

WYROK

z dnia 27 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2020 roku przez **Wykonawcę Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Miasto Chorzów Biuro Zamówień Publicznych siedzibą w Chorzowie**

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze** oraz (2) **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 2812/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Wykonawcę Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od Odwołującego Wykonawcy Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej Alba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem

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 ze zm.), 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 - Miasto Chorzów Urząd Miasta Chorzów Biuro Zamówień Publicznych w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych ze wskazanych jednostek miejskich (podmiotów) w Chorzowie (8 miesięcy)” Numer referencyjny: RZP.271.378.2020. Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 155-379719 z dnia 12 sierpnia 2020 r.

Dnia 29 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (zwanego dalej Odwołującym) wobec:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: FCC Polska Sp. z o.o. — Lider Konsorcjum Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrze — Członek Konsorcjum, zwane w dalszej treści niniejszego Odwołania „Konsorcjum” albo „FCC”, pomimo faktu, że istotne części składowe oferty to jest cena za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów oraz cena za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metali, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu;
- 2) Zaniechania czynności Zamawiającego, do której był zobowiązany polegającej na wezwaniu Konsorcjum do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie jej istotnych części składowych, to jest to jest ceny za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów oraz ceny za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metalu.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie jej istotnych części składowych, to jest to jest ceny za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów oraz ceny za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metalu;
- 2) art. 7 ust. 1, art. 26 ust.3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy na skutek wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo że oferta ta może podlegać odrzuceniu zaś Konsorcjum może podlegać wykluczeniu z postępowania.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także o nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie jej istotnych części składowych, to jest to jest ceny za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów oraz ceny za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metalu,
3. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, złożonych przez nie wykluczonych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania polegający na tym, iż Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum, albo wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W obecnym stanie Odwołujący może ponieść szkodę w kwocie 441 222,55 PLN. Powyższe wyczerpuje materialno — prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W dniu 19 października 2020 roku na profilu nabywcy Zamawiający opublikował Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wybrano ofertę Konsorcjum a wybór oferty został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie jej istotnych części składowych, to jest to jest ceny za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów oraz ceny za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metalu.

Zgodnie z zapisami Rozdziału XIV. SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, wykonawcy powinni byli zastosować się do następujących reguł wpływających na wyliczenie ceny oferty:

1. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ i jej załączników oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. W cenie uwzględnia się również opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku, tzw. opłatę marszałkowską, zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Środowiska w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na dany rok kalendarzowy, dla masy odpadów, których

- unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez Wykonawcę.
2. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia publicznego. Zamawiający nie będzie uznawał jakichkolwiek roszczeń dotyczących podwyższenia wynagrodzenia wynikających z powyższej przesłanki.
 3. Wykonawca obliczy cenę oferty w oparciu o formularz cenowy stanowiący załącznik nr 1A do SIWZ i tak obliczoną cenę wpisze w formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Cena oferty jest ceną brutto.
 4. Wynagrodzenie wynikające z realizacji umowy będzie miało charakter kosztorysowy w tym znaczeniu, iż przedmiot zamówienia będzie rozliczony za faktycznie wykonane usługi w przypadku usług, dla których określona została cena jednostkowa wykonania usługi oraz według okresowych cen ryczałtowych dla pozostałych usług.
 5. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej Specyfikacji i jej załącznikach pozwalające na prawidłowe wykonanie zamówienia. Żadne roszczenia Wykonawcy z tytułu zmiany ceny po zawarciu umowy nie będą uwzględniane, za wyjątkiem zmian przewidzianych w niniejszej SIWZ i jej załącznikach.
 6. Obliczona przez Wykonawcę cena powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami opłaty i podatki.

Powyższe oznacza, że dokonując kalkulacji ceny, Wykonawcy powinni byli wziąć pod uwagę jej kosztorysowy charakter co przekłada się na fakt, że realne wyliczenie każdej z pozycji kosztorysu posiada doniosłą wagę w odniesieniu do możliwości realizacji zamówienia bez strat. W przeciwnym przypadku, z jakim mamy do czynienia w ofercie Konsorcjum, może dojść do zaoferowania cen nierealnych, nie pozwalających na realizację zamówienia a zatem rażąco niskich. Sam Zamawiający powinien był zbadać, czy ceny poszczególnych elementów prac obejmują realną wycenę wszystkich wymaganych czynności składowych.

- 1) Wykonawca FCC zaoferował nierealną, rażąco niską wycenę jednokrotnego odbioru pojemników 1100 litrów odpadów niesegregowanych (zmieszanych).

Zgodnie z wytycznymi SIWZ, wycena zawarta została w Załączniku 1a do formularza Oferty. Konsorcjum zaoferowało cenę jednorazowego odbioru pojemnika 1100 litrów odpadów niesegregowanych (zmieszanych) = 90,00 zł

Dowód: Załącznik nr 1 a do formularza oferty Konsorcjum (w aktach postępowania).

Cena jednokrotnego odbioru pojemników 1100 litrów odpadów niesegregowanych została zdecydowanie zaniżona w stosunku do ceny oferowanej przez FCC na wolnym rynku. Zgodnie

z cennikiem FCC obowiązującym na wolnym rynku od 25 maja 2020 r., cena za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne wynosi 118,08 zł/szt. netto, a w przedmiotowym postępowaniu FCC podało cenę 90 zł/szt. netto, tj. o 24% niższą.

Cena jednokrotnego odbioru pojemników 1100 litrów odpadów niesegregowanych nie pokrywa sumy kosztów koniecznych do poniesienia w celu realizacji zamówienia. Jest niższa nawet od kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

Średnia cena za 1Mg odbioru i zagospodarowanie odpadów zmieszanych (20 03 01) oferowana przez Konsorcjum FCC i MPGK w przetargach organizowanych przez gminy województwa śląskiego w 2020 roku, kształtuje się następująco:

Gmina	Cena netto za 1 Mg
Kalety, Pawonków, Woźniki, Kochanowice	- 750,00 zł
Zabrze	- 690,00 zł
Łazy	- 701,00 zł
Wojkowice	- 652,00 zł
Herby	- 806,00 zł
Bytom	- 640,00 zł
Średnio za 1 Mg	- 706,50 zł

Cena w przeliczeniu za 1 Mg odbioru i zagospodarowanie odpadów zmieszanych (20 03 01) oferowana przez FCC + MPGK w niniejszym postępowaniu to 430,62 zł netto.

Powyższe obrazuje o następujące wyliczenie:

$$90,00 \text{ zł} / 209 \text{ kg} \times 1000 \text{ kg} = 430,62 \text{ zł/ Mg}$$

Gdzie:

90 zł - cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie odpadów niesegregowanych z pojemników 1100 litrów zaoferowana przez Konsorcjum 209 kg - średnia masa odpadów zmieszanych

w pojemniku 1100litrów ($190 \text{ kg}^* \times 1,1$) 190 kg to przyjęta z ostrożności uśredniona masa dla 1 m³ odpadów zmieszanych niezagęszczonych, wg internetowej bazy danych o odpadach (<https://ibdo.pl>):

Masa odpadów zmieszanych

1 m³ odpowiada masie od 130kg do 250kg odpadów niezagęszczonych (uśredniona masa 190 kg)

1 m³ odpowiada masie od 250kg do 400 kg odpadów zagęszczonych

1 m³ odpowiada masie od 700kg do 1200kg odpadów zagęszczonych na składowisku odpadów.

Zatem przyjęta do obliczenia masa 190 kg dla 1 m³ odpadów zmieszanych niezagęszczonych, jest reprezentatywna dla omawianego przypadku.

Reasumując:

- średnia cena z oferowanych przez Konsorcjum w przetargach za 1 Mg odpadów zmieszanych wynosi 706,50 zł
- cena za 1 Mg odpadów zmieszanych zaoferowana przez Konsorcjum w niniejszym postępowaniu wynosi 430,62 zł
- różnica pomiędzy tym kwotami wynosi 39%

W tym miejscu Odwołujący podnosi, że sam koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych (bez transportu) to:

- 455 zł netto/Mg — cena w Instalacji Komunalnej ALBA (Chorzów, Dąbrowa Górnicza)
- 480 zł netto/Mg — cena w Instalacji Komunalnej BM Recykling (Siemianowice Śląskie), wskazanej przez FCC w ofercie
- 450,00 zł netto/Mg - cena w Instalacji Komunalnej MPGK Katowice.

Zatem podana przez FCC, cena 90 zł za odbiór pojemnika 1100 litrów w przeliczeniu na Mg masy odpadów nie jest wystarczająca nawet do zapłacenia za odbiór i utylizację odpadów w Instalacji wskazanej przez Konsorcjum. Tym bardziej pozostałe koszty, to jest koszty osobowe oraz koszty transportu, nie mieszczą się w podanej wycenie.

Koszt jednostkowy jest o tyle istotny, że Zamawiający w Rozdziale XIV ust 4 SIWZ, przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, rozumiane w ten sposób że w przypadku usług, dla których określona została cena jednostkowa, przedmiot zamówienia będzie rozliczony za faktycznie wykonane usługi.

Powyższe oznacza, że wykonawca powinien był przyjąć adekwatne podstawy kalkulacji kosztów transportu oraz kosztów osobowych dla każdej pozycji kosztorysu, czego w przedmiotowym przypadku nie uczynił.

Nie mniej istotny jest fakt, że koszt odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych z pojemników 1100 litrów według kalkulacji ofertowej FCC jest kosztem większościowym w relacji do całej ceny oferty.

Łączna kwota brutto z tytułu odbioru i zagospodarowania odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów wynosi 226 806,48 zł.

Cena oferty FCC wynosi 433 881,68 zł.

Koszt odbioru odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 l stanowi zatem aż 66% ceny ofertowej.

Dowód: Załącznik 1 a do formularza Oferty (w aktach sprawy).

Istotne zaniżenie kwoty większości zamówienia powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny oferty FCC. Zamawiający powinien był wezwać FCC do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

- 2) Wykonawca FCC zaoferował rażąco niską cenę za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metali.

W treści Załącznika nr 1 a do formularza oferty pod pierwszą tabelą, znajduje się tabela opatrzona następującym tytułem:

Załącznik do wyliczenia wartości oferty - cenę jednostkową do wyliczenia należy przyjąć zgodnie ze złożonym oświadczeniem w Tabeli 1.

W kolumnie nr 2 tabeli (zaznaczonej kolorem żółtym), zawarto informacje odnośnie częstotliwości opróżniania pojemników przewidywanych do odbierania tworzyw sztucznych, odpadów wielomateriałowych, metali z jednostek miejskich dla poszczególnych pojemności pojemników wskazanych w kolumnie pierwszej tabeli.

W kolumnie nr 4 zawarto jednostkowe ceny netto za poszczególne czynności.

Zgodnie z analizą częstotliwości odbierania poszczególnych pojemników, średnia liczba pojemników tej frakcji odbieranych w tygodniu kształtuje się następująco:

Pojemność	liczba pojemników [szt.]
0,24	20
1,1	32
0,12	6

Przy uwzględnieniu maksymalnej częstotliwości (2 razy w tygodniu co daje 104 odbiory na rok) dochodzi się do konkluzji, że rejon ten w jednym tygodniu musi być obsługiwany dwukrotnie (2 razy) , co oznacza , że liczba pojemników na jeden odbiór w tygodniu kształtuje się następująco:

Pojemność	liczba pojemników [szt.]
0,24	10
1,1	16
0,12	3

Uwzględniając stawki FCC wskazane w kolumnie 4 tabeli, przychód z 1 dnia obsługi rejonu frakcji selektywnie gromadzonej tj. „plastiku” wynosi:

Pojemność	Liczba pojemników (sz)	Wartość jednostkowa PLN/szt/netto	Wartość przychodu netto za 1 dzień (PLN)
0,24	10	8	80
1,1	16	11	176

0,12	3	25	75
		Razem:	331

Porównanie wskazanego wyżej przychodu, z kosztami niezbędnymi do poniesienia wskazuje jednoznacznie, że cena za odbiór tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metali jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Koszty realizacji usługi przypadające na 1 dzień obsługi rejonu wynoszą:

a) litrów liczba godzin pracy w danym dniu:

- Przygotowanie do pracy + dojazd do rejonu (z Zabrze do Chorzowa) - 0,75 h
- Odbiór odpadów ze wskazanych lokalizacji rozproszonych po całym mieście — 2,42 h (przyjęto 12 szt/h — co dla tak małej ilości pojemników, uwzględniając specyfikę obsługi posesji tego typu — bramy, wjazdy, trudny dostęp do pojemników, jest wartością dużą);
- Powrót z rejonu na instalację (rozładunek), a następnie na bazę — 1,25 h (Z Chorzowa do BM Recykling, a następnie do Zabrze);
- Łączny czas wynosi 4,42 h.

Szacunkowe koszty pracy brygady potrzebnej do realizacji powyższych czynności kształtują się na poziomie 150 PLN/h (bowiem stawka kierowcy 3500 PLN brutto/miesiąc, ładowacz 2800 PLN brutto/miesiąc, + koszty pracy pojazdu, amortyzacja, utrzymanie, paliwo i inne - gdzie samochód zgodnie z ofertą to pojazd Euro 6).

Zatem kwota kosztu logistycznego jednego dnia zbierania odpadów to jest: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metali wynosi: 4,42 h x 150 PLN/h = 663 PLN

Uwzględniając niezbędną ilość odpadów do zagospodarowania z danego dnia realizacji wynoszącą ok 0,425 Mg (17,02 m³ z pojemników pomnożone przez gęstość nasypową 25 kg/m³) oraz uwzględniając średnio rynkową cenę zagospodarowania tych odpadów tj 400 PLN/Mg* uzyskujemy cenę zagospodarowania odpadów to jest: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metali zebranych w rejonie działania objętym zamówieniem w ciągu jednego dnia w kwocie: 170 PLN.

Ceny rynkowe kształtują się na poziomie 400-600 PLN/Mg.

Przykładowo cena 400 PLN/Mg wynika z cennika MPGK Katowice dla kodów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07 (<http://www.mpgk.com.pl/oferta/cennik-zagospodarowania-odpadow>).

Suma kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów, które każdy wykonawca jest

zmuszony ponieść na realizację omawianej części zamówienia wynosi 833 PLN.

Kwota ta znacznie przewyższa przychód Konsorcjum w wysokości 331 PLN.

Należy przy tym wziąć pod uwagę, że w swojej kalkulacji Odwołujący nie wskazał innych kosztów związanych z realizacją usługi tj. praca działu logistyki, kosztów odzieży roboczej i ochrony indywidualnej, obsługi BDO oraz wyposażenia posesji w pojemniki. Dodanie wyników takiego wyliczenia do już uzyskanych potwierdziłoby słuszność zarzutu Odwołującego w jeszcze większym stopniu.

Istotnym czynnikiem wpływającym na wzrost kosztów obsługi przez Konsorcjum na terenie objętym przedmiotem zamówienia jest fakt, że żaden z Partnerów Konsorcjum nie realizuje żadnych zleceń w przedmiocie zamówienia, co ogranicza możliwości optymalizacji realizacji usługi. Godziny odbiorów są „sztywne” co dodatkowo utrudnia optymalizację kosztową kursów. Dowód: załącznik nr 12 do SIWZ (w aktach sprawy).

Powyższe dowodzi, że Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Nie uczyniwszy tego, naruszył przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów.

W takich okolicznościach uprawnione jest stwierdzenie, że wybór oferty Konsorcjum został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w treści zarzutów.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Dnia 2 listopada 2020 r. do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący złożył również 23 listopada 2020 r pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenia odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 23 listopada 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co

następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 90 ust. 1 Pzp są chybione.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp *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, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

W przedmiotowym odwołaniu, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie ww. przepisów z uwagi na zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie jej istotnych części składowych, to jest ceny za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów oraz ceny za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metalu.

Izba podkreśla, że aby zaistniała przesłanka wskazana w art. 90 ust. 1 Pzp zgodnie z którą Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, musi zaistnieć okoliczność, że ceny te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący kwestionuje istotne części składowe zamówienia, odnosząc się jedynie do cen za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów oraz cen za odbiór

odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metalu.

Analiza dokumentacji postępowania nie potwierdza zarzutów odwołania, a w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do podjęcia wątpliwości w zakresie kwestionowanych cen istotnych elementów składowych ceny.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, który podnosił, iż w jego ocenie kwestionowane ceny części składowych ceny nie wydawały się rażąco niskie oraz nie budziły wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że kwestionowane ceny zaoferowane przez Przystępującego zostały skalkulowane na poziomie zbliżonym do wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz cen, które Zamawiający otrzymał w innym postępowaniu, na dokładnie ten sam zakres zamówienia. Ponadto cena Odwołującego za odbiór odpadów niesegregowanych w pojemnikach 1100 litrów jest jedynie o 1,99 % wyższa od ceny Przystępującego, co nie jest uzasadnieniem dla rażąco niskiej ceny, a ceny Odwołującego za odbiór odpadów selektywnie zbieranych: tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz metalu są niższe od kwestionowanych jako rażąco niskie cen, zaoferowanych przez Przystępującego.

Zatem, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, gdy w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego, zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy jedna z kwestionowanych przez Odwołującego cen jest o 1,99% niższa od ceny Odwołującego, a pozostałe kwestionowane są wyższe, od cen Odwołującego, w sytuacji gdy ceny podane w obu ofertach zbliżone są do szacunkowej wartości ustalonej przez Zamawiającego jest zarzutem całkowicie nieuzasadnionym, niezastępującym na uwzględnienie.

W ocenie Izby, Odwołujący również nie wykazał że zaoferowane przez Przystępującego ceny za odbiór ww. odpadów uniemożliwiają wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Przedstawione przez Odwołującego wyliczenia nie potwierdzają, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia, za zaoferowaną cenę, zwłaszcza że na str. 9 odwołania oparte są o błędne dane, nieprawidłowo przyporządkowane przez Odwołującego wartości co do wielkości pojemników i ich ceny. Mogą one stanowić jedynie indywidualne wyliczenia Odwołującego oparte o przykładowe koszty, których zasadności i związku z ofertą Przystępującego Odwołujący nie wykazał.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia z 14 września 2020 r. o sygn. KIO 2033/20 zgodnie z którym: *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, realizując analogiczne*

zamówienie charakteryzuje się odrębnością organizacyjno-logistyczną umożliwiającą mu zoptymalizowanie kosztów w wysokości stricte indywidualnym, przypisanym danemu przedsiębiorcy.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby na brak możliwości wykonania zamówienia przez Przystępującego za ceny podane w ofercie. Odwołujący wskazuje, że własną cenę obliczył w oparciu o możliwość zoptymalizowania kosztów, z uwagi na realizację podobnych zamówień na terenie Chorzowa, a sam odbiera Przystępującemu możliwość posłużenia się podobną metodą optymalizacji kosztów. Podkreślenia wymaga, iż przedmiotowa usługa będzie realizowana na terenie Chorzowa, tj. miasta usytuowanego w Aglomeracji Śląskiej. Z uwagi na charakterystykę usytuowania miast na terenie Aglomeracji Śląskiej, polegającą na bezpośrednim graniczeniu ze sobą miast, optymalizacja kosztów może zostać uzyskana nie tylko poprzez realizację usługi na terenie tego samego miasta, ale również na terenie miast graniczących z Chorzowem. Odwołujący nie zaprzeczył, iż realizacja zamówienia w taki sposób nie jest możliwa.

Ponadto, przywołanie cen oferowanych w innych postępowaniach na terenie gmin w województwie śląskim jest bez znaczenia dla cen oferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Zostały one skalkulowane w innych postępowaniach, w oparciu o inne założenia, a ich związek z przedmiotowym postępowaniem nie został wykazany.

Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający winien powziąć wątpliwości w zakresie cen zaoferowanych przez Przystępującego. Dowody złożone przez Odwołującego w postaci cennika zagospodarowania odpadów w Zakładzie Odzysku i Unieszkodliwienia Odpadów MPGK Sp. z o.o. w Katowicach, Załącznika nr 2 do umowy z dnia 31.12.2019 zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Techniki Sanitarnej Alba Sp. z o.o. i BM Recykling Sp. z o.o., Zarządzenia Nr 01/11/2019 z dnia 13.11.2019 r. Zarządu Przedsiębiorstwa Techniki Sanitarnej Alba Sp. z o.o. w Chorzowie oraz wyciągu z cennika FCC obowiązującego od dnia 25.05.2020r. w żaden sposób nie wskazują jaki jest ich związek z ceną zaoferowaną przez Przystępującego w kwestionowanych pozycjach, ani nie dowodzą, iż cena ta nie pozwalała na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub zgodnie z zasadami wynikającymi z odrębnych przepisów. Podkreślenia wymaga, iż ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na Odwołującym, który winien wykazać zaistnienie obiektywnych okoliczności, w związku z którymi Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do cen za kwestionowane części zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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).

Przewodniczący:

