

WYROK

z dnia 14 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Lecha 10; 41-800 Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wojkowice, ul. Jana III Sobieskiego 290A; 42-580 Wojkowice**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o., ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Kluczevska 2; 32-300 Olkusz**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Lecha 10; 41-800 Zabrze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Lecha 10; 41-800 Zabrze**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Lecha 10; 41-800 Zabrze** na rzecz zamawiającego **Gmina Wojkowice, ul. Jana III Sobieskiego 290A; 42-580 Wojkowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wojkowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Wojkowice w okresie od 1 września 2020 r. do dnia 28 lutego 2022 r.*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 czerwca 2020 r., pod nr 2020/S 121-296463.

Dnia 10 sierpnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 20 sierpnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na: zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – konsorcjum ALBA, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, wyborze oferty wykonawcy – konsorcjum ALBA, jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, podczas gdy jego oferta winna zostać odrzucona. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum ALBA, jako zawierającej rażąco niską cenę,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy - konsorcjum ALBA, jako najkorzystniejszej, pomimo, że jego oferta winna zostać odrzucona.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 sierpnia 2020 r.,
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy - konsorcjum ALBA,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez odwołującego,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (radcy prawnego) reprezentującego odwołującego w postępowaniu odwoławczym,

odwołujący zastrzegł sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie,
6) przeprowadzenie dowodów za wnioskowanymi w treści odwołania.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy - konsorcjum ALBA, pomimo, że oferta złożona przez tego wykonawcę winna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską ceną. W sytuacji, gdyby zamawiający postąpił zgodnie z prawem, tj. gdyby zgodnie z art. 89. ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odrzucił ofertę wykonawcy - konsorcjum ALBA, to oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. W rezultacie zamawiający zawarłby z odwołującym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że wskutek działań zamawiającego, odwołujący został pozbawiony realnej możliwości uzyskania zamówienia, a przez to poniósł lub może ponieść szkodę. Wobec tego odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie oferta przystępującego winna zostać odrzucona z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona cenę rażąco niską. Z uwagi na szereg szczególnych dla odwołującego warunków realizacji przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, sposób kalkulacji ceny ofertowej dla niego oraz przystępującego różnią się w istotnym stopniu, co czyni oferty nieporównywalnymi. Odwołujący, będący jednocześnie podmiotem świadczącym dotychczas usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Wojkowice, nie będzie musiał ponieść części kosztów związanych z przygotowaniem, do świadczenia usług jak chociażby koszt zakupu i rozstawienia pojemników.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wskazał, że przystępujący dokonał kalkulacji ceny ofertowej, w odniesieniu do jej istotnego elementu, jaki stanowi cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zbieranych selektywnie w sposób rażąco niski, tj. nieuwzględniający istotnych elementów kosztowych, a w konsekwencji niepozwalający na należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia publicznego. Zgodnie z kalkulacją załączoną przez przystępującego do formularza ofertowego, dla pozycji „Cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zbieranych selektywnie”, wskazał on wynagrodzenie netto za odbiór 1 Mg odpadów w wysokości 569,00 zł, co daje wartość ofertową netto w skali 18 miesięcy na poziomie 1.167.588,00 zł brutto. Przedmiotowa pozycja cenowa stanowi zatem około 30% całej ceny ofertowej, musi zatem zostać uznana za istotny jej element. W odniesieniu do przedmiotowej pozycji cenowej odwołujący wskazał, że na prawidłową kalkulację tejże pozycji winny złożyć się następujące elementy, w stosunku do których odwołujący wskazuje uśrednione koszty jednostkowe, przy czym w szczególności w odniesieniu do kalkulacji kosztów pracowniczych, przyjęte wartości wynikają z oznaczonych w s.i.w.z. wymogów, co do formy zatrudnienia, obowiązujących przepisów prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz posiadanych przez

odwołującego danych dotyczących średniego wynagrodzenia na właściwych stanowiskach w regionie śląskim, pozostałe koszty zaś stanowią uśrednione koszty świadczenia usług, w tym ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki ich świadczenia na terenie Gminy Wojkowice. W ocenie odwołującego, minimalny koszt zbierania i logistyki odpadów do instalacji, celem ich zagospodarowania wynosi 264,00 zł.

Powyższy koszt należy powiększyć o koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych w instalacji, który średnio dla tego regionu wynosi 422,00 zł.

Zestawiając powyższe dane z danymi przedstawionymi w ofertach cenowych przystępującego oraz odwołującego odwołujący podniósł, że zaoferowana przez odwołującego cena za odbiór odpadów zbieranych selektywnie w żadnym razie nie pozwala nawet na pokrycie podstawowych kosztów świadczenia tejże usługi.

Kalkulację w tym zakresie, odwołujący przedstawił tabelarycznie w odwołaniu.

Jak wynika z rzeczonych wyliczeń, przedstawiona przez przystępującego cena dla odbiór 1 Mg jest ceną nierealną. Przedstawiona cena ofertowa nie pozwalałaby na pokrycie kosztów z tym związanych, jako taka winna zaś zostać uznana za cenę rażąco niską. Przeliczając bowiem wyżej oznaczone brakujące wartości kwotowe w stosunku do założonej dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej ilości odpadów zbieranych selektywnie jaka ma zostać odebrana z terenu miasta Gminy Wojkowice tj. 1900 Mg, to cena wykonawcy winna być odpowiednio wyższa o wartość co najmniej 222.300,00 zł.

Powyższa kalkulacja obejmuje zaś wyłącznie koszty realizacji przedmiotowej usługi, tj. z wyłączeniem kalkulacji nawet minimalnej marży. W tym stanie rzeczy nie może budzić wątpliwości, że zaoferowana cena tj. jej istotny element w postaci ceny na odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie ma charakter rażąco niski, albowiem przyjęte przez przystępującego koszty realizacji tej usługi, wysokość brakującej części kosztów, musi zaś zostać uznana za istotną, mowa bowiem o kwocie co najmniej 222.300,- zł netto, co stanowi ponad 6% ceny oferowanej.

Niezależnie od powyższego, na poparcie wyżej wskazanych twierdzeń, w załączeniu do odwołania odwołujący przedłożył inną ofertę złożoną przez przystępującego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości gminy Łazy, na których zamieszkują mieszkańcy”. Przystępujący, dla tego samego przedmiotowo rodzaju usług, które świadczone mają być na terenie Gminy o zbliżonej wielkości i charakterystyce, dodatkowo w tożsamym niemalże okresie czasu, na terenie której przystępujący świadczy już usługi jako dotychczasowy wykonawca umowy o zamówienie publiczne, zaoferował cenę na poziomie 715,00 zł netto, tj. nie tylko przewyższającą wartość zaoferowaną dla tożsamej pozycji o 146,00 zł, ale przewyższającą nawet wartość realizacji tej usługi zaoferowaną przez odwołującego. Powyższe w ocenie odwołującego dobitnie podkreśla, że zaoferowana

w postępowaniu cena za usługę odbioru i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie jest rażąco zaniżona, tj. do poziomu niepozwalającego na pokrycie kosztów jej realizacji.

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

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum ALBA, którzy złożyli pismo procesowe w sprawie z wnioskiem o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba, dzieląc stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, zarówno te wyrażone w pismach procesowych oraz ustnie na rozprawie stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym, mimo brzmienia art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie wyklucza obowiązku dowodowego po stronie odwołującego. W przedmiotowym

postępowaniu odwoławczym odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu, a całą swoją argumentację opiera na kalkulacjach własnych, co w ocenie Izby nie jest wystarczające do udowodnienia okoliczności podnoszonych w odwołaniu. Odwołujący kwestionuje bowiem możliwość zaoferowania przez przystępującego ceny w zakresie jednej z frakcji odpadów dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, przedstawiając kalkulację kosztową, która została ustalona na poziomie takim, jaki odwołujący przewiduje ponieść, realizując ten rodzaj frakcji odpadów. Sam fakt, iż odwołujący przewiduje poniesienie kosztów na określonym poziomie nie może automatycznie stanowić zasadnej argumentacji, iż przystępujący poniesie koszty na takim samym poziomie, albowiem każdy z przedsiębiorców, realizujących analogiczne zamówienia charakteryzuje się odrębnością organizacyjno-logistyczną umożliwiającą mu zoptymalizowanie kosztów w wysokości *stricte* indywidualnym, przypisanym danemu przedsiębiorcy. Teza taka może zostać postawiona, albowiem przystępujący na rozprawie przedłożył dowód (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), z którego jasno wynika, jaki poziom cenowy jest możliwy do osiągnięcia dla przystępującego w zakresie kwestionowanej frakcji odpadów. Poziom ten jest o wiele niższy niż wskazywany przez odwołującego. Nie bez znaczenia jest bowiem okoliczność, iż przystępujący korzysta z instalacji zagospodarowania odpadów stanowiącej własność spółek grupy ALBA, która to zależność pozwala na optymalizację kosztów, a ceny te, wg. oświadczenia przystępującego, kształtują się na poziomie około 60 % kwoty wskazanej przez odwołującego jako „średnia dla regionu”.

Jak słusznie podniósł zamawiający, nieuprawnione jest również porównywanie ofert dotyczących Wojkowic i Łazów, gdyż gminy te nie mają zbliżonej wielkości i charakterystyki. W Wojkowicach mieszka 9.078 osób, na powierzchni 12,7 km², wchodzą w skład Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii, czyli terenów uprzemysłowionych. Z kolei w Łazach mieszka 6.965 osób, na powierzchni 8,6 km², są położone na terenach rolniczych. W Wojkowicach mieszka o 23 % więcej osób niż w Łazach, a ponadto Wojkowice mają powierzchnię o 32 % większą niż Łazy. Inna jest też charakterystyka obu gmin, stąd zarzuty odwołującego dotyczące oferty przystępującego złożonej w innym postępowaniu (gmina Łazy) uznać należało za niezasadne.

Kolejną okolicznością przemawiającą za bezzasadnością stawianych zarzutów jest fakt, iż odwołujący w postępowaniu pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Wojkowice w okresie od 1 lipca 2020 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.” znak: WIDM-271.16.2020 prowadzonym w miesiącach wiosennych 2020 roku (złożenie ofert 21 maja 2020 r.), zaoferował odbiór odpadów komunalnych selektywnie zebranych za kwotę 524,00 zł/Mg (dowód: oferta odwołującego). Ponadto odwołujący w dniu 12 czerwca 2020 roku zawarł z zamawiającym umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdzie cena za odbiór odpadów

komunalnych selektywnie zebranych wynosi: 550,20 zł/Mg (dowód: umowa z dnia 12 czerwca 2020 roku numer WIO.272.35.2020).

Obydwie ceny są niższe, niż zaoferowana przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, co jednoznacznie przeczy zarzutom odwołania. Szczególnie kwota zaoferowana w toku negocjacji z wolnej ręki, którą odwołujący miał możliwość ukształtować będąc pozbawionym presji konkurentów, stanowi istotny dowód na realność zaoferowanej przez przystępującego ceny. Co istotne, umowa została zawarta 12 czerwca 2020 roku, zaś termin do złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 28 lipca 2020 roku. Zatem odstęp czasu pomiędzy obiema czynnościami był na tyle mały, że nie mogło dojść do zmiany cen z powodów instytucjonalnych ani nie zaszły istotne zmiany warunków rynkowych.

Dodatkowo na uwagę zasługuje fakt, iż całkowita cena zaoferowana przez przystępującego nie odbiega w sposób znaczący od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Cena przystępującego to 3 850 891,20 zł, cena odwołującego to 4 194 142,42 zł.

Średnia cena złożonych ofert wynosi: 4 022 516,81 zł.

Przeprowadzając analizę stwierdzić należało, że cena oferty przystępującego jest niższa od średniej ceny złożonych ofert o 4,26 %.

Kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia podana w informacji z otwarcia ofert wynosi: 4 008 457,60 zł. Cena oferty przystępującego jest niższa od tej kwoty o 3,97 %.

Powyższe porównania jednoznacznie wskazują na rynkowy charakter oferty złożonej przez przystępującego, co czyni ją realną w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: