

Sygn. akt: KIO 3303/22

WYROK
z dnia 30 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 grudnia 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 grudnia 2022 roku** przez wykonawcę **T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K. z siedzibą w Radomiu** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Magnuszew z siedzibą w Magnuszewie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 224 ust. 1 oraz 239 ustawy Pzp \ i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Warce do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny, w szczególności odnośnie do cen jednostkowych zaoferowanych w pozycjach nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 Tabeli kosztorysowej;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Magnuszew z siedzibą w Magnuszewie i Odwołującego** – **T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K. z siedzibą w Radomiu** w następujący sposób:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – T. K.**

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K. z siedzibą w Radomiu tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od **Zamawiającego – Gminy Magnuszew z siedzibą w Magnuszewie na rzecz Odwołującego – T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K. z siedzibą w Radomiu - kwotę 5 287 zł 50 gr** (słownie: pięciu tysięcy dwustu osiemdziesięciu siedmiu złotych 50/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem części wpisu oraz części wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 Magnuszew z siedzibą w Magnuszewie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na rok 2023”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2022/BZP 00443822/01 z dnia 17.11.2022 r.

Dnia 12 grudnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w prowadzonym postępowaniu, odwołanie złożył wykonawca T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K. z siedzibą w Radomiu, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Zakładu Usług Komunalnych w Warce Sp. z o.o. (dalej jako „ZUK w Warce”), pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca zobowiązał się do odbioru od właścicieli nieruchomości frakcji odpadów, na której odbiór nie posiada odpowiednich uprawnień (jego wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie obejmuje frakcji odpadów oznaczonych jako ex 20 01 99 - odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek).

Ponadto Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy ZUK w Warce do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty oraz rażąco niskich istotnych części składowych ceny ofert — tj. cen jednostkowych zaoferowanych w pozycjach nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 Tabeli kosztorysowej — mimo że wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia. Konsekwencją powyższego zaniechania jest również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUK w Warce jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz rażąco niskie istotne części składowe ceny.

Odwołujący podkreślił, że gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny oferty wykonawcy ZUK w Warce — odrzuciłby tę ofertę. W takiej sytuacji Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem nie podlega on wykluczeniu z postępowania i jego oferta nie podlega odrzuceniu, a w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów

oceny ofert — jest ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący utracił możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia.

Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 5 grudnia 2022 roku. Odwołanie złożone zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu i Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZUK w Warce, podczas gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował odbiór od właścicieli nieruchomości odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji, w szczególności igieł i strzykawek (pkt 14 Tabeli kosztorysowej), podczas gdy wykonawca nie posiada uprawnienia do odbioru od właścicieli nieruchomości tych odpadów;

II. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUK w Warce do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz istotnych części składowych ceny, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że zarówno cena całkowita jak również istotne części składowe ceny, tj. ceny jednostkowe zaoferowanych w pozycjach nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 Tabeli kosztorysowej — wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

III. art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę ZUK w Warce jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż podlegają one odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ZUK w Warce jako najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. wezwania wykonawcy ZUK w Warce do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty oraz istotnych części składowych ceny, tj. cen jednostkowych w pozycjach nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 Tabeli kosztorysowej;
4. odrzucenia oferty wykonawcy ZUK w Warce;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór zagospodarowanie odpadów komunalnych na rok 2023”. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 Pzp. W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców:

- Odwołujący z ceną 1 095 224,33 zł,
- ZUK w Warce z ceną 676 407,91 zł.

W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz odebranych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK). W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił rodzaje odpadów, które wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować w ramach realizacji zamówienia.

Zakres zamówienia precyzuje Tabela kosztorysowa stanowiąca Załącznik nr 1a do SWZ. W tabeli zostały wymienione wszystkie rodzaje odpadów podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu. W puste pola tabeli wykonawcy wpisywali ceny za odbiór zagospodarowanie konkretnych grup odpadów.

Zgodnie z treścią Tabeli — w zakres zamówienia wchodzi m.in.: odbiór i zagospodarowanie odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek (pkt 14 Tabeli kosztorysowej).

Z zaświadczenia wykonawcy ZUK w Warce (wydanego przez Wójta Gminy Magnuszew nr 5/2012/2022/Zm o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości) - nie wynika, że posiada on uprawnienie do odbioru i zagospodarowania tej grupy odpadów.

Ponadto cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę ZUK w Warce oraz ceny jednostkowe zaoferowanych w pozycjach nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 Tabeli kosztorysowej wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia.

Mimo tych okoliczności Zamawiający nie wezwał wykonawcy ZUK w Warce do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym wyjaśnień rażąco niskich cen jednostkowych — stanowiących istotną część składową ceny całkowitej.

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZUK w Warce, podczas gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował odbiór od właścicieli nieruchomości odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji

i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek (pkt 14 Tabeli kosztorysowej). podczas gdy wykonawca nie posiada uprawnień do odbioru od właścicieli nieruchomości tych odpadów:

Oferta wykonawcy ZUK w Warce pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim zaoferował on odbiór od właścicieli nieruchomości frakcji odpadów, na której odbiór nie posiada odpowiednich uprawnień. Powoduje to, iż nie może on należycie zrealizować przedmiot zamówienia, bowiem nie może realizować składającej się na zamówienie czynności odbioru tej frakcji odpadów od właścicieli nieruchomości.

Zamawiający w ramach załącznika nr 1a do SWZ pn. „Tabela kosztorysowa” — w części „Odbiór odpadów w Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK)” w pozycji nr 14 — wymagał podania przez wykonawców ceny za tę frakcję odpadów.

Jednocześnie Zamawiający w ramach pkt 1 ppkt 9 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia określił, iż usługa w zakresie zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych odbywać się ma zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach oraz ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6.03.2018 r. - Prawo przedsiębiorców. Z kolei wedle przepisu art. 43 ust. 1 Prawa przedsiębiorców jeśli dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeśli spełnia warunki określone tymi przepisami i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej:

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w przepisie art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gdzie określono iż przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości - jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Jednocześnie należy mieć na względzie, iż zgodnie z przepisem art. 9b ust. 4 pkt 4 ustawy w przedmiotowym rejestrze zamieszcza się określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych.

Na tle powyższych regulacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wykonawca, którego wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie obejmuje danej frakcji odpadów — nie może wykonywać czynności w zakresie odbioru i zagospodarowania tych odpadów.

W takich okolicznościach wykonawca ZUK w Warce zaoferował odbiór i zagospodarowanie odpadów oznaczonych jako ex 20 01 99 - odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek.

Tymczasem wpis tego wykonawcy do prowadzonego przez Wójta Gminy Magnuszew rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie obejmuje frakcji odpadów oznaczonych jako ex 20 01 99 - odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek.

Znajduje to potwierdzenie w treści wydanego przez Wójta Gminy Magnuszew zaświadczenia nr 5/2012/2022/Zm o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w którym określono zakres uprawnień tego wykonawcy odnośnie do rodzajów odbieranych odpadów komunalnych, gdzie we frakcji ex 20 01 99 *wskazano „Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny”*.

Z przedmiotowego zaświadczenia wynika posiadanie przez wykonawcę ZUK w Warce uprawnień do odbioru od właścicieli nieruchomości w zakresie grupy odpadów oznaczonej ex 20 01 99. Jednak odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek — jako odrębna podgrupa w ramach grupy ex 20 01 99 — wymaga wskazania w treści zaświadczenia. Niewymienienie tej grupy z nazwy w treści zaświadczenia - jest jednoznaczne z brakiem uprawnień na odbiór i zagospodarowanie odpadów do niej przypisanych.

Kwalifikacja odpadów ex 20 01 99 - odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek - do odrębnej podgrupy w ramach odpadów o kodzie 20 01 99 znajduje potwierdzenie chociażby w stanowisku Ministerstwa Środowiska, Departamentu Gospodarki Odpadami z dnia 8.05.2017 r. skierowanym do Dyrektora Departamentu Higieny Środowiska Głównego Inspektoratu Sanitarnego.

W stanowisku tym stwierdzono, iż odpady typu igły, strzykawki lub podobne, powstające w gospodarstwach domowych powinny być klasyfikowane w grupie 20, a w celu ich prawidłowego zaklasyfikowania należy zastosować kod ex 20 01 99 — np. odpady wytworzone podczas iniekcji domowych (zużyte igły, strzykawki). Jednocześnie wskazano,

iż w stanie prawnym na moment udzielenia odpowiedzi nie była możliwa inna klasyfikacja odpadów powstających w domu w wyniku przeprowadzenia badań stężenia cukru we krwi, odpadów igieł do penów czy też odpadów ampułko — strzykawek.

Odwołujący wskazał, że należy za sobą zestawić treść zaświadczenia nr 5/2012/2022/Zm o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydanego przez Wójta Gminy Magnuszew (dotyczącego wykonawcy ZUK w Warce) oraz zaświadczenia nr 13/2014/2020/Zm o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydanego przez Wójta Gminy Magnuszew (dotyczącego Odwołującego).

Z zestawienia treści zaświadczeń wynika, że w przypadku prowadzonego przez Wójta Gminy Magnuszew rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości — gdy wykonawca posiada uprawnienia do odbioru od właścicieli nieruchomości odpadów o frakcji ex 20 10 99 odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek - to informacja w tym zakresie zamieszczona jest w rejestrze.

Wykonawca ZUK w Warce — w treści Formularza ofertowego – wskazał, że wykona zamówienia samodzielnie, bez udziału podwykonawców oraz że nie będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego. Zatem wykonawca ZUK w Warce zaoferował zrealizowanie odbioru od właścicieli nieruchomości przedmiotowej frakcji odpadów, mimo iż nie posiada on odpowiedniego uprawnienia do odbioru tych odpadów, zatem nie będzie mógł wykonać zamówienia zgodnie z jego warunkami ustanowionymi przez Zamawiającego. W tym stanie rzeczy Odwołujący uważa, że oferta wykonawcy ZUK w Warce podlega odrzuceniu - jako niezgodna z warunkami zamówienia - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUK w Warce do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz istotnych części składowych ceny, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że zarówno cena całkowita jak również istotne części składowe ceny. tj. ceny jednostkowe zaoferowanych w pozycjach nr 2, 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10, 11. 17. 19 Tabeli kosztorysowej — wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Stosownie do postanowień rozdziału XV pkt 3 i 4 SWZ Zamawiający określił, iż cena oferty ma uwzględniać całokształt kosztów realizacji zamówienia oraz jest ceną ostateczną.

Tymczasem zaoferowane przez Wykonawcę ZUK w Warce ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia - nie obejmują wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia tj. odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów.

Kluczowe jest, iż ceny jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie konkretnych frakcji odpadów stanowią istotne składowe ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp, a zatem samodzielnie podlegają badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny. Świadczy o tym przede wszystkim sposób rozliczeń między wykonawcą a Zamawiającym określony postanowieniami wzoru umowy (załącznik nr 10 do SWZ, par. 10 ust. 1 i 2 wzoru umowy), zgodnie z którym rozliczenie następuje w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w Tabeli kosztorysowej. To właśnie wskazane ceny jednostkowe powodują, że wykonawca ZUK w Warce zaoferował ofertę na tak niskim poziomie cenowym. Gdyby ceny w tych pozycjach miały charakter realny — cena całkowita oferty byłaby zbliżona do oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej opowiedziano się za zasadnością zbadania ogólnej ceny oferty, jak również jej istotnych części składowych - pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny- gdy istnieją w tym zakresie wątpliwości (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.09.2014 r., sygn. akt KIO 1844/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.01.2020 r., sygn. akt KIO 51120; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2018 r., sygn. akt KIO 488/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.04.2021 r., sygn. akt KIO 904/21). Zatem poza badaniem ogólnym ceny całkowitej oferty, również każda z zaniżonych cen jednostkowych powinna podlegać badaniu pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Rażąco niskie istotne części składowe ceny w ofercie wykonawcy ZUK w Warce dotyczą w ocenie Odwołującego pozycji nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 Tabeli kosztorysowej. Ceny zaoferowane w tych pozycjach Tabeli kosztorysowej nie pokrywają nawet podstawowych kosztów (cen) odbioru odpadów przez instalacje do odbioru odpadów, nie mówiąc o pozostałych kosztach związanych z ich obsługą i zagospodarowaniem — w szczególności kosztów pracy i transportu odpadów. Znajduje to potwierdzenie w okolicznościach, że niektóre ceny zaoferowane przez wykonawcę ZUK w Warce są niższe od cen odbioru odpadów w instalacjach wskazanych przez tego wykonawcę w Wykazie instalacji, względnie są do nich zbliżone. Jednocześnie niektóre ceny zaoferowane przez wykonawcę ZUK w Warce są znacznie niższe niż ceny zaoferowane przez Odwołującego — mimo że w cenach tych należało uwzględnić również koszty pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia, koszty zabezpieczenia BHP pracowników oraz koszty transportu odpadów (a w tym najbardziej znaczący koszt jakim jest koszt zakupu paliwa).

Odwołujący przedstawił porównanie cen oferowanych przez wykonawcę ZUK z Warce z cennikiem Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego RADKOM

Spółka z o.o. w Radomiu (dalej jako „RADKOM”) obowiązującym w 2023 r. (tj. w okresie kiedy zamówienie będzie realizowane). Wykonawca ZUK w Warce wskazał w formularzu ofertowym RADKOM jako instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, do której będzie przekazywał odebrane odpady komunalne:

a) Pozycje nr 6 i 17 Tabeli kosztorysowej - Odbiór i zagospodarowanie - meble i inne odpady wielkogabautowe + opony:

Cena oferowana przez ZUK w Warce: - 580,00 zł netto:

Cena RADKOM - 800,00 zł netto, 864,00 zł brutto:

Cena zaofertowana przez Odwołującego - 1 200,00 zł netto

Różnica między ceną zaofertowaną przez ZUK w Warce, a średnią ceną złożonych ofert wynosi 35%.

b) Pozycje nr 2 i 8 Tabeli kosztorysowej - Odbiór i zagospodarowanie — szkło:

Cena oferowana przez ZUK w Warce: - 280,00 zł netto

Cena RADKOM - 242,00 zł netto, 261,36 zł brutto.

Cena Oferowana przez Odwołującego: 800,00 zł netto

Różnica między ceną zaofertowaną przez ZUK w Warce, a średnią ceną złożonych ofert wynosi 48%.

c) Pozycje nr 3 i 9 Tabeli kosztorysowej - Odbiór i zagospodarowanie – tworzywa sztuczne, metale i odpady opakowaniowe wielomateriałowe:

Cena oferowana przez ZUK w Warce: - 300,00 zł netto

Cena RADKOM - 234,00 zł netto, 252,72 zł brutto

Cena oferowana przez Odwołującego - 1000,00 zł netto

Różnica między ceną zaofertowaną przez ZUK w Warce, a średnią ceną złożonych ofert wynosi 54%.

d) Pozycje nr 4 i 10 Tabeli kosztorysowej — Odbiór i zagospodarowanie — papier:

Cena oferowana przez ZUK w Warce: - 300,00 zł netto

Cena RADKOM - 242,00 zł netto, 261,36 zł brutto:

Cena oferowana przez Odwołującego: - 1000,00 zł netto

Różnica między ceną zaofertowaną przez ZUK w Warce, a średnią ceną złożonych ofert wynosi 54%.

e) Pozycje nr 5 i 11 - Odbiór i zagospodarowanie — bioodpady:

Cena oferowana przez ZUK w Warce: - 500,00 zł netto

Cena RADKOM - 324,00 netto, 372,00 zł netto / 349,92 zł brutto, 401,76 zł brutto:

Cena oferowana przez Odwołującego: - 1000,00 zł netto

Różnica między ceną zaofertowaną przez ZUK w Warce, a średnią ceną złożonych ofert wynosi 33%.

f) Pozycja nr 7 - Odbiór i zagospodarowanie - popiół i żużel:

Cena oferowana przez ZUK w Warce: - 200,00 zł

Cena RADKOM - netto 771,65 zł netto, 115,00 zł netto / 833,38 zł brutto, 124,20 zł brutto:

Cena oferowana przez Odwołującego: - 800,00 zł

Różnica między ceną zaoferowaną przez ZUK w Warce, a średnią ceną złożonych ofert wynosi 60%.

g) Pozycja nr 19 — Odbiór i zagospodarowanie - odpady budowlane i rozbiórkowe:

Cena oferowana przez ZUK w Warce: - 242,00 zł

Cena RADKOM — netto 242,00 zł netto, 261,36 zł brutto:

Cena oferowana przez Odwołującego: - 1000,00 zł

Tak znaczna różnica między cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez wykonawcę ZUK w Warce a średnią cen zaoferowanych w postępowaniu powinna prowadzić do zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej sposób wyliczenia ceny. Odwołujący przytoczył orzeczenia KIO, które popierają jego stanowisko: wyrok z dnia 1.06.2021 r. sygn. akt KIO 700/21; 736/21; KIO 771/21; KIO 778/21; KIO 780/21; KIO 781/21; KIO 784/21 836/21, w myśl którego zamawiający nie może odstąpić od wyjaśnienia cen jednostkowych tylko dlatego, że ogólna wartość oferty nie przekracza progu 30% w stosunku średniej cen złożonych ofert.

Analiza wskazanych w odwołaniu cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę ZUK w Warce skłania do wniosku, że nie zapewniają one możliwości należytego wykonania zamówienia — zgodnego z wymogami ustanowionymi przez Zamawiającego.

Uwzględniając:

- okoliczność, że zamówienie realizowane będzie w okresie od dnia 2.01.2023 r. do dnia 29.12.2023 r. (par. 2 ust. 1 wzoru umowy),
- obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących prace objętych zakresem zamówienia, w tym prac fizycznych oraz sprzętu (par. 14 ust. 1 wzoru umowy),
- wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r. (dwukrotny wzrost stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r., tj. od 1 stycznia — 3490 zł brutto, od 1 lipca — 3600 zł brutto),
- zasoby, które muszą być zaangażowane do zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia (w tym zasoby ludzkie i sprzętowe),
- koszty paliwa wykorzystywanego przez pojazdy odbierające odpady (utrzymujące się na wysokim poziomie, a które dodatkowo wzrosną po wycofaniu zerowej stawki podatku VAT na paliwa w 2023 r.),
- koszty zagospodarowania odpadów w instalacjach (względnie koszty transportu do instalacji położonych w dalszej odległości),
- koszty utrzymania bazy magazynowo transportowej,
- koszty utrzymania i serwisu pojazdów,

- koszty zabezpieczenia pracowników realizujących usługi,
stwierdzić należy, że wysoce wątpliwe jest, aby wykonawca ZUK w Warce w zamian za wynagrodzenie wynikające z tych cen był w stanie należycie wykonać zamówienie.

Zatem cena oferty wykonawcy ZUK w Warce, jak i poszczególne ceny jednostkowe stanowiące istotne części składowe ceny budzą wątpliwości co do ich realności i możliwości zrealizowania za nie zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. W szczególności istnieją wątpliwości co do możliwości uwzględnienia w tych cenach kosztów pracy, kosztów zabezpieczenia BHP pracowników oraz kosztów transportu odpadów (a w tym kosztu zakupu paliwa). W tej sytuacji Zamawiający powinien co najmniej wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Przechodząc do szczegółowego omówienia kosztów, jakie przy uwzględnieniu postanowień szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy poniesie każdy wykonawca realizując przedmiotowe zamówienia, Odwołujący wskazał na co najmniej następujące koszty:

- do wykonania zadania potrzeba co najmniej 3 pełnych etatów (Odwołujący w swojej ofercie założył 3,5 etatu);
- koszt miesięczny pracodawcy za 1 etat wyniesie w 2023 r. (od stycznia do lipca) — około 4 204,75 zł, koszt jednego etatu na 1 dzień wyniesie 200,30 zł;
- w celu wykonania usługi odbioru odpadów od mieszkańców konieczne jest zaangażowanie co najmniej 1 pojazdu ciężarowego (śmieciarka), plus 1 kierowcy i 2 ładowaczy;
w przypadku odbioru odpadów z miejsc trudnodostępnych - konieczne jest zaangażowanie 1 pojazdu ciężarowego do 3,5t, plus 1 kierowca-ładowacz;
- w przypadku odbioru odpadów z PSZOK — konieczne jest zaangażowanie pojazdu ciężarowego typu hakowiec z przyczepą, plus 1 kierowca-ładowacz;
- średnia liczba kilometrów dla śmieciarki do pokonania na dzień wynosi - 135 km;
- rosnąca liczba wyjazdów śmieciarki — 231 wyjazdów;
- roczna liczba wyjazdów pojazdu do 3,5 t - 59 wyjazdów;
- wyjazdy pojazdu typu hakowiec z przyczepą na PSZOK, w miarę potrzeb, ale nie mniej niż 3 razy w miesiącu;
- średnie spalanie śmieciarka - 40 l/100km oleju napędowego;
- średnie spalanie pojazd 3,5t - 14l/100km oleju napędowego.

Dalej Odwołujący zauważył, iż wykonawca ZUK w Warce wskazał w ofercie możliwość zagospodarowania segregowanych odpadów w dwóch instalacjach w odległości około 50 km od Magnuszewa — miejsca świadczenia usług, tj. RADKOM sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu oraz PPHU LEKARO, Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka.

Odległość tych instalacji od miejsca wykonywania usług jest porównywalna, natomiast znaczna jest różnica w cenach przyjęcia odpadów do zagospodarowania oferowanych przez te instalacje.

Pozostałe dwie instalacje wskazane w ofercie wykonawcy ZUK w Warce są oddalone od miejsca świadczenia usług o odpowiednio 270 km (SKR w Kazimierzu Biskupim) i 350 km (FHU NATURA M. M. Bydgoszcz), co sprawia, że transport odpadów do tych instalacji generowałby dodatkowe koszty (koszt paliwa, koszt kierowcy).

Niemniej niezależnie od wyboru instalacji — ceny zaoferowane przez wykonawcę ZUK w Warce — nie pokrywają łącznie wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

W celu ukazania nierealności cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę ZUK w Warce, Odwołujący przedstawił przykłady oparte na danych wynikających z szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz doświadczenia Odwołującego:

a) Przykład nr 1 — odbiór i zagospodarowanie tworzyw sztucznych - gdzie realne koszty realizacji usługi przekraczają cenę podaną przez wykonawcę ZUK w Warce o 1092 48 zł netto:

Ceny zagospodarowania odpadów w instalacjach w roku 2023: Radkom 242 zł/Mg;

Koszty przykładowego przejazdu wykonawcy ZUK w Warce — zestawienie kosztów przejazdu do tańszej instalacji (Radkom) dla odpadu tworzywa sztuczne:

- Koszt paliwa na dystansie 135 km:

$40\text{l (średnie spalanie } 1/100 \text{ km)} \times 135\text{km (dystans do przejechania)} = 47,25\text{l}$

$47,25\text{l} \times 7,53\text{zł/l netto (cena za 1 litr oleju napędowego)} = 355,79 \text{ zł netto};$

Koszt pracowników:

$3 \text{ pracowników} \times 200,20 \text{ (koszt pracodawcy za 1 dzień pracy 1 pracownika przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę w 2023 r.)} = 600,60 \text{ zł netto};$

Koszt zagospodarowania odpadów:

$3,473 \text{ Mg (średnia wielkość zebranych odpadów z tworzyw sztucznych dla 1 przejazdu według szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia)} \times 242 \text{ zł/Mg (cena za odbiór 1 Mg odpadów w Radkom)} = 840,49 \text{ netto};$

Koszt worków:

$1250 \text{ szt.} \times 0,27 \text{ zł netto} = 337,50 \text{ zł netto};$

Przychód po stronie wykonawcy ZUK w Warce:

$3,473 \text{ Mg (średnia wielkość zebranych odpadów z tworzyw dla 1 przejazdu)} \times 300\text{zł netto/Mg (cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę ZUK w Warce)} = 1041,90 \text{ zł netto}$

Zestawienie kosztów z przychodem założonym przez wykonawcę ZUK w Warce:

(840,49 zł netto [koszt zagospodarowania odpadów w tańszej instalacji] + 337,50 netto [koszt worków] + 600,60 netto [koszt pracowników] + 355,79 netto [koszt paliwa]) = 2134,38 zł netto

1041,90 zł netto (przychód) - 2134,38 zł netto (koszty) = - 1092,48 zł

W konsekwencji cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę ZUK w Warce nie pokrywa realnych kosztów realizacji zamówienia w zakresie wywozu odpadów w postaci tworzyw sztucznych.

b) Przykład nr 2 — odbiór i zagospodarowanie szkła - gdzie realne koszty realizacji usługi przekraczają cenę podaną przez wykonawcę ZUK w Warce o 874,39 zł netto:

Ceny zagospodarowania odpadów w instalacjach w roku 2023: Radkom 242 zł/Mg;

Koszty przykładowego przejazdu wykonawcy ZUK w Warce — zestawienie kosztów przejazdu do tańszej instalacji (Radkom) dla odpadu szkło:

- Koszt paliwa na dystansie 135 km:

40l (średnie spalanie 1/100 km) x 135km (dystans do przejechania) = 47,25l

47,25l x 7,53zł netto (cena za 1 litr oleju napędowego) = 355,79 zł netto;

- Koszt pracowników:

3 pracowników x 200,20 (koszt pracodawcy za 1 dzień pracy 1 pracownika przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę w 2023 r.) = 600,60 zł netto;

- Koszt zagospodarowania odpadów:

Zagospodarowanie szkła 11,00 Mg (średnia wielkość zebranych odpadów szkła dla 1 przejazdu) x 242,00 zł/Mg (cena za odbiór 1 Mg odpadów w Radkom) = 2662,00 zł netto;

- Koszt worków:

1200 szt. x 0,28 zł netto/szt. = 336 zł netto;

- Przychód po stronie wykonawcy ZUK w Warce:

11 Mg (średnia wielkość zebranych odpadów z tworzyw dla 1 przejazdu) x 280 zł netto/Mg (cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę ZUK w Warce) = 3080,00 zł netto;

Zestawienie kosztów z przychodem założonym przez wykonawcę ZUK w Warce:

(2662,00 zł netto [koszt zagospodarowania odpadów w tańszej instalacji] + 336,00 zł netto [koszt worków] + 600,60 zł netto [koszt pracowników] + 355,79 zł netto [koszt paliwa]) = 3954,39 zł netto

3080,00 zł netto (przychód) — 3954,39 netto (koszty) = - 874,39 zł

W konsekwencji cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę ZUK w Warce nie pokrywa realnych kosztów realizacji zamówienia w zakresie wywozu odpadów w postaci szkła.

c) Przykład nr 3 — odbiór i zagospodarowanie papieru - gdzie realne koszty realizacji usługi przekraczają cenę podaną przez wykonawcę ZUK w Warce o 1100,27 zł netto:

Ceny zagospodarowania odpadów w instalacjach w roku 2023: Radkom 242,00 zł/Mg;

Koszty przykładowego przejazdu wykonawcy ZUK w Warce — zestawienie kosztów przejazdu do tańszej instalacji (Radkom) dla odpadu papier:

- Koszt paliwa na dystansie 135 km:

$40\text{l (średnie spalanie } 1/100 \text{ km)} \times 135\text{km (dystans do przejechania)} = 47,25\text{l}$

$47,25\text{l} \times 7,53\text{zł/l netto (cena za 1 litr oleju napędowego)} = 355,79 \text{ zł netto};$

- Koszt pracowników:

$3 \text{ pracowników} \times 200,20 \text{ (koszt pracodawcy za 1 dzień pracy 1 pracownika przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę w 2023 r.)} = 600,60 \text{ zł netto};$

- Koszt zagospodarowania odpadów:

$\text{Zagospodarowanie papieru } 1,24 \text{ Mg (średnia wielkość zebranych odpadów papieru dla 1 przejazdu)} \times 242,00 \text{ zł/Mg (cena za odbiór 1 Mg odpadów w Radkom)} = 300,08 \text{ zł netto}$

- Koszt worków:

$800 \text{ szt.} \times 0,27 \text{ zł/szt.} = 216,00 \text{ zł netto}$

- Przychód po stronie wykonawcy ZUK w Warce:

$1,24 \text{ Mg (średnia wielkość zebranych odpadów z tworzyw dla 1 przejazdu)} \times 300 \text{ zł netto/Mg (cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę ZUK w Warce)} = 372,20 \text{ zł netto};$

- Zestawienie kosztów z przychodem założonym przez wykonawcę ZUK w Warce:

$(300,08 \text{ zł netto [koszt zagospodarowania odpadów w tańszej instalacji]} + 216,00 \text{ zł netto [koszt worków]} + 600,60 \text{ zł netto [koszt pracowników]} + 355,79 \text{ zł netto [koszt paliwa]}) = 1472,47 \text{ netto}$

$372,20 \text{ zł netto (przychód)} - 1472,47 \text{ zł netto (koszty)} = - 1100,27 \text{ zł}$

W konsekwencji cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę ZUK w Warce nie pokrywa realnych kosztów realizacji zamówienia w zakresie wywozu odpadów w postaci szkła.

Niezależnie także od przywołanych przykładów, wykonawca ZUK w Warce poniesie również koszty związane z prowadzoną działalnością, które należy w kalkulować w cenę oferty, a które wynikają z przepisów prawa, w szczególności z przepisów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11.01.2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122). Do obowiązków podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, zgodnie z przepisami rozporządzenia należy m.in. posiadanie bazy magazynowo transportowej (wyposażonej w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych), posiadanie odpowiednich pojazdów oraz utrzymanie urządzeń i pojazdów w odpowiednim stanie sanitarnym (par. 2, par. 3, par. 4 rozporządzenia)

Na szczególną uwagę zasługują obowiązki, które generują największe koszty po stronie wykonawcy, należą do nich:

- Obowiązek posiadania pojazdów (łącznie co najmniej pięciu):

- a. co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych,
 - b. co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych,
 - c. co najmniej jednego pojazdu do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej;
- Obowiązek posiadania bazy magazynowo-transportowej

Wykonawca ZUK w Warce w treści formularza ofertowego wskazał na posiadanie dwóch takich baz, pod adresami - ul. Grójecka 24, ul. Fabryczna 41, 05-660 Warka;

- Obowiązek zapewnienia na terenie bazy magazynowo-transportowej urządzeń do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania;

- Obowiązek utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń.

Wszystkie z powyższych kosztów wykonawca ma obowiązek uwzględnić w cenie swojej oferty. Nieprawidłowe są ewentualne twierdzenia wykonawcy, że koszty te nie są bezpośrednio powiązane z konkretnym zamówieniem. Ponoszenie tych kosztów jest konieczne do zrealizowania zamówienia, zatem powinny zostać one uwzględnione w cenie oferty dokładnie w takim zakresie, w jakim zostaną one poniesione w związku ze świadczeniem usługi w ramach tego konkretnego zamówienia. Przykładowo, jeżeli jedynym źródłem dochodu Wykonawcy jest jedna umowa na wywóz odpadów — to powyższe koszty powinny być w całości wkalkulowane w wartość wynagrodzenia wykonawcy, przysługującego mu z tytułu wykonywania tej umowy.

W tych okolicznościach, w celu ustalenia czy oferta wykonawcy ZUK w Warce zawiera rażąco niską cenę i rażąco niskie części składowe ceny — konieczne jest wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. W szczególności istotne jest wyjaśnienie cen jednostkowych we wskazanych w odwołaniu pozycjach, bowiem jak wynika z opisanych okoliczności — ceny zaoferowane przez wykonawcę nie są wystarczające do zrealizowania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w dokumentach zamówienia.

III. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę ZUK w Warce jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż podlegają ona odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu:

Zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Gdyby Zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę wykonawcy ZUK w Warce — zostałaaby ona odrzucona, względnie zostałaby on wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Wówczas to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta pozostaje ofertą najkorzystniejszą. W tych okolicznościach wybór oferty wykonawcy ZUK w Warce

Odwołujący uważa za nieprawidłowy. W związku z tym zasadne jest sformułowanie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym wniesienie odwołania Odwołujący uważa, za zasadne i konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, który zdaniem Odwołującego nie złożył ofertę z rażąco niską ceną, a przynajmniej w zakresie kalkulacji cenowej nie został wezwany do złożenia wyjaśnień, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, której wnosił o jego oddalenie.

Biorąc pod uwagę poczynione przez Izbę ustalenia, uznano, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w ocenie Izby nie potwierdził się.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, ZUK z siedzibą w Warce, na wezwanie Zamawiającego, złożył dokumenty podmiotowe, w tym dwa zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zaświadczenia zostały wydane przez Wójta Gminy Magnuszew. W zaświadczeniu z dnia 15 października 2012 roku podano, że wykonawca jest uprawniony do wykonywania działalności o określonych kodach. W dniu 18 listopada 2022 roku wydano zaświadczenie nr 5/2012/2022/Zm o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W pkt 4 zaświadczenia określono rodzaj odbieranych odpadów

komunalnych, w tym odpady o kodzie ex 20 01 99 (inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny) oraz o kodzie 20 01 99 (inne nie wymienione frakcje zbierane w sposób selektywny). Jednocześnie w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający podał, że wymaga odbierania odpadów z Punku Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) m.in. o kodzie odpadów: ex 20 01 99., natomiast w tabeli kosztorysowej wymagał podania ceny za odbiór odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, a także ceny za odbiór odpadów popiołu i żużla. Natomiast w ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał posiadania uprawnień do wykonywania działalności, gdzie wśród kodów odpadów nie wskazano frakcji 20 01 99.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający w stanowisku pisemnym celnie zauważył, że katalog odpadów wynikający z ustawy o odpadach i odpowiednich do niej rozporządzeń wykonawczych dla odpadów komunalnych zawarto w grupie 20-. Dla odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny przewidziano podgrupę 20 01 99. Katalog odpadów, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie przewiduje oddzielnej grupy dla odpadów określanych jako „domowe medyczne”, czyli głównie igieł i strzykawek, a także popiołu z gospodarstw domowych. Kod 20 01 99 obejmuje inne odpady, nie wymienione w innych grupach, zbierane w sposób selektywny. W kategoriach prawa materialnego nie istnieje żaden inny kod, który tworzyłby nową grupę dla frakcji odpadów wskazywanych przez Odwołującego. Za praktykę należy uznać wprowadzenie przez organy odpowiedzialne za wydawanie zaświadczeń o wpisie do rejestru dodatkowego oznaczenia „ex” z opisem przywołanym w odwołaniu. Izba uznaje, że jest to zjawisko raczej związane z potrzebą wykonywania sprawozdań dla odpowiednich organów niż problem natury prawnej. Może on wynikać z okoliczności, że część odpadów z grupy innych odpadów zbieranych selektywnie przyjmowana jest jedynie w P-szokach (strzykawki) a część w odpowiednio zabezpieczonych workach przez instalacje (popiół). Dostrzeżenia również wymaga, iż organy wydają zaświadczenia posługują się różnym opisem kodu oznaczonego jako ex 20 01 99.

W ocenie Izby kod 20 01 99 obejmuje różne odpady, których cechą wspólną jest ich zbieranie w sposób selektywny. Zatem kod ten odnosi się także do „medycznych odpadów domowych” i „popiołu z gospodarstw domowych”, ponieważ te podlegają odbiorowi selektywnemu i wystarczającym w ocenie Izby jest, jeżeli w wydanym zaświadczeniu o wpisie do odpowiedniego rejestru zaznaczono, że podmiot uprawniony jest do wykonywania działalności polegającej na odbiorze odpadów o kodzie ex 20 01 99, gdzie zaznaczono, iż dotyczy on innych odpadów zbieranych w sposób selektywny. Odwołujący

nie zaprzeczał, że zarówno „medyczne odpady domowe” i „popiół z gospodarstw domowych” podlegają zbiórce selektywnej. Tym samym jeżeli wydane zaświadczenie, które przedstawiono Zamawiającemu zawierało oznaczenie kodu ex 20 01 99, to taki podmiot uprawniony jest do odbiorów innych frakcji odpadów, w tym frakcji wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący zasadność zarzutów wywodził również z opisu przedmiotu zamówienia oraz budowy tabeli kosztorysowej. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia Izba nie doszukała się zamieszczenia przez Zamawiającego opisu dla kodu ex 20 01 99, czy też obowiązku odzwierciedlenia tego opisu w zaświadczeniu o wpisie do właściwego rejestru. W OPZ Zamawiający podał, że do obowiązków wykonawców będzie należało odbieranie odpadów o tym kodzie z PSZOK. Zdaniem Izby w takim przypadku Zamawiający musiał uznać każde zaświadczenie, w którym taki kod ujęto, bez względu na jego opis, jeżeli opis ten nie wynika z przepisów prawa. W przypadku zaś tabeli kosztorysowej Zamawiający nie posługiwał się kodami, a opisem poszczególnych grup odpadów. Zauważyć należy, iż nie do każdej z grup wskazanych w tabeli kosztorysowej można przypisać określony kod i opis przedmiotu zamówienia nie został odzwierciedlony w tabeli w postaci przełożenia kodów na opis grup odpadów. Kody podane w OPZ i opis podany w tabeli stanowią dwa zbiory, oczywiście odpowiadające sobie ale nie w taki sposób, że jeden kod z opisu przedmiotu zamówienia odpowiada opisowi z tabeli kosztorysowej.

Z tych względów Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 239 ustawy Pzp w ocenie Izby potwierdziły się.

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.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w postępowaniu nie zachodziły przesłanki określone w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, więc Zamawiający nie był zobowiązany wzywać ZUK Warka do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, bowiem nie został przekroczony próg 30 % różnicy między wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Także Odwołujący z tezą nie polemizował.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że w ocenie Izby Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie uprawdopodobnił, że ceny jednostkowe istotnych części składowych przedmiotu

zamówienia powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do wykonania przedmiotu zamówienia należycie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „(...) zapoznał się z możliwościami wykonania usługi przez Wykonawcę ZUK Warka Sp. z o.o. wnikliwie zbadał ofertę, wymagany tabor oraz zaplecze techniczne. Wybrany Wykonawca posiada własną stację przeładunkową, sortownię wyposażoną w urządzenia m.in. prasa belująca, perforator i inne, co umożliwia firmie zmniejszenie kosztów transportu odpadów wywożonych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Radomiu i uzyskiwanie przychodów ze sprzedaży zbelowanych i posortowanych frakcji odpadów. Ponadto ZUK Warka Sp. z o.o. posiada własny warsztat przeznaczony do naprawy pojazdów oraz koncesjonowaną stację paliw na terenie swojej bazy. Dodatkowo z centralnego miejsca Gminy Magnuszew do granic miasta Warka jest zaledwie 15 km, co znacząco wpływa na kosztu transportu i obsługi”. Twierdzenia te należy jednak uznać za niezajdujące oparcia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby wnioski, które przedstawia Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, bez bliższej znajomości sposobu konstrukcji poszczególnych cen jednostkowych w ofercie ZUK Warka można uznać jedynie za przypuszczenia i domniemania samego Zamawiającego. Nie są to wnioski, które można wysnuwać bez zapoznania się z wyjaśnieniami samego wykonawcy, tylko na podstawie treści samej oferty. Zamawiający nie może z góry zakładać, że dysponowanie określonym sprzętem, czy posiadanie sortowni tak znacząco wpływa na cenę jednostkową, że pozwala ją obniżyć do poziomu z oferty Wykonawcy. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku uzyskiwania przychodów ze sprzedaży odzysku z odpadów. Bez szczegółowej wiedzy o poziomie osiąganego zysku z tego typu sprzedaży trudno jest dywagować, czy możliwe jest obniżenie ceny jednostkowej do poziomu przedstawionego w ofercie ZUK Warka. A jak celnie zauważył Odwołujący, koszty transportu i obsługi odbioru odpadów celem przekazania ich do tej samej instalacji, z której wykonawcy zamierzają korzystać, w przypadku zbliżonego położenia obu podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia nie mogą różnić się aż tak znacząco, że możliwe było obniżenie poziomu cen jednostkowych z oferty.

Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do argumentacji, że przypadku pewnych frakcji cena oferowana przez ZUK Warka jest niższa niż cena, za którą odpady przyjmie instalacja podana w ofercie ZUK. Być może Wykonawca ZUK jest w trakcie negocjacji stawek z instalacją, być może już te niższe stawki wynegocjował, być może znalazł inną instalację, przy korzystaniu z której mógł on obniżyć cenę. Niestety informacje te nie są Zamawiającemu w żaden sposób znane, a w ocenie Izby nie mogą one podlegać spekulacjom, choćby z uwagi na konieczność uwzględnienia w cenie innych kosztów określonych przepisami odrębnymi, jak choćby koszty pracy, czy koszty paliwa a także

z uwagi na zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców.

Izba uważa, że Odwołujący przedstawił wiarygodne dowody, choćby w postaci wyliczeń własnych bazujących na cennikach wskazanej w ofercie ZUK instalacji, na to, że Zamawiający powinien powziąć co najmniej uzasadnione wątpliwości co do stawki jednostkowej w ofercie Wykonawcy ZUK we wskazanych pozycjach tabeli kosztorysowej. Tylko bowiem wystąpienie uzasadnionych wątpliwości, ich zidentyfikowanie, obligowałyby Zamawiającego do wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że wątpliwości mogą budzić stawki wskazane w pozycjach 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 tabeli kosztorysowej, co zostało klarownie rozpisane i poddane analizie w odwołaniu w odniesieniu do niezbędnych kosztów, które uwzględnić należy w cenie jednostkowej. Zamawiający do elementów tych nie odniósł się ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie. Odwołujący trafnie także zidentyfikował czynniki, które wpływać powinny na cenę jednostkową, w szczególności obowiązek zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę, koszty paliwa, koszty transportu, obowiązek zapłaty pracownikom co najmniej najniższego wynagrodzenia, obowiązek posiadania i utrzymania odpowiedniej bazy i sprzętu. Nie są to czynniki marginalne ale właśnie takie, które w największym stopniu wpływają na cenę jednostkową. Tymczasem Zamawiający swoje stanowisko, że ceny zostały skalkulowane właściwie, z uwzględnieniem wszystkich czynników, oparł raczej na domysłach i domniemaniach, niż okolicznościach realnie wykazanych.

Dodatkowo podkreślenia wymaga okoliczność, na którą wskazywano w odwołaniu, mianowicie sposób rozliczenia przyjęty dla zamówienia. Zamawiający będzie rozliczał się z wybranym wykonawcą według cen jednostkowych, tym samym to one mają decydujące znaczenie dla badania zjawiska rażąco niskiej ceny, a nie cena globalna oferty. W tym właśnie aspekcie Zamawiający powinien zbadać realność ceny oferty danego wykonawcy.

Reasumując, stwierdzić należy, że Odwołujący, wykazał, że istnieją podstawy do zastosowania procedury wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w ramach której Zamawiający powinien zbadać czy wykonawca ZUK Warka uwzględnił w cenach jednostkowych poszczególnych pozycji tabeli kosztorysowej wszystkie elementy kosztotwórcze niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z tych powodów Izba uznała także zasadność zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie procesu badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy ZUK Warka do wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny, w szczególności odnośnie do cen

jednostkowych zaoferowanych w pozycjach nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19 tabeli kosztorysowej.

Izba nie uznała zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba pragnie podkreślić, że możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje właśnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, wówczas ofertę należy odrzucić. Ocena, czy zaoferowana cena jest wiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w częściach 1/2 (zarzuty podzielono na dwie główne grupy: dotyczące potwierdzenia spełnienia warunków wykonania przedmiotu zamówienia i złożenia oferty z rażąco niską ceną).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł, oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 075 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 10 575,00 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 10 575, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 1/2 kwoty całości kosztów postępowania odwoławczego, czyli kwoty 5 287,50 zł. Zamawiający nie poniósł

kosztów, podczas gdy winien je ponieść w wysokości 5 287,50 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 287,50 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:

.....