

WYROK
z dnia 21 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **JUKO sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Topolowa 1, 97-300 Piotrków Trybunalski** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Będków, ul. Parkowa 3, 97-319 Będków**

orzeka:

1. oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **JUKO sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i:
 - 2.1 zasądza od **JUKO sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** na rzecz zamawiającego **Gminy Będków, ul. Parkowa 3, 97-319 Będków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U poz. 2020 ze zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Będków, 97-319 Będków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość szacunkowa jest mniejsza niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Będków, nr sprawy ZP.271.22.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 listopada 2020 r. (nr 611623-N-2020).

Odwołujący: JUKO spółka z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim wniósł odwołanie wobec wyboru oferty Jantar 8 SP. z o.o. z siedziba w Rzgowie jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Jantar 8 sp. z o.o. pomimo tego, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp; ewentualnie

2. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Jantar 8 sp. z o.o. pomimo tego, że istotne części składowe ceny, tj. stawki jednostkowe brutto za zagospodarowanie 1 Mg odpadów podane przez Jantar 8 sp. z o.o. w ofercie wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, a w związku z czym zachodziła podstawa do wezwania Jantar 8 sp. z o.o. w Rzgowie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, czym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Jantar 8 sp. z o.o. w Rzgowie; odrzucenia oferty Jantar 8 jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Jantar 8 do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny;

W uzasadnieniu odwołujący przedstawił następujące okoliczności.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Jantar 8 sp. z o.o. oraz oferta Odwołującego.

Zgodnie z wzorem umowy przewidziano rozliczenia za rzeczywista ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów w danym okresie rozliczeniowy, z uwzględnieniem cen jednostkowych brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów z zapłatą wynagrodzenia co miesiąc na podstawie faktury VAT po zaakceptowaniu raportu miesięcznego.

Termin realizacji zamówienia obejmuje okres od 1.01.2021 r. do 31.12.2021 r.

Wykonawca zobowiązany był do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których przekazywane będą odebrane odpady. Wykonawca Jantar 8 sp. z o.o. wskazał w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał odebrane odpady:

- 1) ZGO Aquarium - Zakład w Pukininie - instalacja komunalna, do której podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany przekazywać niesegregowane odpady
- 2) EKO Region - Zakład Dylów A - instalacja komunalna, do której podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości przekazuje niesegregowane odpady komunalne
- 3) Jantar 8 sp. z o.o., 4) EMKA S.A. - podmiot odbierający odpady medyczne i weterynaryjne; 5) Remondis Glass recykling Polska Sp. z o.o. - podmiot odbierający szkło;
- 6) Enviropol Polska Sp. z o.o. - podmiot odbierający elektroodpady.

Do instalacji w ZGO Aquarium oraz EKO Region Wykonawca przekazywać będzie odpady zmieszane 20 03 01, odpady biodegradowalne 20 02 01 oraz wielkogabarytowe 20 03 07.

Ceny jednostkowe Wykonawcy Jantar 8 sp. z o.o. za zagospodarowanie 1 Mg odpadów są znacząco niższe od cen, jakie Wykonawca musi zapłacić w podanych przez siebie instalacjach, u podanych podmiotów za przyjęcie tych odpadów. Koszt przyjęcia odpadów przez instalację/zakład jest ponadto jedynie składową kosztu zagospodarowania odpadów.

Wykonawca Jantar 8 sp. z o.o. podał, że cena za zagospodarowanie 1 Mg odpadów wynosi 408,72 zł brutto za 1 Mg. Podana stawka jest niższa nawet od cen za przyjęcie odpadów do zagospodarowania w roku 2020 r. W roku 2021 r. stawki za przyjęcie odpadów do instalacji będą wyższe niż w 2020 r. i były znane lub prognozowane w momencie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Przedstawiono porównanie stawek podanych przez Jantar 8 sp. z o.o. w ofercie oraz stawek znanych lub prognozowanych dla odpadów ze wskazaniem kodu, masy w roku 2021, ceny za przyjęcie w instalacji lub podmiocie zagospodarującym odpady oraz różnice ceny Jantar 8 sp. z o.o. (przy uwzględnieniu szacunkowej ilości odpadów) a kosztem zagospodarowania.

Z zestawienia wynika, że istotne składowe łącznej ceny ofertowej zaoferowane przez Jantar 8 sp. z o.o. daleko odbiegają od kosztów świadczenia usług zagospodarowania odpadów. Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do wysokości zaoferowanych przez Wykonawcę Jantar 8 sp. z o.o. stawek jednostkowych za zagospodarowanie odpadów.

Wątpliwości powinna wzbudzić:

- jednorodna stawka za wszystkie kategorie odpadów;
- to, że stawka za zagospodarowanie odpadów podana przez Wykonawcę jest niższa od stawki za odbiór odpadów;

- a także sama wysokość stawki za zagospodarowanie odpadów przy newralgicznych elementach zamówienia, w szczególności stawka za zagospodarowanie odpadów zmieszanych.

Powszechną wiedzą wśród Zamawiających jest wysokość kosztów zagospodarowania odpadów zmieszanych (stanowiących ponad połowę odpadów odbieranych od mieszkańców). Odpady zmieszane w przedmiotowym zamówieniu stanowią ponad 68 % całej puli odpadów planowanych do odebrania i zagospodarowania (530 Mg zmieszanych na 778 Mg wszystkich odpadów). W tym zakresie doszło do rażącego niedoszacowania ceny za zagospodarowanie.

Wątpliwości Zamawiającego winny także wzbudzić zaoferowane przez Jantar 8 sp. z o.o. stawki za zagospodarowanie odpadów takich jak:

- odpady wielkogabarytowe (20 03 07): ich zagospodarowanie kosztuje obecnie około 1000 zł za tonę, w przyszłym roku kwota ta znacząco wzrośnie;
- odpady ulegające biodegradacji;
- tekstylia;
- leki: koszt zagospodarowania 1 Mg leków to około 10.000,00 zł;
- chemikalia: koszt zagospodarowania 1 Mg chemikaliów to około 10.000,00 zł.

Na koszt zagospodarowania odpadów składa się nie tylko cena za ich przyjęcie przez instalację lub zakład zajmujący się przetwarzaniem. Dochodzą koszty sortowania, koszty osobowe, koszty utrzymania infrastruktury, koszty pojazdów, koszty administracyjne, przy części odpadów koszty belowania. Uwzględniając koszty samego przyjęcia odpadów przez instalacje/zakłady założyć należy, że innych kosztów Jantar 8 sp. z o.o. nie wziął pod uwagę w ogóle.

Zagospodarowanie surowców jest tańsze w takim zakresie, w jakim można częściowo zarobić na ich sprzedaży (skup surowców wtórnych: należy oczywiście uwzględnić ryzyko spadku cen surowców) - w zakresie stawek jednostkowych za zagospodarowanie surowców Odwołujący uwagę jednak nie zgłasza.

Odnosnie pozostałych odpadów Odwołujący stawia zarzut w kierunku Jantar 8, że spółka ta nie jest w stanie wykonać usługi zagospodarowania odpadów za zaoferowane stawki. W przekonaniu Odwołującego mając na uwadze powyższe Zamawiający co najmniej zaniechał poprzedzenia wyboru Jantar 8 sp. z o.o. weryfikacją ceny Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp przynajmniej w zakresie w/w kwestionowanych stawek za zagospodarowanie odpadów.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że odebrał odwołanie Odwołującego dnia 9.12.2020 r. w godzinach pracy u niego przyjętych. Z tego względu dn. 8.12.2020 r. o godz. 22.08 nie miał możliwości potwierdzić

zapoznania się z treścią odwołania i nie jest możliwym wymaganiem, aby przez 24 h na dobę sprawdzał wszystkie dostępne e-mail. W ocenie Zamawiającego, doręczenie kopii odwołania po godzinach urzędowania zamawiającego oznacza uchybienie terminu z art. 180 ust. 5 p.z.p.

Nowelizacją, w treści art. 90 ust. 1 p.z.p. został dodany zapis o konieczności badania nie tylko ceny (kosztu) całkowitej, ale także jej części składowych. Jednakże brzmienie przepisu jest niejasne. Co prawda wspomina on o badaniu części składowych ceny (kosztu), ale zawiera zapis, że zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny, lub kosztu gdy cena lub koszt "lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego". Taka redakcja przepisu jednoznacznie przesądza o tym, że zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do badania tego, czy części składowe ceny (kosztu) nie są rażąco niskie, ale wyłącznie w przypadku, gdy wpływają one na wartość łączną. Zamawiający bada więc części składowe ceny lub kosztu, gdy wpływają one na zniżenie ceny (kosztu) całkowitej, co powoduje, że jest ona rażąco niska. Co za tym idzie, jeśli cena (koszt) jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, rynkowa i rzeczywista, jednakże jej poszczególne części składowe są niskie, albo występują dysproporcje pomiędzy częściami składowymi ceny/kosztu (jedne są bardzo niskie, a inne bardzo wysokie), ale nie wpływa to na cenę (lub koszt) łączną, to zamawiający nie żąda wyjaśnień od wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. Tak też postąpił Zamawiający w niniejszej sprawie.

Słuszność rozważań potwierdza art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zgodnie z którą ofertę odrzuca się tylko wtedy, gdy cena oferty (koszt) jest rażąco niska, nie zaś, gdy składnik ceny (kosztu), choćby był istotny, jest rażąco niski. Gdy składowe części ceny są podane zamawiający może je badać, jednakże w opisanym przypadku, gdy zamawiający nie określił wartości procentowej każdej części składowej ceny, a cena całkowita nie jest rażąco niska, zamawiający nie ma uprawnienia wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Z art. 90 ust. 1a pkt 1 p.z.p. wynika, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 p.z.p. lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wyjaśnienia te udzielane są zgodnie z regułami wskazanymi w art. 90 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którymi jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi

przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień.

Jednakże, w niniejszej sprawie, wybrana oferta spółki Jantar 8 sp. z o.o. nie jest niższa o 30%, jest ona niższa o około 11%. Z tego też względu nie budzi wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający wskazuje również, że cena podana w ofercie spółki Jantar 8 nie odbiegała od cen przyjętych w sąsiedniej Gminie Brójce, gdzie stawka za zagospodarowanie odpadów niesegregowanych wynosi 345,60 zł brutto za 1 Mg. Dlatego tym bardziej Zamawiający uznał Z przedstawionych do Odwołania aneksów Odwołującego faktycznie wynikają stawki, jakie Odwołujący wynegocjował w ramach kontraktów z ZGO AQUARIUM sp. z o.o., EKO - REGION sp. z o.o. Co nie oznacza, że stawki wynegocjowane przez spółkę Jantar 8 są jednakowe, jak stawki wynegocjowane przez spółkę Juko. Tym samym nie można przyjąć za pewnik, że stawki dla przyjęcia odpadów do poszczególnych zakładów są identyczne dla każdego z podmiotów te odpady zostawiające. Odwołujący wie, że istnieje możliwość negocjacji cen. Tak też może być w niniejszym przypadku.

Mając na uwadze powyższe, cena zaoferowana w postępowaniu ZP.271.22.2020 stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy — Jantar 8, warunków cenotwórczych wykonania przedmiotowego zamówienia, a koszty realizacji zadania zostały zindeksowane o wskaźnik wzrostu cen materiałów, wzrost najniższego wynagrodzenia, wzrost cen paliw.

Ponadto wedle powszechnej wiedzy, spółka Jantar 8 posiada własne zaplecze techniczne do przetwarzania odpadów co skutkuje obniżeniem kosztów transportu jak również brakiem konieczności podwykonawstwa w zagospodarowaniu odpadów, dla wszystkich odpadów będących przedmiotem zamówienia. Co wynika m.in. z domeny internetowej spółki: <https://8888.pl/decyzje-i-pozwolenia/>

Rozwijając argument podniósł, że spółka Jantar 8 posiada pozwolenie na sortowanie i przetwarzanie odpadów 2003 07 i 20 01 11 na paliwo alternatywne tzw. RDF, posiada podpisaną umowę na odbiór i utylizację odpadu 20 01 31 , połączona z opłatą miesięczną abonamentową (w wysokości 50 zł netto); koszty zagospodarowania tzw. chemikaliów — z wiedzy Zamawiającego wynika, że koszt utylizacji tego typu odpadów na pewno nie wynosi 10 000 zł; Jantar 8 dysponuje własną sortownią, 6 września 2019r. dla zmieszanych odpadów komunalnych została zniesiona rejonizacja, odpady mogą trafić do dowolnego RIPOK na terenie całego kraju.

Strony podtrzymały stanowiska pisemne w toku rozprawy.

Odwołujący poparł odwołanie wraz z zarzutami i żądaniami przedstawionymi w nim oraz w złożonym piśmie z 19.01.2021 r. zauważając, że Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą, którego wybór kwestionuje. Podkreślił, iż stawki wykonawcy przedstawione w formularzu

cenowym, jednolite dla wszystkich rodzajów odpadów, powinny budzić istotne wątpliwości Zamawiającego i skutkować przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego dot. ceny oferty. Zakwestionował w szczególności stawki dotyczące odpadów komunalnych, zmieszanych, których cena odbioru jest w istocie narzucana przez instalacje. Przypomniął, że wolumen tych odpadów to prawie 70% całości przewidywanych do odbioru odpadów, a wykonawca wskazał 2 konkretne instalacje. Odwołujący oparł stanowisko na porównaniu stawek z formularza cenowego z ogólnodostępnymi cennikami stosowanymi przez te instalacje, wskazując cennik z 2020 i 2021 r. (odwołanie i pismo). Podał także przykład wskazany również w odwołaniu oferowanej ceny odpadów leków, dla których cena w praktyce jest wielokrotnie wyższa od pozostałych, czego kwestionowany wykonawca nie uwzględnił.

Podtrzymał wniosek z pisma wynikający z faktu zawarcia umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał podstaw do jej zawarcia dnia 08.12.2020 r. (wtorek). Podzielił stanowisko, iż stawki ustalane przez punkty odbioru teoretycznie są negocjowalne, natomiast w sprawie brak jest na to dowodów i w rzeczywistości są stosowane stawki cennikowe. Przypomniął, że zaoferowane stawki za odbiór odpadów oraz za przyjęcie do zagospodarowania są stawkami całkowicie odrębnymi i nie ma podstaw do ich sumowania lub kompensowania wzajemnego. Przypomniął, że stawki formularza są podane w wielkościach brutto, a cenniki podają stawki netto, do których dla porównywania należy doliczyć 8% VAT.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że oferta wybrana miała cenę wyższą od jego oszacowania i kwoty planowej do wydatkowania na to zamówienie. W tym kontekście nie miał podstaw do żądania wyjaśnień dot. ceny. Wskazał, że łączna cena brutto jednostkowa za odbiór zagospodarowania odpadów wskazana w kolumnie 7 formularza to w ofercie Odwołującego 1155,60 zł, a w ofercie wybranej 1008,72 zł, co oznacza różnicę 14%. Wskazał, że elementy oferty kwestionowane co do ceny w zakresie poszczególnych frakcji odpadów poza odpadami komunalnymi zmieszany nie stanowią istotnej części ceny oferty, mającej skutkować prowadzeniem postępowania wyjaśniającego do tych części np. odpady wielkogabarytowe to 6% całości, pozostałe również stanowią nieznaczny procent. Zauważył, że ceny odbiorów odpadów niezależnie od stosowania cennika przez punkty odbioru są negocjowalne. Dnia 8.12.2020 r. zawarł w końcowych godzinach urzędowania umowę z wybranym wykonawcą. Był to ostatni dzień, w którym mogło wpłynąć odwołanie i zostało ono złożone po godz. 22, tj. oczywiście po godzinach urzędowania. Przypomniął, że do ewentualnego unieważnienia umowy powinny zaistnieć przesłanki potwierdzające zasadność zarzutu odwołania, co w jego ocenie nie miało miejsca i co przedstawił w swoim stanowisku.

Odnosnie wniosku o nałożenie kary finansowej, stoi na stanowisku że nie ma podstaw do jej nałożenia, a w razie ewentualnej odmiennej oceny Izby, zauważył, że Zamawiający jest małą gminą o rolniczym charakterze i w złej kondycji finansowej.

Stwierdził także, iż nie dopuścił się uchybienia w zakresie terminu do zawarcia umowy. Podkreśla, że z jego punktu widzenia istotna jest łączna cena jednostkowa za odbiór i za gospodarowanie określonego rodzaju odpadów oraz łączna cena ofertowa. Na tej podstawie dokonał wyboru.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść oferty kwestionowanej w odwołaniu, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. W razie potwierdzenia zasadności zarzutów odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym realnie jest poniesienie przez niego wymiernej szkody wobec udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności skład orzekający stwierdza, że zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył obowiązujący przepis art. 94 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym miał prawo zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego z zachowaniem ustawowego okresu wstrzymania się, najwcześniej dnia 9 grudnia 2020 r. Okoliczność ta jest w sprawie niesporna, a fakt, że umowę zawarto w końcowych godzinach pracy urzędu zamawiającego, natomiast odwołanie i jego kopia dla zamawiającego zostały wniesione tego samego dnia w godzinach wieczornych, nie zmieniają niniejszej oceny. Powyższe uchybienie nie miało jednak w ocenie składu orzekającego istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który został ustalony poprawnie.

Kluczowy zarzut odwołania i wynikające z niego żądanie, to stwierdzenie, że pomimo tego, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty wybranej jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ewentualnie fakt dokonania wyboru oferty wykonawcy Jantar 8 sp. z o.o. pomimo tego, że istotne części składowe ceny, w ofercie wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, a w związku z czym zachodziła podstawa do wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, czym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ewentualnie nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Wobec faktu zawarcia przez zamawiającego umowy (okoliczność wyżej wskazana) odwołujący podtrzymując stanowisko wniósł o unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie na zamawiającego kary finansowej w wysokości 78.478,41 zł tj. 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.

Skład orzekający stwierdza, że w rozpatrywanej sprawie nie zachodziły ustawowe przesłanki zobowiązujące zamawiającego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie wysokości zaoferowanej ceny przez wykonawcę, które miałyby wynikać z porównania ceny do dokonanego przez zamawiającego oszacowania własnego wartości zamówienia, jak i porównania cen dwóch złożonych ofert. Nie neguje się przy tym prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień pomimo braku takich przesłanek, w tym w sytuacji, gdy ceny istotnych składowych elementów wydają się rażąco niskie. Zamawiający jednak postępowania w tym zakresie nie prowadził i wskazał, że przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 717 617,86 zł, a zestawienie ceny ofertowej JANTAR 8 Sp. z o.o. 784 784,15 zł do powyższej kwoty wskazuje, że jest ona wyższa od szacunku zamawiającego, a przy tym różnica między ceną oferowaną przez odwołującego, a ceną oferty wybranej wynosi ok. 11%.

W ocenie Izby przedstawione przez odwołującego wyceny kosztów i cen odbioru i zagospodarowania (w całościowym rozumieniu) odpadów poszczególnych rodzajów, w tym dominujących odpadów komunalnych zmieszanych w relacji do znanych cenników stosowanych przez punkty odbioru i zagospodarowania (instalacje), zasługują na ocenę jako profesjonalne i szczegółowe opracowanie, co do którego nie powinno być zastrzeżeń. Należy przy tym zauważyć, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza, w istocie nie odzwierciedla stawek stosowanych przez instalacje, lecz zawiera stawki własne ujednolicone przez wykonawcę dla wszystkich rodzajów (frakcji) odpadów, co może być wynikiem uproszczenia tego opracowania. W efekcie wykonawca ten w ramach dopuszczalnej swobody kalkulacji, zastosował własną, jednakże możliwą wobec faktu, iż prezentowane cenniki nie zawierają cen urzędowych lub z innych powodów wiążących kontrahentów. Zatem wykonawca bierze na siebie ryzyko gospodarcze wynikające z przyjętej własnej formy kalkulacji w sposób wiążący przedstawiony zamawiającemu w ofercie stanowiącej materialną podstawę umowy stron.

Zatem nawet jeśli niektóre oferowane ceny jednostkowe znacząco odbiegają od przyjętych w obrocie, to nie miały one wpływu na ocenę zaoferowanej ceny jako realnej czyli nie noszącej znamion rażąco niskiej.

W świetle powyższego, pomimo stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego wskazanego przepisu ustawy pzp, wobec ustalenia, że to naruszenie nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, orzeczono jak w sentencji z uwzględnieniem art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972) z uwzględnieniem udokumentowanych rachunkiem poniesionych uzasadnionych kosztów.

Przewodniczący: