiający wskazuje, iż nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, jakoby „Zamawiający zignorował pismo Odwołującego” z dnia 5 grudnia 2022 roku. Wobec otrzymania przedmiotowego pisma, sugerującego Zamawiającemu przeprowadzenie procedury zawartej w art. 224 ust. 1 PZP w stosunku do Wykonawcy PUK TAMAX, Zamawiający podjął

dodatkowe czynności mające na celu potwierdzenie aktualności informacji o średnich cenach oferowanych w analogicznych postępowaniach w gminach sąsiadujących.

Pracownicy Zamawiającego pozyskali telefoniczne informacje z sąsiednich gmin, które prowadziły analogiczne postępowania przetargowe na odbiór odpadów komunalnych z ich terenów dotyczące cen odbioru odpadów i wykonawcach wykonujących te usługi. W wyniku przeprowadzonej dodatkowej weryfikacji pozyskano dane, które obrazuje tabela stanowiąca załącznik nr 3 do niniejszego pisma.

Jak wynika z pozyskaniach danych przedstawionych w załączonej tabeli cena oferty najkorzystniejszej w postępowaniu - znak postępowania SO.271.3.2022 w żaden sposób nie odbiega od cen rynkowych oferowanych w 2022 roku na tożsamym rynku usług związanych z odpadami. Na podstawie pozyskanych danym wręcz należy stwierdzić (przyjąć), że cena zaproponowana przez PUK TAMAX w pełnym zakresie odpowiada obecnym cenom rynkowym, a w kilku przypadkach jest wyższa od cen oferowanych w sąsiednich gminach.

Ad 4.

Zamawiający wskazuje, iż wobec braku wystąpienia w przedmiotowej sprawie wątpliwości po stronie Zamawiającego co do oferty PUK TAMAX, nie zaistniały przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej określonej w art. 224 ust. 1 PZP.

Ad 5.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią Rozdziału XX SWZ:

„1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia w Formularzu ofertowym – stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Cenę należy obliczyć, zgodnie z tabelą zawartą w Formularzu ofertowym.

2. Całkowita cena brutto wykonania przedmiotu zamówienia powinna być wyrażona liczbowo i słownie.”

Jak wynika natomiast z formularza ofertowego, który stanowił załącznik nr 1 do SWZ, rozstrzygającą ceną w ramach przedmiotowego zamówienia jest cena zaoferowana za realizację całości przedmiotu umowy (określona w formularzu jako „Razem brutto”.

Zamawiający wskazuje, iż tabela zawarta w formularzu ofertowym, jak również przytoczona powyżej treść SWZ **wskazuje jedynie na sposób obliczenia ceny**, a tym samym elementy składowe (4 frakcje odpadów) nie mogą być traktowane jako istotne części składowe zamówienia. Przedmiotowe zamówienie dotyczy bowiem odbioru i zagospodarowania wszystkich odpadów komunalnych z terenu Gminy Michałowice, nie zaś poszczególnych rodzajów odpadów. Zamawiający ujął w formularzu ofertowym podział na grupy jedynie w celach informacyjnych, wskazujących wykonawcom szacunkową strukturę strumienia odpadów.

Należy ponadto wskazać, co ponosi również Odwołujący w pkt. 13 uzasadnienia do odwołania, iż każdy z zamawiających, w postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wymaga różnego stopnia szczegółowości ofert składanych przez Wykonawców. Również w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający mógł wymagać jedynie podania w formularzu ofertowym ceny „razem brutto”, w którym to przypadku wszelkie wywody Odwołującego byłyby w oczywisty sposób niezasadne.

Ad 9-10.

Należy wskazać, iż Zamawiający **nie wymagał**, aby ceny za poszczególne frakcje odpadów były zróżnicowane. Wobec posiadania przez Zamawiającego wiedzy na temat średnich cen (także średnich cen ważonych, uwzględniających procentowy udział poszczególnych frakcji w strumieniu odpadów) oferowanych w postępowaniach prowadzonych równolegle na analogicznym obszarze (gminy sąsiednie), nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, iż jednolitość cen za poszczególne frakcje budzi wątpliwości. Jak obrazują dane zawarte w załączniku nr 3, wszystkie ceny „jednostkowe” nie odbiegają od cen średnich jak również cen za poszczególne frakcje, oferowanych przez innych wykonawców w analogicznych postępowaniach. Wobec powyższego proponowane ceny nie wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez PUK TAMAX. Skoro bowiem inni wykonawcy zdolni są do realizacji analogicznych co do istoty zamówień w cenach porównywalnych (a w zdecydowanej większości niższych) w stosunku do cen zaoferowanych przez PUK TAMAX, racjonalne jest przyjęcie przez Zamawiającego, iż ceny te odzwierciedlają realne warunki rynkowe.

Ad 11 - 12.

Twierdzenia Odwołującego nie znajdują poparcia w żadnych okolicznościach faktycznych, stanowią jedynie bezpodstawne zarzuty kierowane wobec PUK TAMAX i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Ad 13, 16.

Odnosząc się do przytoczonych po raz kolejny uwag Odwołującego dotyczących możliwości prawidłowej realizacji zamówienia przez PUK TAMAX w zaoferowanych cenach, Zamawiający wskazuje na wyjaśnienia udzielone na wstępie niniejszego pisma, jak również w ad 3 i ad 9-10 powyżej.

Ad 14.

Zamawiający wskazuje za utrwalonym orzecznictwem KIO, iż **„zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową** - ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. **Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej** i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent” (wyrok KIO z 24 lutego 2022 r. KIO 207/22).

Przenosząc powyższe rozważania KIO na grunt przedmiotowej sprawy oczywiste jest, iż jedynym rzeczywistym argumentem Odwołującego się jest zaoferowanie znacznie wyższej ceny niż konkurent, co świadczy jedynie o prawidłowym funkcjonowaniu gospodarki rynkowej i w żaden sposób nie może przemawiać za negatywną oceną działań Zamawiającego.

Ad 15.

Po raz kolejny Zamawiający podkreśla, iż wobec niezrealizowania okoliczności przewidzianych w art. 224 ust. 1 PZP nie doszło do zaniechania po stronie Zamawiającego.

Zamawiający wskazuje dodatkowo, iż informacje posiadane przez Zamawiającego zarówno przed wszczęciem postępowania, jak również pozyskane dodatkowo w jego trakcie, nie wskazują na istnienie w omawianej sytuacji uzasadnionych podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Jak bowiem przyznał sam Odwołujący (w pkt. 17 uzasadnienia do odwołania),

każdy przypadek i każde postępowanie należy traktować indywidualnie, a wszelkie oceny dotyczące stanu faktycznego należy dokonywać w oparciu o informacje i wiedzę posiadane przez Zamawiającego w konkretnym przypadku.

Ad 17.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający w pełni popiera stanowisko Odwołującego wskazujące na konieczność dostosowania postępowania Zamawiającego do okoliczności danej sprawy, wobec braku jednoznacznej definicji ustawowej „ceny rażąco niskiej”, jak również wobec braku katalogu okoliczności przesądzających o konieczności powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

Ad 18.

Wobec powtórzenia przez Odwołującego twierdzeń zawartych w pkt. 3 uzasadnienia do odwołania, Zamawiający podtrzymuje w tym zakresie stanowisko wyrażone w ad 3 powyżej.

Ad 19.

Odnosząc się do „wzorca prawidłowego postępowania Zamawiającego”, który to wzorzec Odwołujący wydedukował z orzecznictwa KIO ponownie wskazać należy, Zamawiający dołożył należytej staranności, i każdy inny zamawiający, posiadający analogiczne informacje i wiedzę, podjąłby analogiczne decyzje i nie powzięłyby jakichkolwiek wątpliwości co do ceny oferty zaoferowanej przez PUK TAMAX.

Ad 20.

Jak wskazano powyżej, działanie Zamawiającego nie ograniczało się w przedmiotowej sprawie do procentowego porównania ceny zaoferowanej przez PUK TAMAX do wartości szacunkowej i ceny Odwołującego. Zamawiający dokonał oceny opierając się na całokształcie okoliczności sprawy, w tym wszystkich informacji będących w jego posiadaniu.

Ad 22-31.

Wobec powtórzenia przez Odwołującego twierdzeń zawartych w pkt. 9-10 uzasadnienia do odwołania, Zamawiający podtrzymuje w tym zakresie stanowisko wyrażone w ad 9-10 powyżej.

Ad 32-33.

Zamawiający po raz kolejny podkreśla, iż z informacji będących w jego posiadaniu wynika, iż na rynku relewantnym ceny oferowane za realizację usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są porównywalne (niższe) niż ceny zaoferowane przez PUK TAMAX.

Ad 34.

Podtrzymując stanowisko wyrażone w ad. 14 powyżej Zamawiający ponownie wskazuje, iż sam fakt zaoferowania przez Odwołującego ceny wyższej niż PUK TAMAX nie jest okolicznością rozstrzygającą w przedmiotowym postępowaniu. Jak obrazują dane zawarte w załączniku nr 3, ceny oferowane przez Odwołującego są rażąco wysokie na tle cen oferowanych przez wykonawców w analogicznych postępowaniach.

Ad 35.

Jakkolwiek Zamawiający potwierdza, iż rozliczenie w ramach umowy ma być rozliczeniem kosztorysowym, to decydującym elementem oferty była cena za realizację całości zamówienia.

Ad 36.

Odwołujący po raz kolejny podnosi twierdzenia nieznajdujące oparcia w jakichkolwiek okolicznościach faktycznych, a bazujące wyłącznie na fakcie zaoferowania przez Odwołującego ceny znacząco wyższej niż PUK TAMAX. Jak wskazano w ad 34 powyżej, ceny oferowane przez Odwołującego znacząco odbiegają od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców.

Ad 37.

Zamawiający podtrzymuje, iż dołożył należytej staranności i dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż oczywiście nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, jakoby „aby rozpocząć świadczenie usługi nowy wykonawca będzie musiał podstawić kontenery do odbioru odpadów w ramach PSZOK”. Jak doskonale wie Odwołujący (jako że świadczy aktualnie na rzecz Zamawiającego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów), Zamawiający dysponuje na PSZOK kontenerami przeznaczonymi do magazynowania odpadów, a zadaniem wykonawcy jest jedynie dostarczać kontenery na wymianę w trakcie odbioru danej frakcji. Wobec powyższego całkowicie chybiony jest zarzut Odwołującego o nieuwzględnieniu kosztów kontenerów w cenie ofertowej PUK TAMAX.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.10.2022 r. pod numerem 2022/S 209-596720.

W dniu 27 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. **Konsorcjum firm: FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu (Lider Konsorcjum) oraz FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (Członek Konsorcjum)** wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę PUK TAMAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 32-050 Skawina, ul. Tyniecka 1, dalej jako „wykonawca TAMAX”;
- zaniechaniu wezwania wykonawcy TAMAX do złożenia wyjaśnień dot. ceny jego oferty, w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę, której cena całościowa oraz istotne części składowe ceny tej oferty ewidentnie budzą wątpliwości w rozumieniu przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:

- **art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy pzp** poprzez zaniechania zażądania od Wykonawcy TAMAX (wykonawcy którego ofertę

Zmawiający uznał za najkorzystniejszą) wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny, przede wszystkim zaś jej istotnych części składowych w tym w szczególności ceny za odbiór i zagospodarowanie:

- a) odpadów wielkogabarytowych, ZSEiE, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – grupa IV wg SOPZ;
- b) odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – grupa I wg SOPZ;

w sytuacji, gdy cena podana w formularzu ofertowym wykonawcy TAMAX dla poszczególnych frakcji odpadów jest ewidentnie odbiegająca od cen pozostałych wykonawców, którzy złożyli ważne oferty w Postępowaniu, co powoduje, że cena oferty wykonawcy TAMAX oraz jej istotne części składowe, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponadto wykonawca TAMAX dla każdej z frakcji odpadów przewidział taką samą cenę jednostkową w kwocie 920 zł netto. Z tych powodów Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Oczywistym bowiem jest, że każda frakcja odpadów generuje innego rodzaju koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem, na co dodatkowo ma wpływ ilość odpadów z danej frakcji, a co musi być uwzględnione w wyniku zastosowania kosztorysowego sposobu wynagrodzenia umownego. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji braku upewnienia się, że oferta wybranego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tej konkretnej sytuacji, gdzie wątpliwości są ewidentne i wynikają ze tzw. zasad doświadczenia życiowego, powoduje, że Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 ustawy pzp oraz naruszył zasady udzielania zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 ust. 1-3 ustawy pzp).

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Konsorcjum firm: FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu (Lider Konsorcjum) oraz FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (Członek Konsorcjum)**, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca PUK TAMAX sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, Tyniecka 1, 32-050 Skawina.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. (pismo z dnia 9 stycznia 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z 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.

Zgodnie z art. 239 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie

skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (SOPZ), stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ, w pkt 1 „Ogólna charakterystyka przedmiotu zamówienia”, przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie, w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r., całej ilości odpadów komunalnych od właścicieli położonych na terenie Gminy Michałowice nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (w tym również nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy) oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanego w miejscowości Książniczki ul. Tadeusza Strumiłły 144. Na odpady komunalne, które będą odbierane i zagospodarowane w ramach zamówienia składają się cztery grupy odpadów:

- grupa I – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- grupa II – odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”),

- grupa III – selektywnie zbierane frakcje odpadów komunalnych („papier”, „szkło”, „metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielomateriałowe”),
- grupa IV – odpady wielkogabarytowe, ZSEiE, odpady budowlane i rozbiórkowe oraz pozostałe odpady komunalne zbierane selektywnie.

Rodzaje odpadów przypisane do poszczególnych grup zostały wymienione w pkt 3 SOPZ, zaś szczegółowe zasady ich odbierania i zagospodarowania określono w pkt 4–6 SOPZ.

Izba zważa, że podział odpadów na cztery frakcje, ma swoje odzwierciedlenie również w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, a także w projektowanych postanowieniach umownych, stanowiącym załącznik nr 12 do SWZ, gdzie w § 9 ust. 6 wskazano: „Wynagrodzenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów dla każdej z grup będzie obliczone jako iloczyn ceny jednostkowej określonej dla danej grupy w ust. 2. oraz ilości Mg faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów z tej grupy w danym miesiącu kalendarzowym, wykazanej w ww. raporcie miesięcznym. Wysokość łącznego wynagrodzenia do zapłaty będzie obliczona jako suma wynagrodzeń za odbiór i zagospodarowanie odpadów z grup I –IV”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zgadza się z Odwołującym, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z istotnymi częściami składowymi ceny w postaci czterech frakcji odpadów, tym samym Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, że „podział na frakcje był jedynie informacyjny”.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Przystępujący zaoferował w formularzu oferty ceny jednostkowe netto (zł) za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w wysokości 920 zł netto (993,60 zł brutto) za każdą frakcję odpadów, tj. (odpady niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – grupa I wg SOPZ; odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”) – grupa II wg SOPZ; odpady segregowane, tj.: selektywnie zbierane frakcje odpadów komunalnych („papier”, „szkło”, „metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielomateriałowe”) – grupa II wg SOPZ; odpady wielkogabarytowe, ZSEiE, odpady budowlane i rozbiórkowe oraz pozostałe odpady komunalne zbierane selektywnie – grupa IV wg SOPZ.

Natomiast Odwołujący przedstawił zróżnicowane ceny jednostkowe netto (zł) za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów, tj. 1140 zł netto (1231,20 zł brutto) w grupie I, 735 zł netto (793,80 zł brutto) w grupie II, 1096 zł netto (1183,68 zł brutto) w grupie II, 1290 zł netto

(1393,20 zł brutto) w grupie IV, przy czym co należy zauważyć jedna z frakcji, tj. w grupie II jest ceną niższą niż cena zaoferowana przez Przystępującego.

Izba zważa, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista w wyniku, której wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia.

Izba wskazuje, że zgodnie z 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.

Izba zważa, że obowiązek żądania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych materializuje się wyłącznie w przypadku, gdy 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 wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 36/22, „Dyspozycja art. 224 ust. 1 p.z.p. skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 PZP pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przepisy PZP wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u

konkurenta) podejrzenia zaofierowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy PZP posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do "wątpliwości zamawiającego", czy wskazują, że "cena wydaje się rażąco niska". Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień", a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

W pierwszej kolejności, Izba chciałaby podkreślić, że po pierwsze cena zaofierowana przez Przystępującego (4 520 880 zł brutto) za realizację przedmiotu zamówienia nie odbiegała znacząco od wartości uzyskanej przez Zamawiającego w ramach szacowania wartości zamówienia, tj. 5.268.996,00 zł brutto, a po drugie z dowodu Zamawiającego w postaci wiadomości e-mail z dnia 12 maja 2022 r., stanowiącym załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający dokonał weryfikacji ofert uzyskanych w analogicznych postępowaniach prowadzonych w trzech sąsiednich gminach, tj. Wielka Wieś, Kocmyrzów - Luborzyca, Słomniki.

Z powyższego dowodu wynika, że średnia cena za 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów wynosiła 858,30 zł brutto (Wielka Wieś), 958,37 zł brutto (Kocmyrzów -Luborzyca), 852,84 zł brutto (Słomniki), tym samym porównując ww. ceny z ceną zaofierowaną przez Przystępującego (993,60 zł brutto), powoduje, że w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości ceny zaproponowanej przez Przystępującego.

Odnosząc zaś się do poszczególnych frakcji, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający nie wymagał ani w SWZ ani w SOPZ, stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ, aby ceny za poszczególne frakcje były zróżnicowane, jak również żadne przepisy prawa, w tym przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają zakazu określania takiej samej ceny dla poszczególnych frakcji, na co zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie, a Odwołujący powyższemu nie zaprzeczył.

Izba zważa, że na podstawie dowodu Zamawiającego w postaci zestawienia cen brutto (zł) za odbiór odpadów komunalnych z Gmin sąsiednich, stanowiącym załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie wynika, że ceny brutto oferowane przez różnych wykonawców, tj. nie tylko przez

Przystępującego, za tonę niesegregowanych odpadów komunalnych odpowiadająca grupie I formularza oferty, za tonę odpadów ulegających biodegradacji odpowiadająca grupie II formularza oferty, za tonę odpadów segregowanych (papier, szkło, tworzywa sztuczne) odpowiadająca grupie III formularza oferty oraz za tonę pozostałych odpadów (PSZOK +odbiór z przed posesji) odpowiadająca grupie IV formularza oferty, są zróżnicowane, a średnie ceny brutto (zł) za poszczególne grupy odpadów wynosiły odpowiednio 969,76 zł brutto (grupa I); 841,34 zł brutto (grupa II), 948,34 zł brutto (grupa III); 985,18 zł brutto (grupa IV).

Odnosząc się do dowodów Przystępującego załączonych do pisma procesowego w postaci oferty Przystępującego (Gmina Zielonki), formularza oferty Przystępującego (Gmina Włodowice), formularz oferty Przystępującego (Gmina Krasocin) wynika, że ceny odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w tożsamych zamówieniach, co przedmiotowe postępowanie, są różne dla różnych frakcji odpadów, np. 914 zł brutto (niesegregowane - zmieszane odpady komunalne); 860,00 zł brutto (odpady niesegregowane – zmieszane); 870,00 zł brutto (odpady wielkogabarytowe); 969,84 zł brutto (odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych - zmieszanych odpadów komunalnych); 969,84 zł brutto (odbiór i zagospodarowanie mebli i innych odpadów wielkogabarytowych).

Izba zważa, że Przystępujący w pkt 3 formularza oferty wskazał, iż zgodnie z zapisami art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, odebrane w ramach zamówienia odpady komunalne będą przekazywane do instalacji komunalnych w Zawierciu, we Włoszczowie oraz w Bolesławcu w odniesieniu do niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpowiednio za cenę 540,00 zł netto (583,20 zł brutto) w Zawierciu – dowód w postaci faktury VAT 804/M4/2022 z dnia 30 listopada 2022 r., 570,00 zł brutto we Włoszczowie – dowód w postaci faktury VAT nr 0170/2596/30/11/2022 z dnia 30 listopada 2022 r., 575,00 zł netto (621,00 zł brutto) w Bolesławcu – dowód w postaci faktury VAT nr MBP/148/11/2022 z dnia 30 listopada 2022 r., co potwierdza, że mamy do czynienia z różnymi cenami za odpady komunalne w różnych instalacjach komunalnych.

Odnosząc się zaś do dowodów Odwołującego wniesionych na rozprawie, Izba w pierwszej kolejności zważa, że Odwołujący w dowodzie w postaci tabelki nie wskazał czy są to ceny netto czy brutto, a po drugie, w ocenie Izby, ceny utylizacji wskazane przez Odwołującego, konfrontując je z dowodami Odwołującego odnośnie instalacji komunalnych, są zawyżone, na co zwrócił uwagę również Przystępujący na rozprawie.

I tak w dowodzie w postaci tabelki Odwołujący wskazał cenę utylizacji (PLN/Mg) w grupie I (zmieszane) 650,00 zł; w grupie II – bio 550,00 zł; w grupie III – selekcja (szkło – 500,00 zł; papier 500,00 zł; tworzywa/metale – 500,00 zł); w grupie IV- pozostałe (budowlane 562,50 zł; opony 350,00 zł; gabaryty 895,00 zł; elektro 1,00 zł; chemikalia 5900,00 zł), a przyjmując nawet, że powyższe ceny są cenami netto, Izba wskazuje na poniższe dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- dowód w postaci cennika usług za przyjęte do zagospodarowania odpady Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie z którego wynika, że cena za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne wynosi 500,00 zł netto za 1 Mg, odpady ulegające biodegradacji wynosi 300,00 zł netto za 1 Mg ; szkło – 425,00 zł netto za 1 Mg; tworzywa sztuczne – 425 zł netto za 1 Mg, odpady wielkogabarytowe – 650 zł netto za 1 Mg;

- dowód w postaci cennika przyjmowania 1 Mg odpadów na Instalacji do Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Bolesławiu, z którego wynika, że cena za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne wynosi 575,00 zł; za papier, tekturę wynosi 390,00 zł; za szkło wynosi 235 zł; tworzywa sztuczne, zmieszane odpady opakowaniowe 540 zł;

- dowód w postaci cennika za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów w Instalacji Komunalnej Przedsiębiorstwa Komunalnego „EKO” Sp. z o.o. w Choczni, z którego wynika, że cena za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne wynosi 600,00 zł netto za 1 Mg, opakowania ze szkła wynosi 600,00 zł netto za 1Mg, opakowania z papieru, tektury wynosi 550,00 zł netto za 1Mg, opakowania z tworzyw sztucznych wynosi 550,00 zł netto za 1 Mg, odpady wielkogabarytowe wynosi 1000,00 zł netto za 1 Mg;

- dowód w postaci cennika zagospodarowania odpadów w Zakładzie Odzysku i Unieszkodliwiania Odpadów MPGK Sp. z o.o. w Katowicach, którego wynika, że cena za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne wynosi 550 zł netto za 1 Mg, cena za szkło wynosi 150 zł netto za 1 Mg, cena za odpady ulegające biodegradacji (luzem) wynosi 410 zł netto za 1 Mg, cena za odpady kuchenne ulegające biodegradacji wynosi 420 zł netto za 1 Mg, cena za tworzywa sztuczne wynosi 720 zł netto za 1 Mg, cena za papier i tektura wynosi 680 zł netto za 1Mg, cena za odpady wielkogabarytowe wynosi 700 zł netto za 1 Mg;

- dowód w postaci cennika za przyjęcie odpadów do Instalacji Komunalnej w Oświęcimiu, z którego wynika, że cena za szkło wynosi 300 zł netto za 1 Mg lub 270 zł netto za 1 Mg, cena

za tworzywa sztuczne wynosi 600 zł netto za 1Mg, cena za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne wynosi 520,00 zł netto za 1 Mg, cena za tworzywa sztuczne wynosi 370 zł netto za 1 Mg, cena za papier i tekturę wynosi 270 zł netto za 1 Mg, cena za papier i tekturę zabrudzone wynosi 400 zł netto za 1 Mg, cena za odpady wielkogabarytowe wynosi 950 zł netto za 1 Mg.

Pozostałe dowody wniesione przez Zamawiającego w postaci załącznika nr 1 – wniosek o zmianę umowy o zamówienie publiczne z dnia 25 kwietnia 2022 r., dowód Przystępującego w postaci faktury o numerze S/1114/12/2022/PJ1 z dnia 12 grudnia 2022 r. oraz dowody Odwołującego w postaci ofert na worki do segregacji odpadów z dnia 1 grudnia 2022 r., w ocenie Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba wzięła również pod uwagę, że Przystępujący posiada własną instalację, tj. sortownię odpadów selektywnie zbieranych w Sędziszowie, gdzie jak stwierdził Przystępujący w piśmie procesowym może tam „przywozić odpady segregowane w tym m.in. plastik, papier, szkło, wielkogabaryty. Odpady te stanowią surowiec wtórny który po doczyszczeniu może by sprzedany na rynku jako produkt. W tym zakresie podstawowym kosztem jest odbiór i transport tych odpadów do instalacji”, ale także doświadczenie Przystępującego, który działa w branży będącej przedmiotem niniejszego postępowania od 2011 r., tym samym nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, że „wykonawca TAMAX jako nowy podmiot, działający od kilku miesięcy na rynku, może nie posiadać wystarczającej wiedzy i doświadczenia, aby realnie ocenić koszty realizacji usługi”.

Na marginesie Izba zważa, że Zamawiający stwierdził, że dysponuje na PSZOK kontenerami przeznaczonymi do magazynowania odpadów, a zadaniem wykonawcy jest jedynie dostarczać kontenery na wymianę w trakcie odbioru danej frakcji, tym samym jedynym kosztem, na jaki wskazywał Przystępujący jest „koszt dostarczenia kontenerów, ponieważ same kontenery posiada już na stanie. Kontenery są już zamortyzowane”. Izba uznała powyższe twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego za wiarygodne i spójne, a Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, żeby było inaczej.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, Odwołujący nie ma racji, że „aby rozpocząć świadczenie usługi nowy wykonawca będzie musiał podstawić kontenery do odbioru odpadów w ramach PSZOK. Czynność ta generuje wysokie koszty związane z nabyciem kontenerów, kosztami ich oznakowania oraz fizycznego podstawienia, które w opinii Odwołującego zupełnie zostały pominięte i nieuwzględnione w cenie oferty wykonawcy TAMAX”.

Izba chciaaby w tym miejscu podkreślić, iż w przedmiotowej sprawie nie było sporu co do tego, że inny jest koszt odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów, jednakże Odwołujący całkowicie pomija fakt, że sposób kalkulacji ceny, jak i istotnych części składowych ceny stanowi wyłączne uprawnienie danego wykonawcy i fakt przyjęcia pewnych założeń i kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego (sporządzonej tabeli, np. co do cen utylizacji czy średniego spalania), nie może być miarodajny i właściwy dla wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt. KIO 207/22, zgodnie z którym „zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową - ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Konkludując, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy i materiał dowodowy, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ zaoferowana cena przez Przystępującego nie wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia, o czym świadczy wypowiedź Zamawiającego na rozprawie: „Zamawiający wskazuje, że nie powziął żadnych wątpliwości co do ceny wykazanej przez przystępującego”.

Tym samym, Izba doszła do przekonania, że cena oferty Przystępującego, w tym ceny wskazane za poszczególne frakcje odpadów, są cenami rynkowymi, za które możliwe jest należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia.

W związku powyższym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 224 ust. 1 ustawy PZP ani art. 239 ustawy PZP, jak również nie naruszył art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: