

Sygn. akt: KIO 327/14

WYROK

z dnia 5 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 marca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm ALBA POŁUDNIE POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Bobrowniki w Bobrownikach, ul. Gminna 8**

przy udziale wykonawcy **W..... S.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S.....** z siedzibą w **Konopiskach, ul. Spółdzielcza 1/1** zgłaszającego swój udział w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 327/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, dokonać zaniechanej czynności odrzucenia oferty wykonawcy W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... z siedzibą w Konopiskach, ul. Spółdzielcza 1/1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Bobrowniki w Bobrownikach, ul. Gminna 8 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm ALBA POŁUDNIE POLSKA spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Bobrowniki w Bobrownikach, ul. Gminna 8** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm ALBA POŁUDNIE POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług odbioru, transportu z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Bobrowniki zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Bobrowniki ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2013/S 214 -372637.

W dniu 11 lutego 2014r. zamawiający faksem poinformował wykonawców o wyniku postępowania m. in. o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S.....

W dniu 20 lutego 2014r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm ALBA POŁUDNIE POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 – dalej odwołujący, wnieśli drogą elektroniczną odwołanie opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym w dacie wniesienia za pomocą ważnego certyfikatu złożonym przez pełnomocnika odwołującego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 grudnia 2013r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS lidera konsorcjum i upoważnionych do reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 grudnia 2013r. udzielonego przez 2 członków zarządu partnera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS partnera załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą faksową w dniu 20 lutego 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. –dalej Pzp) w związku z art. 90 ust. 3 i ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy podlegającej odrzuceniu, z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a okoliczność tę potwierdziły wyjaśnienia wykonawcy złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, chociaż jego oferta jest niezgodna z zapisami SIWZ w zakresie, w jakim przewiduje zagospodarowanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia niezgodnie z przepisami, w szczególności ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w (tj. Dz. U. z 2013r. poz. 1399, ze zm. - dalej jako: „u.c.p.g.”) oraz ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach

(tj. Dz.U. z 2013r. poz. 21, ze zm., dalej jako: „u.o.”), co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2014r. poz. 121), - art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- odrzucenia oferty wykonawcy oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, chociaż odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób w pełni prawidłowy, ponadto odpowiadającą rzeczywistym potrzebom przedmiotu zamówienia, która stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz zamawiającego w SIWZ - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej jest niezgodna z obowiązującymi przepisami. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie usługi w zakresie odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Bobrowniki, w tym organizacja selektywnej zbiórki, wyposażenie nieruchomości zamieszkałych w worki i pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów (pojemniki na odpady budowlane i rozbiórkowe, pojemniki/worki na tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, papier, metal, odpady komunalne ulegające biodegradacji), dostarczenie do nieruchomości harmonogramu odbioru odpadów komunalnych, osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (vide Załącznik nr 8 do SIWZ - „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”; Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Bobrowniki stanowiący załącznik do uchwały nr XXV/339/12 Rady Gminy Bobrowniki z dnia 28 grudnia 2012r. w sprawie uchwalenia „Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Bobrowniki”, Dz. U. Woj. Śląskiego poz. 1381; uchwała nr XXV/335/12 Rady Gminy Bobrowniki z dnia 28 grudnia 2012r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Bobrowniki i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, Dz. U. Woj. Śląskiego poz. 1377, ze zm.). W myśl Rozdziału X SIWZ termin wykonania zamówienia został określony przez

zamawiającego jako: „Rozpoczęcie - od dnia podpisania umowy, w tym rozpoczęcie wykonywania usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych nie wcześniej niż od dnia 02.01.2014r. Zakończenie - do dnia 31.12.2016r.” Dla tak określonego przedmiotu zamówienia Zamawiający ustalił wartość szacunkową na kwotę 3.055.555,56 zł netto, co odpowiada kwocie 3.299.999,40 zł brutto. Jak wynika z wpisu do protokołu do postępowania:

„Wartość zamówienia została ustalona 18.10.2013r. na podstawie przeprowadzonej analizy ilości odebranych i przekazanych do odzysku odpadów zmieszanych oraz segregowanych zabranych z terenu Gminy Bobrowniki i kosztów z tym związanych oszacowano roczny koszt funkcjonowania systemu zbiórki i utylizacji odpadów z terenu całej Gminy Bobrowniki.

W niniejszym postępowaniu złożone zostały dwie oferty:

- wykonawcy wybranego na kwotę 2.501.741,00 zł brutto,
- Odwołującego na kwotę 4.104.000,00 zł brutto.

Z zestawienia powyższych kwot wynika, iż najniższa cenowo oferta - oferta Waldemara Stracha stanowiła ok. 76% wartości szacunkowej zamówienia i była o ponad 1.600.000 zł (ok, 39%) tańsza od drugiej ze złożonych w tym postępowaniu ofert. Uwzględniając w całości zarzuty powołane przez odwołującego w odwołaniu wniesionym w dniu 23 grudnia 2013r. (postanowienie KIO z dnia 15 stycznia 2014r., sygn. akt: KIO 2952/13). zamawiający wdrożył procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp i wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca pismem z dnia 4 lutego 2014r. przedstawił „wyjaśnienia”, które przybrały postać niepopartej żadnymi dowodami kalkulacji poszczególnych kosztów związanych z przedmiotem zamówienia. Nie sposób zatem przyjąć, że zamawiający miał możliwość oceny tych „wyjaśnień” przez pryzmat art. 90 ust. 2 Pzp, tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. „Wyjaśnienia” wykonawcy wybranego nie uwzględniają jakichkolwiek czynników, na podstawie których można byłoby przyjąć, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Niemniej, w ocenie zamawiającego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdziły, że cena wykonawcy nie jest ceną rażąco niską, co znalazło swój wyraz w wyborze oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Z powyższym stanowiskiem zamawiającego odwołujący się nie zgadza. Na wstępie zaznaczył należy, że norma wyrażona w art. 90 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania ceny, jeśli w trakcie oceny ofert dojdzie on do przekonania, że ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości

przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach. Wskutek wezwania zamawiającego, wykonawca powinien, na zasadzie art. 6 k.c., wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez niego cenę. Powyższy pogląd jest w orzecznictwie Izby ugruntowany. W wyroku z dnia 10 lipca 2013r., sygn. akt 1525/13, KIO zwraca przy tym uwagę na fakt, iż wykonawca składając wyjaśnienia w postępowaniu dotyczącym zagospodarowania odpadów powinien wskazać m. in., w jaki sposób i gdzie (w jakiej instalacji) zamierza zagospodarować odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości, jakie koszty poniesie z tego tytułu, przy czym koszty te winny być udokumentowane, np. umowami, fakturami, potwierdzającymi kalkulację kosztów odbioru i transportu odpadów. Informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego odnośnie przeprowadzonej kalkulacji cenowej potwierdziły materialnie, że cena zaoferowana przez niego jest rażąco niska. Podane w wyjaśnieniach wykonawcy zasadnicze elementy cenotwórcze - koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych - nie odpowiadają rzeczywistym kosztom i jako takie przesądzają, że podana cena jest niedoszacowana w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, iż koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych - który to stanowi podstawowy element cenotwórczy w przedmiotowym zamówieniu - to jedynie 100,02 zł brutto/1 Mg do dnia 29.04.2015r., po tym dniu - 220 zł netto/1 Mg. Co istotne, wykonawca założył przy tym, że zagospodaruje odpady we własnej instalacji do dnia „posiadania pozwolenia na wytworzenie” (tj. do dnia 29.04.2015r.). Instalacja wykonawcy nie posiada statusu RIPOK, wykonawca nie może zatem kierować zmieszanych odpadów komunalnych do swojej instalacji, o czym szerzej poniżej.

W wyjaśnieniach wykonawca nie wskazał przy tym, do jakiej instalacji będzie kierował zmieszane odpady komunalne od maja 2015r. Wykonawca nie był uprawniony do uwzględnienia i wycenienia w swojej ofercie, przewidywanej w przepisach, wyjątkowej możliwości zagospodarowania odpadów w instalacji zastępczej. Stosownie do art. 9e ust.1 pkt 2 u.c.p.g. na podmiocie odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości spoczywa fundamentalny obowiązek przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (dalej jako: „RIPOK”). Tymczasem, jak to wynika z uchwały nr IV/32/9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 marca 2013r. w sprawie zmiany uchwały nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 roku w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014, w regionie gospodarki odpadami komunalnymi, do którego należy Gmina Bobrowniki, tj. Regionie II, znajdują się 2 instalacje o statusie RIPOK MBP, zarządzane przez: (1) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w

Katowicach; oraz (2) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej z siedzibą w Zabrze. Co istotne. Instalacja MPGK Zabrze Sp. z o.o. zadeklarowała przyjęcie do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych z Gminy Bobrowniki (vide pytanie nr 14 do SIWZ z dnia 03.12.2013r.). Cena za zagospodarowanie odpadów w tej instalacji wynosi 250 zł plus VAT za tonę (270,00 zł brutto). Oznacza to, że wykonawca zobowiązany był w kalkulacji ceny ofertowej uwzględnić koszt zagospodarowania wszystkich zmieszanych odpadów komunalnych z Gminy Bobrowniki w tej instalacji, w tym koszt transportu odpadów z Gminy Bobrowniki do instalacji w Zabrze. Koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych przyjęty przez wykonawcę i podany w wyjaśnieniach wykonawcy na poziomie 100,02 zł brutto do kwietnia 2015r. i 220 zł netto od maja 2015r. jest wartością znacznie zaniżoną w stosunku do cen rynkowych zagospodarowania odpadów zmieszanych przez RIPOK właściwą dla odpadów z gminy Bobrowniki. Tym samym cena ofertowa wykonawcy jest niedoszacowana na samych tylko kosztach zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych o 757.728,00 zł. Dodatkowo odwołujący zauważył, iż przyjęte przez wykonawcę w wyjaśnieniach średnie spalanie na poziomie 3 litrów ON na godzinę pracy śmieciarki, zostało w znacznym sposób zaniżone, a wykonawca w swojej kalkulacji nie uwzględnił kosztów dojazdu do jakiegokolwiek innej instalacji niż jego własna instalacja zlokalizowana w Piekarach Śląskich. Tym samym oferta wykonawcy jest niedoszacowana na kosztach transportu odpadów zmieszanych o 144.000,00 zł. Jak podkreśla się w wyroku KIO z dnia 4 lipca 2013r., sygn. akt KIO 1441/13, przepis art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g. ustanawia zasadę, według której wszystkie zmieszane odpady komunalne winny trafiać do RIPOK. Wyjątek od powyższej reguły został przewidziany przez ustawodawcę w art. 91. ust. 2 u.c.p.g., zgodnie z którym w przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, uniemożliwiającej odbieranie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami. Uzupełnieniem wyjątku, o którym mowa, jest art. 38 ust. 2 pkt 2 u.o., w myśl którego w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami wskazuje się RIPOK w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn oraz do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Na gruncie przywołanych wyżej regulacji przekazanie zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji zastępczych możliwe jest jedynie w wypadku, gdy ich przekazanie do RIPOK nie będzie możliwe. Dopiero po awarii RIPOK,

bądź też z innych przyczyn, np. z powodu niewystarczających mocy przerobowych, odpady mogą trafić do instalacji zastępczych. Konsekwentnie, w swoich kalkulacjach ekonomicznych wykonawcy winni zakładać realizację zamówienia według zasady, a nie hipotetycznego wyjątku. Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż to właśnie przekazywane przez niego odpady nie zostaną przyjęte przez funkcjonujące w regionie RIPOK, ze względu na niewystarczające moce przerobowe tych instalacji w stosunku do zakładanej ilości odpadów wytwarzanych w województwie śląskim. Powyższe można oceniać jedynie w kategoriach prawdopodobieństwa, malejącego wraz z otwieraniem kolejnych RIPOK w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie może z góry zakładać i planować, że uczyni wszystko, aby nie zagospodarowywać odbieranych przez siebie zamieszanych odpadów komunalnych w sposób zakładany i zalecany przez ustawodawcę, czyli w RIPOK, ale przeprowadzi wariant tańszy i bardziej dlań wygodny. Co istotne, w opisanej sprawie przedmiotem oceny była oferta wykonawcy w postępowaniu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom. Przedmiotowym wyrokiem KIO nakazała odrzucić ofertę Wykonawcy, jako zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, właśnie z powodu zaniżenia kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, w tym przyjęcia przez wykonawcę założenia wykorzystania do zagospodarowania tych odpadów instalacji własnej Wykonawcy, mimo że Wykonawca nie posiada w Regionie II Województwa Śląskiego instalacji RIPOK, ani nawet „RIPOK w przygotowaniu/budowie”. Izba stanęła na stanowisku, że wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny założenia i wyliczenia wykonawcy, co do kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych były nieadekwatne do poziomu cen rynkowych za tego typu zakres zamówienia, co dało kilkumilionowy niedobór ceny ofertowej w stosunku do rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, którego nie sposób było zrekompensować za pomocą kosztów przewidzianych w innych pozycjach rozbicia cenowego wyszczególnionych w wyjaśnieniach. Z powyższych względów, jeden z głównych elementów kosztotwórczych usługi objętej przedmiotem zamówienia jest wspólny dla odwołującego i wykonawcy (koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych), a mimo to zaoferowane przez nich ceny znacznie od siebie odbiegają. Nie sposób także twierdzić, że różnica ta jest wynikiem odmiennie przyjętych przez wykonawców kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych zbieranych w Gminie selektywnie. Po pierwsze, szacunkowa ilość odpadów zbieranych w Gminie w sposób selektywny została podana w OPZ i winna była być przyjęta przez wykonawców przy kalkulacji ceny ofertowej. W wyroku z dnia 26 sierpnia 2013r., sygn. akt KIO 1970/13, Izba przesądziła, że podane w SIWZ ilości i struktura odpadów są dla wykonawców wiążące, aby sporządzić porównywalne oferty. Tym samym wykonawcy nie mogą przyjmować w tym zakresie dowolnych, korzystnych dla siebie ustaleń, w celu

wykazywania osiągania zysków ze sprzedaży odzyskanych surowców. Po drugie, także i odwołujący zakłada osiąganie korzyści finansowych z selektywnej zbiórki odpadów. Mimo to cena jednostkowa za ten rodzaj odpadów - „segregowane odpady komunalne” (tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, papier, metal, odpady komunalne ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone) w ofercie odwołującego wynosi 702,00 zł/Mg, wykonawcy - 86,02 zł/Mg, zaś cena jednostkowa za odpady budowlane i rozbiórkowe w ofercie odwołującego to 324,00 zł/Mg, wykonawcy - 61,99 zł/Mg. Po trzecie wreszcie, wykonawca w wyjaśnieniach podał, że „koszty transportu i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie typu tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, papier, metale, pokrywają zyski uzyskane z ich sprzedaży”. Kosztów tych jednak nie podaje. Zakładany zysk z ze sprzedaży surowców wtórnych na poziomie 395.300,00 zł, wykonawca natomiast odlicza dodatkowo od innych kosztów (zakup worków, pojemników, płace koszty składowania odpadów zielonych), co w sposób oczywisty zaniża rzeczywiste koszty odbioru i zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych o kwotę 395.300,00 zł. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że także odpady zielone oraz pozostałości z sortowania przeznaczone do składowania muszą zostać przekazane przez wykonawców do instalacji RIPOK wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014 (vide art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g.; pkt 14 Załącznika nr 8 do SIWZ). Zamawiający jedną ceną jednostkową objął różne rodzaje odpadów, które w znacznej części generują wyłącznie koszty po stronie wykonawców, w szczególności odpady ulegające biodegradacji. Już przez proste przeliczenie tych wartości można stwierdzić, że cena wykonawcy w wysokości 86,02 zł za 1 Mg „segregowanych odpadów komunalnych” obejmujących tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, papier, metal, odpady komunalne ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone, jest zaniżona. Również dotychczasowa statystyka z roku 2011 i 2012 podana przez zamawiającego w OPZ wskazuje, że zmieszanych odpadów komunalnych było ok. 87% w roku 2011 i ok. 86% w roku 2012. Ponadto należy zauważyć, iż wykonawca nie zbiera w ramach przedmiotu zamówienia szkła, które stanowi w 2011r. - 53,1 %, a w 2012 - 48,7% strumienia odpadów selektywnie zebranych. Biorąc więc pod uwagę strukturę odpadów selektywnie zbieranych w ramach przedmiotu zamówienia, obiektywnie niemożliwym jest uzyskiwanie przez wykonawcę przychodów ze sprzedaży odzyskanych odpadów surowcowych na poziomie przewyższającym koszty zagospodarowania tych odpadów.

Reasumując odwołujący stwierdził, że koszty zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych podane w wyjaśnieniach wykonawcy są nieadekwatne do poziomu cen rynkowych za tego typu zakres zamówienia, co daje niedoszacowanie ceny ofertowej w stosunku do rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, którego to niedoboru nie sposób

zrekompensować za pomocą przychodów wynikających z innych pozycji wyszczególnionych w wyjaśnieniach wykonawcy. Przychody uzyskiwane przez wykonawcę ze sprzedaży surowców wtórnych pokrywają bowiem, wg wyjaśnień wykonawcy, koszty odbioru i zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych. Mając na względzie jedynie elementy cenotwórcze przedstawione w odwołaniu oferta jest niedoszacowana na kwotę blisko 1.300.000 zł. Tym samym cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska. Niezależnie od kwestii rażąco niskiej ceny, wykonawca założył wykonanie zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ, co wynika wprost z treści wyjaśnień wykonawcy- mocą załącznika nr 8 do SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawcę do przestrzegania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia szeregu przepisów prawa, w szczególności u.o. oraz u.c.p.g. Ponadto, w § 1 ust. 2 załącznika nr 7 do SIWZ - „Projekt umowy” zamawiający przewidział następujący zapis: „Wykonawca oświadcza, że na dzień rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów będzie spełniał wszystkie wymogi formalne i prawne związane z przedmiotem umowy oraz zobowiązuje się wykonywać przedmiotowe usługi z należytą starannością, terminowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi, w tym zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na warunkach określonych umową oraz ustaleniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Tożsame obowiązki zostały nałożone na wykonawcę w drodze § 2 ust. 1 i 10 Projektu umowy, które to stanowią odpowiednio, że w trakcie realizacji przedmiotu umowy wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania przepisów prawa, w tym prawa miejscowego, oraz że zobowiązany jest on do zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami. Tymczasem - jak wykazano powyżej - ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wynika wprost, że zamierza on zagospodarować zmieszane odpady komunalne w instalacjach nie mających statusu RIPOK. Należy w tym miejscu przypomnieć, że: „Wyjaśnienia, jak i przedłożone dowody, o których mowa w art. 90 Pzp, stanowią integralną część oferty (...)” (zob. wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012r., sygn. akt. KIO 1377/12, por. wyrok KIO z dnia 22 października 2012r., sygn. akt KIO 2202/12). Jeżeli zatem z wyjaśnień wykonawcy wynika, że obowiązek zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych będzie więc realizowany przez wykonawcę niezgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g., a tym samym z naruszeniem ww. postanowień SIWZ, oznacza to niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

W dniu 21 lutego 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 lutego 2014r. wykonawca W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... zgłosił pisemnie swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie odwołania pozbawi go możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopie zgłoszenia zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 lutego 2014r. listami poleconymi, czego dowody dołączono do zgłoszenia.

W dniu 4 marca 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z załączoną fakturą VAT. Zamawiający podniósł, że stanowisko odwołującego opiera się na założeniu, że całość odebranych zmieszanych odpadów komunalnych wykonawca świadczący usługę odbioru odpadów musi przekazać do RIPOK i że cena za tonę przyjęcia tych odpadów musi uwzględniać cenę za tonę przyjęcia odpadów przez prowadzącego RIPOK. W ocenie zamawiającego art. 9 ust. 2 ucpg wynika, że przekazaniu do RIPOK podlegają jedynie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, zatem nie całość przesortowanego odpadu, a wyłącznie pozostałość z sortowania. Wykonawca przy odbiorze odpadów nie ma obowiązku bezpośredniego dostarczenia ich do RIPOK. Zatem wykonawca ponosi względem RIPOK koszt tylko tych odpadów, które pozostają po sortowaniu i ilość ta może być mniejsza niż ilości odpadów odebranych. Zamawiający podniósł, że przystępujący posiada decyzje na zbieranie lub przetwarzanie odpadów i ma prawną możliwość przetwarzania odpadów i obowiązek przekazania do RIPOK jedynie tej części odpadów, która pozostaje po ich sortowaniu, co ma przełożenie na cenę. Podniósł, że art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach nie zabrania przetwarzania ani zmieszanych odpadów komunalnych, ani pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania, byle by te czynności miały miejsce w regionie, na którym odpady zostały wytworzone. Zamawiający nie miał podstaw kwestionować wartości podane w tym zakresie przez przystępującego, skoro zagospodaruje odpady we własnej instalacji, zaś co do kosztu zagospodarowania odpadu komunalnego od maja 2015r., to jaka cena w połowie 2015r. będzie odpowiadać warunkom rynkowym nie można na chwilę obecną ustalić. Co do odpadu komunalnego segregowanego, to przychód z zagospodarowania tego odpadu uwzględniany jest w cenach i ofertowych i dlatego zamawiający oczekują osobnego podawania cen za odpady zmieszane i segregowane, a generowany z tego tytułu przychód jest wyższy niż koszt zagospodarowania takiego odpadu, świadczy o tym monitoring cen oferowanych przez wykonawców w analogicznych usługach w gminach sąsiednich. Zamawiający zanalizował te

ceny i przedstawił je w formie tabelarycznej i uznał, że zaoferowane przez przystępującego ceny za tonę odpadu segregowanego i odpadu budowlanego i rozbiórkowego mają odzwierciedlenie w cenach rynkowych. Analiza tych danych dała także zamawiającemu przekonanie, że ceny za odpady zmieszane kształtują się na stałym poziomie tj. od 208 do 298,99 zł. za tonę, zaś segregowane są prezentowane nawet w cenach ujemnych, stąd nie potwierdza się zarzut, że cena przystępującego jest rażąco zaniżona.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania, tj. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę, wyjaśnień przystępującego złożonych w odpowiedzi, uchwały nr IV/32/9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 marca 2013r. , pisma Miejskiego przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze do zamawiającego z dnia 20 listopada 2013r., faktury nr 0514300752, pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 22 listopada 2013r.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że zamawiający oczekiwał wykonania zamówienia zgodnie z przepisami prawa, w tym prawa miejscowego. Strony nie kwestionowały także wartości szacunkowej zamówienia, ani cen wskazanych w obu złożonych ofertach. Pomiędzy stronami sporna była natomiast ocena informacji podanych przez przystępującego w wyjaśnieniach. Zamawiający wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zwartych w załączniku nr 9 do SIWZ (kalkulacja cenowa), w tym w szczególności ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie odpowiednio: zmieszanych odpadów komunalnych, segregowanych odpadów komunalnych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający wymagał, aby cena ofertowa zawierała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, w tym np.: całkowite koszty związane z transportem i zagospodarowaniem odpadów, koszty wydruków harmonogramów odbioru odpadów oraz ewentualne ich zmiany, jak również koszty ich dostarczenia właścicielom nieruchomości, opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku tzw. opłatę marszałkowską - dla masy odpadów, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez wykonawcę. Wykonawca był zobowiązany także do uwzględnienia w kosztach wykonania usługi wpływów z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych. Ponadto, zamawiający zaznaczył, iż zgodnie z pkt. 1.14, załącznika nr 8 do SIWZ oraz art. 9e. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania

odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania muszą trafiać do istniejących regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Przystępujący złożył wyjaśnienia nie załączając do nich dowodów (bezsporne)

Przystępujący w spornym zakresie w wyjaśnieniach przedstawił następującą kalkulację.

Koszty transportu i zagospodarowania odpadów w zbierany sposób selektywny typu tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, papier, metale pokrywają zyski uzyskane z ich odsprzedaży. Natomiast odpady komunalne ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe, ulegające biodegradacji i odpady zielone o kodzie 20 02 01 przekazane i zagospodarowane zostaną przez Firmę SOWEX - Instalacja w Piekarach Śląskich, przy ul. Sadowskiego w cenie około 25,00zł. netto plus podatek VAT /l m, zgodnie z danymi od zamawiającego około 100 Mg łącznie/ 1 rok tj. 400 m³ w tym same odpady zielone około 80Mg x 4 m³ x 3 lata = 960 m³ g x 25,00zł. plus podatek VAT = 25 920,00zł.

Zakładając średnią cenę ze sprzedaży surowców wtórnych na poziomie 395,30zł. zysk ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskano kwotę stanowiącą dochód przedsiębiorcy 2014 1000 Mg x 430,00zł. = 395 300,00zł.

Reasumując przystępujący wskazał:

1. koszt zakupu i wyposażenia w worki do selektywnej zbiórki odpadów
2. koszt zakupu i wyposażenia w pojemniki o pojemności 11.001 do selektywnej zbiórki odpadów
3. koszt składowania odpadów zielonych
4. Koszty paliwa
5. Place pracowników.
6. Zysk do 6,5 %
7. (minus) zyski ze sprzedaży surowców wtórnych (-) 395 300,00zł.

111 826,00zł. : 1300 Mg = 86,02zł./Mg

Koszt zagospodarowania na własnej instalacji odpadów komunalnych zmieszanych to cena 100,02zł. brutto, na którą składają się:

- koszty przetworzenia 1 tony odpadów komunalnych zmieszanych 22,00zł.
 - uśredniony koszt przekazania odpadów do dalszego zagospodarowania 78,02zł.,
- cena ta ma zastosowanie do odpadów odbieranych od mieszkańców Gminy Bobrowniki do dnia 29.04.2015r. tj. do dnia posiadania przez moją firmę pozwolenia na wytwarzanie odpadów powstających w wyniku prowadzonej działalności w zakresie odzysku odpadów zgodnie z Decyzją Nr 65 z dnia 10.06.2005r. wydanej przez Prezydenta Miasta Piekary Śląskie na okres do 29.04.2015r.

8100 Mg odpadów zmieszanych : 36 m-cy = 225 Mg /l m-c

od 01/2014 do 04/2015 tj. 16 m-cy x 225 Mg = 3 600 Mg x 100,02zł brutto = 360 072,00zł.

Natomiast od miesiąca maja 2015r do końca trwania kontaktu od 05/2015 do 12/2016 tj. 20

m-cy x 225 Mg = 4 500Mg w cenie po 220,00zł. netto =990 000,00zł. plus VAT - 1 069 200,00zł.

co daje łącznie koszt składowania w okresie 36 miesięcy = 1 429 272,00zł.

Koszty paliwa :

do obsługi niezbędny jest ok. 1 samochodów specjalny śmieciarka przez 20 dni robocze, w trakcie jednego objazdu punktów odbioru komunalnych 1 samochód spala ok.30 litrów ON, przewidywana ilość kursów w ciągu jednego dnia to 1 kurs dziennie, 1 kurs to ok.30 km 1 kursy x 1 pojazd x 30 l = 30 l x 20 dni = 600 litrów x 5,00zł. = 3 000,00 zł. x 36 m-cy = 108 000,00zł.

Z dowodów przedłożonych na rozprawie wynika :

Z uchwały nr IV/32/9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 marca 2013r. wynika, że Gmina Bobrowniki należy do Regionu II, gdzie wskazano dwie Regionalne Instalacje Przetwarzania Odpadów : Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Przystępujący ma status instalacji zastępczej dla rodzaju sortownia odpadów komunalnych zmieszanych, zaś PHU SOWEX sp. z o.o. ma status instalacji zastępczej dla rodzaju kompostowanie w przyzmacach.

Z pisma Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze z dnia 20 listopada 2013r. wynika, że na dzień składania pisma instalacja ma wolne moce przerobowe i deklaruje możliwość przyjęcia zmieszanych odpadów komunalnych z terenu gminy Bobrowniki.

Z faktury VAT nr 0514300752 wynika, że cena z 1 Mg wynosi 250 zł. netto, zaś z dopisku na fakturze faktura wystawiona jest za 12.2013r. i w zakresie Bobrownik za 9,24 Mg.

Z pisma Alba Południe Polska sp. z o.o. z dnia 22 listopada 2013r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 26 września 2013r. wyjaśniła, że Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach nie ma wolnych mocy przerobowych bo obsługuje Gminę Katowice, zaś Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze nie ma wolnych mocy przerobowych bo obsługuje Gminy Siewierz, Zabrze i Bytom. Wykonawca wyjaśnił, że dlatego kieruje zmieszane odpady komunalne do instalacji zastępczych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę ocenioną przez zamawiającego jako nie podlegająca odrzuceniu, zaś jego odwołanie zmierza do wyeliminowania wykonawcy wybranego z postępowania i gdyby odwołanie zostało uwzględnione miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia.

Przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołań z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 i ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy podlegającej odrzuceniu, z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a okoliczność tę potwierdziły wyjaśnienia wykonawcy złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Art. 90 ust. 3 ustawy stanowi o obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca mimo wezwania nie złożył wyjaśnień, albo gdy złożone wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają, że złożono ofertę z rażąco niską ceną. Sporna pomiędzy stronami jest ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego. Zamawiający stoi na stanowisku, że wyjaśnienia były wyczerpujące i pozwalały mu na przyjęcie, że cena przystępującego jest realna, natomiast odwołujący uważa, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że przystępujący zaoferował rażąco niską cenę przez niedoszacowanie kosztów transportu i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, kosztów zagospodarowania odpadów zielonych, niewycenienie kosztów odbioru odpadów segregowanych. Izba w świetle przedstawionych przez strony stanowisk i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy uznała, że rację należy przyznać odwołującemu w tej części, w jakiej zarzuca zamawiającemu nieprawidłową ocenę wyjaśnień przystępującego w zakresie kosztów zagospodarowania odpadów zmieszanych. Izba bowiem stwierdziła, że zamawiający dokonał oceny wyjaśnień przystępującego na podstawie okoliczności, które z tych wyjaśnień w żaden sposób nie wynikały. Zamawiający bowiem przyjął, że przystępujący będzie dokonywał wstępnego segregowania i odzysku w ramach zmieszanych odpadów komunalnych i ilość przekazywanych przez przystępującego zmieszanych odpadów komunalnych do RIPOK będzie inna niż ilość tych odpadów odebrana od wykonawców. Zamawiający takie założenie poczynił, jak sam przyznał na rozprawie, na podstawie sprawozdania z wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów firmy Alba Południe Polska sp. z o.o. za IV kwartał 2013r., z którego wynikało, że do RIPOK w Zabrze ten wykonawca przekazał 9,2 Mg zmieszanych odpadów komunalnych, a odebrał od mieszkańców Gminy Bobrowniki 570 Mg. Jednak Izba stwierdza, abstrahując od prawnej poprawności założenia zamawiającego, że „koncepcja biznesowa

przystępującego” polegająca na przesortowaniu zmieszanych odpadów komunalnych i zmniejszeniu ich ilości, w sposób bezsporny nie wynika z wyjaśnień przystępującego. Przystępujący bowiem wskazał w wyjaśnieniach „Koszt zagospodarowania na własnej instalacji odpadów komunalnych zmieszanych to cena 100,02zł. brutto , na którą składają się :

- koszty przetworzenia 1 tony odpadów komunalnych zmieszanych 22,00zł.
 - uśredniony koszt przekazania odpadów do dalszego zagospodarowania 78,02zł. ,
- cena ta ma zastosowanie do odpadów odbieranych od mieszkańców Gminy Bobrowniki do dnia 29.04.2015r. tj. do dnia posiadania przez moją firmę pozwolenia na wytwarzanie odpadów powstających w wyniku prowadzonej działalności w zakresie odzysku odpadów zgodnie z Decyzją Nr 65 z dnia 10.06.2005r. wydanej przez Prezydenta Miasta Piekary Śląskie na okres do 29.04.2015r.” Z tego sformułowania wynika, że przystępujący owszem zamierza przetwarzać odpady komunalne zmieszane, ale nie wynika, o ile zmniejszy się ilość odpadów odebranych i czy w ogóle uleganie zmianie, ani jakie są w tym zakresie szacunki wykonawcy oraz o ile jest to tańsze od przekazania wszystkich zmieszanych odpadów do RIPOK, oraz jak wykonawca obliczył koszt przekazania odpadów do dalszego zagospodarowania, skoro twierdzi, że zagospodaruje odpady komunalne zmieszane na własnej instalacji. Rodzi się zatem pytanie, co będzie przekazywał, komu i za ile, skoro wszystko sam zagospodaruje. Z treści złożonych wyjaśnień nie wynika także jak wykonawca obliczył uśredniony koszt przekazania odpadów, skoro jeśli mają trafić do RIPOK, to za 1 tonę powinien szacować 250zł. netto/Mg, jak wynika to z faktury VAT 0514300752 przedłożonej przez odwołującemu, któremu to dowodowi nie oponował zamawiający, a który Izba oceniła jako wiarygodny. W ocenie Izby wyjaśnienia przystępującego nie są przekonujące w tym zakresie i zawierają wewnętrzną sprzeczność, zaś zamawiający poczynił pewne założenia wynikające być może z jego doświadczeń, ale nie mające oparcia w złożonych wyjaśnieniach. Izba podkreśla, że art. 90 ust. 2 ustawy stanowi, iż zamawiający ocenia złożone wyjaśnienia uwzględniając wynikające z nich obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Art. 90 ust. 2 ustawy nakazuje zamawiającemu dokonywać oceny wyjaśnień po wyodrębnieniu z nich obiektywnych czynników, ale nie każdych, a tylko takich, które są wyjątkowe (wyjątkowe warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy), oryginalne (projekty wykonawcy), oszczędne (metody wykonania zamówienia) i wywierające wpływ (pomoc publiczne) na cenę. Niewystarczające jest, dla złożenia wyjaśnień, powołanie się przez wykonawcę na jakieś obiektywne czynniki. Na takim stanowisku stanął również na gruncie europejskim Trybunał Sprawiedliwości Unii

Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. sygn. akt C 599/10, który w sprawie SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA v. Úrad pre verejné obstarávanie (orzeczenie wstępne) stwierdził, że art. 55 dyrektywy 2004/18 wymaga istnienia w ustawodawstwie krajowym przepisu przewidującego obowiązek skierowania przez instytucję zamawiającą żądania udzielenia wyjaśnienia w przypadku gdy kandydat proponuje rażąco niską cenę. Do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty. TSUE mówi zatem o „wystarczającym stopniu wyjaśnienia składowych elementów oferty”. W ocenie Izby w świetle przywołanego orzeczenia prawidłowym jest badanie przez zamawiającego wyjaśnień pod kątem tego czy są one wystarczające. Nie chodzi zatem o przedstawienie takich czynników obiektywnych, które są dostępne dla każdego wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie, ale wskazanie takich, które odróżniają sytuację badanego wykonawcy od innych, a jednocześnie mają wymierne przełożenie na cenę. Jak wskazał na rozprawie odwołujący, a okoliczności tej nie przeczył zamawiający, odwołujący znajduje się w podobnej sytuacji jak przystępujący tj. dysponuje własną instalacją mającą status instalacji zastępczej, a mimo to oferty obu wykonawców różnią się między sobą w sposób znaczący. Skoro tak, to w żaden sposób nie można ocenić jako wyczerpujących wyjaśnień przystępującego, że z powodu zagospodarowywania zmieszanych odpadów we własnej instalacji uzyskał tak znaczną przewagę konkurencyjną nad odwołującym. Nawet jeśli w dacie składania oferty przystępujący uzyskał informację od RIPOK w Zabrze i Katowicach, że nie przyjmą odpadów z Gminy Bobrowniki z uwagi na utratę mocy przerobowej i w oparciu o tę daną uznał za możliwe zagospodarowanie całości odpadów zmieszanych we własnej instalacji, to okoliczność ta w żaden sposób nie znalazła odzwierciedlenia w treści złożonych wyjaśnień, ani nie poparto jej dowodami, co więcej, jakieś odpady przystępujący zamierza przekazywać za średnio 78,02zł., również teza zamawiającego, że przystępujący przetworzy część odpadów i tylko te których nie będzie mógł przetworzyć przekaże do RIPOK, nie znajduje oparcia w wyjaśnieniach, ani nie została udowodniona, jak już wskazywano wyjaśnienia w tym zakresie są wewnętrznie sprzeczne i nie podają danych jak choćby stopień odzysku odpadów w procedurze przetwarzania, które pozwalają na ocenę ich realnego wpływu na cenę. Nie wiadomo zatem, jaką to konkretnie oszczędną metodę wykonania zamówienia przyjął przystępujący. Izba oceniła zatem, że zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień przystępującego, które w zakresie zmieszanych odpadów komunalnych są gołosłowne, ogólne i nie pozwalają ustalić jaką metodę wykonania zamówienia przyjął wykonawca i czy jest ona oszczędna. Analogiczna sytuacja dotyczy odpadów zielonych. Poza twierdzeniem, że przystępujący przekaże te odpady do firmy

Sowex mającej status instalacji zastępczej i wskazaną ceną, na jaką szacował przystępujący szacował koszt takiego przekazania, z wyjaśnień nie wynika ani powód wyboru właśnie tej instalacji z pominięciem RIPOK, mimo, że w tym przypadku zamawiający nie wskazywał na możliwość odzysku w ramach przetworzenia odpadów, a zatem nie wiadomo dlaczego uznał za dopuszczalne przekazanie odpadów zielonych z pominięciem RIPOK wbrew treści art. 91 ucpg. Izba abstrahuje przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy od dopuszczalności poczynienia takiego założenia w wyjaśnieniach, ale wskazuje przede wszystkim na to, że fakt przekazania do firmy Sowex i koszt takiego przekazania nie został poparty jakimkolwiek dowodem, który pozwalałby zamawiającemu ocenić realność zaoferowanej w tym zakresie ceny. Analogiczna sytuacja dotyczy zakładanego zysku ze sprzedaży odpadów segregowanych. Wyjaśnienia przystępującego są w tym zakresie niespójne i nie pozwalają ustalić, czy przystępujący realnie oszacował cenę za ten element oferty, słusznie bowiem zauważa odwołujący, że przystępujący z jednej strony wskazuje, że koszty transportu i zagospodarowania odpadów w zbieranych sposób selektywny typu tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, papier, metale pokrywają zyski uzyskane z ich odsprzedaży, nie wskazuje natomiast czy w całości czy w części, a następnie do kosztów zagospodarowania odpadów zalicza koszty zakupu worków i pojemników do selektywnej zbiórki odpadów, koszt składowania odpadów zielonych, koszty paliwa, płace pracowników i zysk i wskazuje, że jednak cały koszt przekracza zyski ze sprzedaży odpadów segregowanych - jest wartością dodatnią i wynosi 111 826zł., co by oznaczało, że jednak zyski ze sprzedaży odpadów segregowanych nie pokrywają kosztów ich transportu i zagospodarowania wbrew twierdzeniom przystępującego. Nadto przystępujący w żaden sposób tych twierdzeń nie dowodzi. Izba nie jest także w stanie na podstawie złożonych wyjaśnień ocenić prawidłowości wyceny kosztów paliwa dotyczącego transportu odpadów zmieszanych, bo jeśli przyjąć, że przystępujący wszystkie odpady zmieszane zagospodaruje w swojej instalacji, to wycena jest prawidłowa, ale wówczas ponownie nie wiadomo czym jest koszt uśredniony przekazania odpadów do dalszego zagospodarowania, a jeśli jest tak jak chce tego zamawiający, że przystępujący odzyska część odpadów z odpadów zmieszanych i tylko pozostałość przekaże do RIPOK, to nie powinien był liczyć wszystkich kursów o jednakowej odległości, ale raz np. na kwartał uwzględnić kurs obejmujący większą odległość do RIPOK w Zabrze. W tej sytuacji w świetle zgromadzonego materiału dowodowego Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego i uznał je za niepotwierdzające, że złożona oferta zawiera cenę rażąco niską, bowiem prawidłowo ocena wyjaśnień przystępującego powinna doprowadzić zamawiającego do przekonania, że w rzeczywistości nie uzyskał on informacji o obiektywnych czynnikach założonych w ofercie przystępującego, a mających wpływ na cenę, które w sposób nie budzący wątpliwości wskazywałyby na realność skalkulowanej ceny. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że

zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie ich zastosowania do oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, chociaż jego oferta jest niezgodna z zapisami SIWZ w zakresie, w jakim przewiduje zagospodarowanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia niezgodnie z przepisami, w szczególności ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w (tj. Dz. U. z 2013r. poz. 1399, ze zm. - dalej jako: „u.c.p.g.”) oraz ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2013r. poz. 21, ze zm., dalej jako: „u.o.”), co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2014r. poz. 121)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przy rozpatrywaniu pierwszego z zarzutów Izba wskazywała na wewnętrzne sprzeczności wyjaśnień złożonych przez przystępującego, które w ocenie Izby nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić w oparciu, o jakie założenia przystępujący kalkulował swoją ofertę. Co więcej Izba stoi na stanowisku, że wskazanie w kalkulacji zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych we własnej instalacji mającej status instalacji zastępczej nie musi oznaczać bezwzględnie i zawsze niezgodności treści oferty z treścią siwz tj. z pkt. 1.14, załącznika nr 8 do SIWZ ani niezgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym art. 9e. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W ocenie Izby podstawą oceny, czy taka kalkulacja jest prawidłowa jest treść art. 9l ucpq, który wskazuje wprawdzie przekazanie do RIPOK jako zasadę, ale również wyraźnie określa wyjątki od tej zasady, tj. brak instalacji o randze RIPOK w regionie, awarię, lub inne przyczyny nie pozwalające na przyjęcie odpadów i wówczas dopuszcza możliwość zagospodarowania odpadów w instalacji zastępczej. W przedmiotowej sprawie strony nie pozostawały w sporze co do tego, że w regionie II, do którego należy Gmina Bobrowniki, są dwie instalacje RIPOK w Zabrze i Katowicach. Co do Katowic zamawiający nie kwestionował stanowiska odwołującego, że nie ma on wolnych mocy przerobowych z uwagi na obsługę Gminy Katowice, natomiast co do RIPOK Zabrze to przedłożone przez strony dowody nie pozwalają na jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy ten RIPOK może obsłużyć odpady z Gminy Bobrowniki, bo z jednej strony odwołujący przedstawił pismo tego RIPOK do zamawiającego z 20 listopada 2013r., że takie odpady przyjmie, a z drugiej zamawiający przedstawił pismo członka konsorcjum odwołującego z 22 listopada 2013r., że RIPOK w Zabrze nie przyjmuje odpadów z Gminy Bobrowniki z uwagi na obsługiwane innych gmin i wyczerpanie mocy przerobowych. W tej sytuacji brak jest dowodu rozstrzygającego, czy przystępujący zamierza rzeczywiście zagospodarowywać zmieszane

odpady komunalne w swojej instalacji zastępczej, zgodnie z treścią art. 91 ucpg, z uwagi na brak promesy przyjęcia odpadów od RIPOK Zabrze z uwagi na wyczerpanie mocy przerobowych, o czym świadczy pismo członka odwołującego, czy też jego koncepcja biznesowa zakłada działanie niezgodne z przepisami prawa. Niejednoznaczność wyjaśnień przystępującego i ich wewnętrzna sprzeczność nie pozwalają ponad wszelką wątpliwość ustalić, któregośkolwiek ze scenariuszy. Odwołujący zaś tej okoliczności w ocenie Izby w sposób bezsporny nie wykazał. Aby zamawiający mógł dokonać odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią siwz w pierwszej kolejności należy ustalić treść tej oferty w sposób nie budzący wątpliwości, a następnie zestawzić ją z treścią siwz i stwierdzić nieodpowiedniość treści oferty do treści siwz, w niniejszej sprawie nie było to możliwe. W tej sytuacji zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Analogiczna sytuacja zachodzi, co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, Izba bowiem nie podziela poglądu, że zawsze kalkulacja kosztów zagospodarowania odpadów zmieszanych musi być skalkulowana w oparciu o ceny RIPOK, gdyż byłoby to założenie nie znajdujące oparcia w rzeczywistości, nadto w sytuacji, gdy w danym regionie RIPOK nie ma, to niewykonalne. Izba stoi natomiast na stanowisku, że wykonawca kalkulujący swoją cenę w oparciu o zagospodarowanie odpadów w innej instalacji niż RIPOK powinien wykazać, że zachodzą przesłanki określone w art. 91 ucpg. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Zamawiający dokonał oceny oferty, która powinna podlegać odrzuceniu razem z ofertą, która takiemu odrzuceniu nie podlegała. W ocenie Izby świadczy to o nierównym traktowaniu wykonawców i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z przedłożonym przez odwołującego rachunkiem i nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: